

II

*(Comunicações)*COMUNICAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO
EUROPEIA

COMISSÃO EUROPEIA

AVISO DA COMISSÃO

**Orientações para os Estados-Membros sobre a seleção dos organismos de execução dos
instrumentos financeiros**

(2016/C 276/01)

ÍNDICE

1.	Referências regulamentares e texto	2
2.	Contexto	2
3.	Seleção dos organismos de execução de instrumentos financeiros	4
3.1.	Seleção de acordo com as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos	4
3.1.1.	Seleção realizada de acordo com as disposições da Diretiva 2004/18/CE ou da Diretiva 2014/24/UE	4
3.1.2.	Abaixo dos limiares da diretiva: seleção efetuada de acordo com os princípios do Tratado	7
3.2.	Participação do BEI	7
3.3.	Participação do FEI	8
3.4.	Designação de uma instituição financeira internacional	8
3.5.	Atribuição interna	9
3.5.1.	Condições de atribuição às entidades internas até que a Diretiva 2014/24/UE seja transposta ou até 18 de abril de 2016, conforme o que ocorrer primeiro	9
3.5.2.	Condições de adjudicação de entidades internas após a transposição da Diretiva 2014/24/UE (artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE da Comissão) ou após 18 de abril de 2016	11
3.6.	Cooperação interadministrativa	14
3.6.1.	Condições de cooperação interadministrativa até à transposição da Diretiva 2014/24/UE ou até 18 de abril de 2016, conforme o que ocorrer primeiro	15
3.6.2.	Condições de cooperação interadministrativa após a transposição da Diretiva 2014/24/UE ou depois de 18 de abril de 2016	16
3.7.	Requisitos do artigo 7.º do Regulamento Delegado	17
3.7.1.	Critérios de seleção	17
3.7.2.	Critérios de adjudicação	18
3.7.3.	Elementos do caderno de encargos	19
4.	Ligações de referência	19

1. Referências regulamentares e texto

Referências regulamentares	Artigos
Regulamento (UE) n.º 1303/2013 ⁽¹⁾	Artigo 37.º, n.º 1 — Instrumentos financeiros
Regulamento «Disposições Comuns» (<i>doravante designado RDC</i>)	Artigo 38.º, n.ºs 4 e 5 — Execução dos instrumentos financeiros
Regulamento (UE) n.º 480/2014 ⁽²⁾	Artigo 7.º — Critérios para a seleção dos organismos de execução dos instrumentos financeiros
Regulamento Delegado da Comissão (<i>doravante designado Regulamento Delegado</i>)	
Regulamento (UE) n.º 1305/2013	
Diretiva 2004/18/CE	
Diretiva 2014/24/UE	

⁽¹⁾ Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho (JO L 347 de 20.12.2013, p. 320).

⁽²⁾ Regulamento Delegado (UE) n.º 480/2014 da Comissão, de 3 de março de 2014, que completa o Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas (JO L 138 de 13.5.2014, p. 5).

2. Contexto

As autoridades de gestão que desejem utilizar instrumentos financeiros como uma ferramenta para a consecução dos objetivos do programa podem realizar diretamente as ações de execução, investir no capital de uma entidade jurídica recém-criada ou já existente ou confiar as ações de execução a outros organismos ⁽¹⁾. Neste último caso, o artigo 38.º, n.º 4, alínea b), do RDC prevê diferentes possibilidades no que respeita à atribuição das ações de execução de instrumentos financeiros. A presente nota tem por objetivo prestar esclarecimentos sobre as possibilidades de tal atribuição ⁽²⁾.

Os instrumentos financeiros podem ser executados através de uma estrutura, com ou sem fundo de fundos. No caso de os instrumentos financeiros serem executados através de uma estrutura que inclua um fundo de fundos, serão, em geral, selecionados dois níveis de organismos: o organismo de execução do fundo de fundos e os organismos de execução do(s) produto(s) específico(s) dos instrumentos financeiros, ou seja, os intermediários financeiros (ambos doravante designados organismos de execução de instrumentos financeiros). A autoridade de gestão decide sobre a estrutura de execução mais adequada, tendo em conta as conclusões da avaliação *ex ante* exigida nos termos do artigo 37.º, n.º 2, do RDC.

O RDC identifica vários tipos de entidades às quais as ações de execução dos instrumentos financeiros podem ser confiadas pelas autoridades de gestão, sem especificar os procedimentos que devem ser seguidos com vista a essa atribuição.

No entanto, o artigo 37.º, n.º 1, do RDC recorda os princípios gerais que as autoridades de gestão devem respeitar, inclusive no que respeita à seleção de organismos de execução de instrumentos financeiros: devem respeitar a lei aplicável, nomeadamente em matéria de auxílios estatais e de adjudicação de contratos públicos, sendo, por conseguinte, responsáveis por garantir, se necessário após consulta das autoridades nacionais responsáveis pelo controlo da concorrência, o cumprimento de todas as regras aplicáveis à seleção dos organismos de execução de instrumentos financeiros. De acordo com o artigo 38.º, n.º 4, do RDC, os organismos de execução de instrumentos financeiros devem garantir

⁽¹⁾ Ver artigo 38.º, n.º 4, alíneas a), b) e c), do RDC.

⁽²⁾ Nos termos do artigo 38.º, n.º 4, alínea a), do RDC, quando se torne necessária a celebração de um contrato de serviço público para a seleção de um organismo de execução de instrumentos financeiros, aplicam-se as regras relativas à seleção dessas entidades, como especificado na presente nota.

o cumprimento da lei aplicável (designadamente, em matéria de adjudicação de contratos públicos). O artigo 38.º, n.º 5, do RDC, fazendo eco dos princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), também estabelece que a seleção dos intermediários financeiros deve ser efetuada com base em procedimentos abertos, transparentes, proporcionados e não discriminatórios, evitando conflitos de interesses ⁽³⁾.

Além disso, o artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento Delegado contém requisitos específicos aplicáveis à seleção dos organismos de execução de instrumentos financeiros (com exceção do BEI e do FEI), enquanto o n.º 3 do mesmo artigo contém requisitos aplicáveis ao processo de seleção dos intermediários financeiros, a efetuar pelos organismos de execução de fundos de fundos (incluindo o BEI e o FEI).

A seleção dos organismos de execução de instrumentos financeiros não coincide necessariamente com a seleção da operação do instrumento financeiro ⁽⁴⁾.

A seleção da operação é efetuada pela autoridade de gestão ⁽⁵⁾. Ao contrário da seleção do organismo de execução do instrumento financeiro, a seleção da operação não está sujeita às regras e aos princípios de adjudicação de contratos públicos, nem ao cumprimento do artigo 7.º do Regulamento Delegado.

Sob reserva de uma série de situações que não são abrangidas pelas regras de adjudicação de contratos públicos, e que são explicadas abaixo, os serviços prestados por organismos de execução de instrumentos financeiros criados ao abrigo do quadro regulamentar dos FEI são abrangidos pelo âmbito de aplicação das regras e dos princípios de adjudicação de contratos públicos. Por conseguinte, a seleção de tais entidades (quer se trate de organismos de execução, ou de fundos de fundos ou de intermediários financeiros) deverá estar em conformidade com a legislação aplicável.

A identificação da Diretiva «Contratos Públicos» aplicável (Diretiva 2004/18/CE ou Diretiva 2014/24/UE) depende da data em que o processo de seleção é lançado pela entidade adjudicante ⁽⁶⁾ (ou seja, a autoridade de gestão do programa que procede à aquisição de serviços a uma entidade para a execução de um instrumento financeiro), da data da decisão de recorrer a um procedimento por negociação sem lançamento prévio de concurso para adjudicar o contrato ou ainda da data de transposição da Diretiva 2014/24/UE. Em casos de cooperação a nível interno e interadministrativo, a data em que a entidade adjudicante decide definitivamente que não será lançado anúncio prévio de concurso para a adjudicação do contrato público ⁽⁷⁾ é relevante para determinar se são aplicáveis as condições estabelecidas pela jurisprudência ou as disposições da Diretiva 2014/24/UE (ver pontos 3.5 e 3.6) ⁽⁸⁾.

Em 18 de abril de 2016 terminou o prazo para a transposição da Diretiva 2014/24/UE para o direito nacional. As entidades adjudicantes deverão aplicar as medidas de transposição adotadas antes dessa data. Após essa data, mesmo na ausência de transposição pelos Estados-Membros, as entidades adjudicantes devem aplicar as disposições da Diretiva 2014/24/UE. A partir de 18 de abril de 2016 todas as disposições da diretiva, incluindo as disposições sobre cooperação interna e interadministrativa, devem ser plenamente respeitadas.

⁽³⁾ A obrigação de seguir um procedimento de seleção aberto, transparente, proporcionado, não discriminatório, e que evite conflitos de interesses, será respeitada sempre que os intermediários financeiros sejam selecionados em conformidade com as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos. Quando for possível estabelecer um contrato por ajuste direto com um intermediário financeiro, as entidades adjudicantes devem verificar se o serviço financeiro em causa pode ser prestado por mais do que uma entidade com a qual seja possível estabelecer um contrato por ajuste direto. Se esse for o caso, as entidades adjudicantes deverão levar a cabo um processo de seleção aberto, transparente, proporcionado e não discriminatório, evitando conflitos de interesses entre as entidades em causa, de acordo com o artigo 38.º, n.º 5, do RDC. Uma forma de garantir a observância destes requisitos será, fora do âmbito dos requisitos processuais da diretiva, informar todas as entidades interessadas sobre o contrato de serviço financeiro previsto e convidá-las a apresentarem uma proposta, a avaliar pela entidade adjudicante.

⁽⁴⁾ Por seleção da operação deve entender-se a decisão de participar financeiramente, através do programa, no instrumento financeiro e de não realizar os investimentos posteriores do instrumento financeiro em relação aos beneficiários finais.

⁽⁵⁾ A seleção da operação do instrumento financeiro para o FEDER/FC/FSE deverá ser realizada pela autoridade de gestão de acordo com o artigo 125.º, n.º 3, alínea a), do RDC. Relativamente ao Feader, a seleção da operação do instrumento financeiro deverá ser realizada em conformidade com os artigos 65.º, n.º 4, 66.º e 49.º do Regulamento (UE) n.º 1305/2013.

⁽⁶⁾ No artigo 1.º, n.º 9, da Diretiva 2004/18/CE encontra-se estipulada a definição de entidade adjudicante (por «entidades adjudicantes» entende-se o Estado, as autarquias locais e regionais, os organismos de direito público e as associações formadas por uma ou mais autarquias locais ou regionais ou um ou mais organismos de direito público), bem como no artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE (por «entidades adjudicantes» entende-se as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público).

⁽⁷⁾ A data pertinente para determinar qual é a diretiva aplicável é a data em que a entidade adjudicante escolhe o tipo de procedimento a seguir e decide definitivamente se é necessário lançar um concurso prévio para a adjudicação de um contrato público (ver Processo C-576/10 Comissão/Países Baixos n.º 52).

⁽⁸⁾ A decisão de adjudicação deve ser comprovada, mas não existe qualquer requisito legal sobre a forma exata que essa decisão deve apresentar. A avaliação dos critérios nos termos do artigo 7.º do Regulamento Delegado não constitui, *por si só*, uma decisão de adjudicação, mas a data da decisão da entidade adjudicante, tomada com base na avaliação, pode ser considerada a data em que a entidade adjudicante decide definitivamente que não será lançado concurso prévio para a adjudicação do contrato público.

Com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu (TJE), a Diretiva 2014/24/UE aborda especificamente a atribuição de tarefas às entidades públicas detidas e controladas por uma entidade adjudicante (cooperação vertical ou interna), bem como a cooperação interadministrativa (cooperação horizontal). Até à data da transposição da Diretiva 2014/24/UE, a adjudicação de contratos no âmbito de ambos os tipos de cooperação deverá respeitar as condições estabelecidas pela jurisprudência (ver pontos 3.5.1 e 3.6.1 *abaixo*).

Note-se que a eventual identificação, nos programas dos FEEL, de organismos de execução de instrumentos financeiros não dispensa as entidades adjudicantes de aplicarem as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos aquando da seleção desses organismos.

3. Seleção dos organismos de execução de instrumentos financeiros

3.1. Seleção de acordo com as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos

Excluindo as situações a seguir descritas e excluindo o caso em que as autoridades de gestão decidem executar diretamente um instrumento financeiro, ao abrigo do artigo 38.º, n.º 4, alínea c), do RDC, as autoridades de gestão deverão selecionar os organismos de execução de instrumentos financeiros em conformidade com as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos. Estas regras devem ser igualmente respeitadas pelos organismos intermediários⁽⁹⁾ e pelos organismos de execução do fundo de fundos que sejam entidades adjudicantes.

A adjudicação de contratos públicos por ou em nome das autoridades dos Estados-Membros deverá respeitar os princípios consagrados no TFUE e, em particular, a livre circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços, bem como outros princípios fundamentais conexos, tais como igualdade de tratamento, não discriminação, reconhecimento mútuo, proporcionalidade e transparência. No caso dos contratos públicos que ultrapassem um determinado valor, os procedimentos nacionais de adjudicação de contratos são coordenados por forma a garantir que esses princípios são concretizados e que a adjudicação de contratos públicos está aberta à concorrência. Aos contratos de direito público desta natureza são aplicáveis as diretivas «Contratos Públicos» (Diretiva 2004/18/CE ou Diretiva 2014/24/UE).

3.1.1. Seleção realizada de acordo com as disposições da Diretiva 2004/18/CE ou da Diretiva 2014/24/UE

3.1.1.1. Limiares

Relativamente aos contratos de serviços, o artigo 7.º da Diretiva 2004/18/CE e o artigo 4.º da Diretiva 2014/24/UE referem dois limiares acima dos quais se aplica a diretiva relevante⁽¹⁰⁾:

- 135 000 euros para os contratos de serviço público celebrados pelas entidades adjudicantes mencionadas no anexo IV da Diretiva 2004/18/CE e no anexo I da Diretiva 2014/24/UE como autoridades do governo central;
- 209 000 euros para contratos públicos de fornecimento e de serviços celebrados por outros tipos de entidades adjudicantes.

Em conformidade com o artigo 7.º da Diretiva 2004/18/CE e o artigo 4.º da Diretiva 2014/24/UE, o limiar aplica-se ao valor estimado dos serviços a prestar pelo organismo de execução do instrumento financeiro sem o imposto sobre o valor acrescentado (IVA).

Quanto aos serviços bancários e outros serviços financeiros, a base de cálculo do valor estimado do contrato inclui os encargos, as comissões a pagar, os juros e outras formas de remuneração (artigo 9.º, n.º 8, da Diretiva 2004/18/UE e artigo 5.º, n.º 13, da Diretiva 2014/24/UE).

3.1.1.2. Orientações sobre os procedimentos de adjudicação de contratos públicos

As orientações destinadas aos profissionais no que respeita à prevenção dos erros mais comuns nos contratos públicos⁽¹¹⁾ podem ser mencionadas, de forma proveitosa, pelas entidades adjudicantes, mesmo que abranjam os contratos de adjudicação nos termos da Diretiva 2004/18/CE. Estas orientações contêm advertências sobre pontos específicos que exigem particular atenção, tais como a delimitação do âmbito do concurso, a escolha do procedimento de seleção adequado, a definição de exclusão adequada, os critérios de seleção e adjudicação (evitando confusões entre eles), a necessidade de respeitar os prazos aplicáveis para dar aos proponentes tempo suficiente para a preparação e apresentação de uma proposta e a necessidade de documentar devidamente a avaliação das propostas em função dos critérios previamente anunciados.

⁽⁹⁾ Um organismo intermediário, como definido no artigo 2.º, n.º 18, do RDC, consiste num «organismo público ou privado que age sob a responsabilidade de uma autoridade de gestão ou de certificação, ou que desempenha funções em nome dessa autoridade, em relação aos beneficiários que executam as operações». Os organismos intermediários devem ser selecionados em conformidade com as regras aplicáveis, nomeadamente em matéria de adjudicação de contratos públicos, e, se for caso disso, com as suas exceções. De acordo com o artigo 123.º, n.º 6, do RDC, os Estados-Membros podem «designar um ou vários organismos intermediários para executarem certas funções da autoridade de gestão ou da autoridade de certificação, sob responsabilidade dessa autoridade». A referida disposição aplica-se ao FEDER, ao FSE, ao Fundo de Coesão e ao FEAMP. O artigo 66.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1305/2013 prevê a mesma possibilidade para o Feader, determinando que a autoridade de gestão mantém total responsabilidade pela eficiência e correção das tarefas de gestão e execução delegadas em outro organismo e assegura que são fornecidos ao organismo intermediário todos os dados e informações necessários para a execução dessas tarefas.

⁽¹⁰⁾ Estes limiares são objeto de revisão de dois em dois anos, em conformidade com o artigo 6.º da Diretiva 2014/24/UE.

⁽¹¹⁾ Serviço das Publicações — ISBN 978-92-79-50323-8 — documento ainda não transmitido aos Estados-Membros na sua versão final.

3.1.1.3. Escolha do procedimento

As entidades adjudicantes devem decidir sobre o processo de adjudicação mais adequado para a seleção dos organismos de execução de instrumentos financeiros.

No caso de aquisições particularmente complexas, estão disponíveis nas diretivas «Contratos Públicos» procedimentos específicos, tais como o procedimento concorrencial com negociação ou o diálogo concorrencial (ver artigos 28.º a 31.º da Diretiva 2004/18/CE e artigo 26.º da Diretiva 2014/24/UE)), o que permite, sob determinadas condições, responder às necessidades específicas da entidade adjudicante.

De acordo com o artigo 26.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2014/24/UE, qualquer um dos dois procedimentos pode ser utilizado, *nomeadamente* no caso de as necessidades da entidade adjudicante não poderem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções prontamente disponíveis e ainda no caso de o contrato não poder ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a estrutura jurídica e financeira, ou devido aos riscos que lhes são inerentes. Cabe à entidade adjudicante avaliar se as circunstâncias específicas, de facto, existem.

A diretiva prevê ainda a possibilidade de se utilizarem os mesmos procedimentos em caso de falha de um dos procedimentos de adjudicação. De acordo com o artigo 26.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2014/24/UE, um procedimento concorrencial com negociação, ou um diálogo concorrencial, pode, igualmente, ser utilizado no caso de apenas serem apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis em resposta a um concurso público ou limitado. Numa situação desta natureza, sempre que o procedimento for utilizado em relação a todos os proponentes que satisfaçam os critérios referidos nos artigos 57.º a 64.º da Diretiva 2014/24/UE e que, durante o concurso público ou limitado anterior, tenham apresentado propostas em conformidade com os requisitos formais do processo de adjudicação, não é necessária qualquer publicação de anúncio de concurso.

3.1.1.4. Utilização de acordos-quadro

A fim de evitar a necessidade de alterações ao contrato e de gerir as alterações no âmbito das tarefas a confiar futuramente, as entidades adjudicantes podem ponderar a utilização de um acordo-quadro ⁽¹²⁾.

Os acordos-quadro preveem alguma flexibilidade na gestão dos contratos de serviços financeiros, uma vez que permitem adaptar o volume de serviços às necessidades das entidades adjudicantes e/ou aos beneficiários. Uma vez que nem sempre é fácil prever o volume de pedidos provenientes de beneficiários no que respeita aos instrumentos financeiros, a utilização de um acordo-quadro pode proporcionar a flexibilidade necessária para cobrir volumes inferiores ou superiores.

Importa recordar que as entidades adjudicantes não são obrigadas a adjudicar contratos específicos após a celebração de acordos-quadro para a totalidade do montante previsto. Por conseguinte, se um acordo-quadro abranger vários tipos de instrumentos financeiros e se um determinado instrumento financeiro não estiver bem concebido ou bem adaptado às necessidades dos destinatários finais, não existe qualquer obrigação de assinatura de um contrato específico com vista a aplicar esse instrumento.

A utilização das mesmas condições para diferentes serviços financeiros implica o risco de que as condições de preço ou de qualidade relativamente a um serviço (ou instrumento) financeiro específico sejam afetadas pelas condições relativas a outros serviços financeiros, mesmo que não exista qualquer ligação significativa entre ambos os serviços (ou instrumentos). Por esse motivo, se se recorrer a acordos-quadro, recomenda-se a utilização de lotes. Esta solução permite avaliar o preço e a qualidade de todos os lotes separadamente e com base nos seus próprios méritos. Os proponentes podem ajustar as suas propostas mediante compensação das condições económicas ou de qualidade entre os lotes, a fim de apresentarem as propostas economicamente mais vantajosas em relação a vários desses lotes ou de se esforçarem para alcançar um lote particular mais bem adaptado às suas capacidades específicas.

Antes da abertura de concurso, as entidades adjudicantes são aconselhadas a analisar os objetivos específicos de cada serviço (ou instrumento) financeiro em relação ao âmbito de aplicação aos destinatários finais visados pelo instrumento, a fim de definirem o objeto de cada contrato. A flexibilidade dos acordos-quadro permite contratar no caso de o instrumento financeiro ser bem-sucedido em termos de procura, bem como testar se um tipo específico de instrumento financeiro corresponde às necessidades dos destinatários finais num determinado sector económico.

O valor estimado do acordo-quadro (que deve ser indicado no anúncio de concurso), calculado como o valor máximo estimado sem IVA de todos os contratos previstos durante toda a vigência do acordo-quadro, deve ser avaliado tendo em conta a possibilidade de cobrir o aumento do montante indicado ao organismo de execução do instrumento financeiro no que respeita à gestão.

⁽¹²⁾ Ver artigo 1.º, n.º 5, da Diretiva 2004/18/CE e artigo 33.º da Diretiva 2014/24/UE.

Relativamente ao período de vigência do acordo-quadro, nos termos do artigo 33.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, o prazo de um acordo-quadro não deve exceder os quatro anos, salvo em casos excecionais devidamente justificados, em particular pelo objeto do acordo-quadro. Não obstante, e conforme clarificado pelo considerando 62 da diretiva, «Deverá igualmente ser especificado que os contratos baseados num acordo-quadro devem ser adjudicados antes do fim do período de vigência do acordo-quadro, ao passo que a duração dos contratos individuais baseados num acordo-quadro não terá de coincidir com o período de vigência desse acordo-quadro, podendo ser mais longa ou mais curta, consoante o caso.».

3.1.1.5. Alterações contratuais

As alterações contratuais ao abrigo da Diretiva 2004/18/CE, nos termos da jurisprudência aplicável, só são possíveis se estes dados tiverem sido divulgados no anúncio de concurso para todos os potenciais proponentes e se as modificações, independentemente do seu valor monetário, tiverem sido previstas nos documentos iniciais de adjudicação de contratos em cláusulas de revisão claras, precisas e inequívocas. Se for este o caso, a entidade adjudicante terá a possibilidade de beneficiar do mesmo organismo de execução do instrumento financeiro em relação às posteriores alterações para a contribuição inicial até ao respetivo montante indicativo. Se não estiverem preenchidas estas condições e a entidade adjudicante alterar substancialmente um contrato sem realizar concurso, essa alteração implicaria uma modificação nas condições da proposta inicial contrária ao princípio da transparência e igualdade de tratamento, o que constituiria, por conseguinte, uma irregularidade.

Nos termos da Diretiva 2014/24/UE, é possível alterar os contratos sem um novo procedimento de adjudicação, em especial, nas seguintes situações e desde que as condições específicas estabelecidas no artigo 72.º da diretiva sejam respeitadas:

- sempre que as alterações tenham sido previstas nos documentos do concurso inicial em cláusulas de revisão claras e inequívocas, indicando o âmbito e a natureza de eventuais alterações ou opções, bem como as condições em que podem ser utilizadas. As cláusulas não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. A fim de abranger a possibilidade de a contribuição do programa para o instrumento financeiro vir a ser aumentada, a entidade adjudicante deve, aquando da adjudicação de serviços financeiros pertinentes, estimar possíveis contribuições adicionais do programa ex ante e o seu impacto sobre o valor estimado do contrato;
- no caso de serviços adicionais prestados pela entidade adjudicante inicial que se tenham tornado necessários e que não tenham sido incluídos no contrato público inicial, sempre que a mudança de adjudicatário não seja possível por motivos económicos e possa causar um grave inconveniente ou uma duplicação substancial dos custos para a entidade adjudicante. Em conformidade com o artigo 72.º, os aumentos de preço não devem exceder 50 % do valor do contrato inicial. No caso de diversas modificações sucessivas, essa limitação aplicar-se-á ao valor de cada modificação. Essas modificações sucessivas não podem ter por objetivo contornar as disposições da diretiva;
- sempre que a necessidade de uma alteração tenha sido provocada por circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não poderia prever, que a alteração não modifique a natureza global do contrato e que o aumento dos preços não seja superior a 50 % do valor do contrato inicial ou do acordo-quadro (em caso de várias alterações sucessivas, aplicam-se as condições acima indicadas);
- se o adjudicatário ao qual a entidade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos: i) cláusula de revisão ou opção inequívocas, em conformidade com o primeiro ponto; ii) transmissão universal ou parcial da posição de adjudicatário inicial, na sequência de operações de reestruturação empresarial, incluindo OPA, fusão, aquisição ou insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da diretiva, ou iii) assunção pela própria entidade adjudicante das obrigações do principal adjudicatário para com os seus subadjudicatários, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71.º da diretiva;
- sempre que as modificações, independentemente do seu valor, não sejam substanciais ⁽¹³⁾;

⁽¹³⁾ De acordo com o artigo 72.º, n.º 4, «A modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial [...] quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições:

- a) a modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;
- b) a modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;
- c) a modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;
- d) o adjudicatário ao qual a entidade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d).».

— sempre que o valor da modificação seja inferior aos limiares de aplicação da Diretiva 2014/24/UE e 10 % do valor do contrato inicial em relação aos contratos de serviços. Além disso, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Em caso de várias modificações sucessivas, o referido valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas (que não as acima descritas).

Conclusão:

As entidades adjudicantes dispostas a aumentar o montante das contribuições do programa para os instrumentos financeiros executados por organismos já selecionados (ao abrigo do período de programação de 2007-2013, por exemplo) devem verificar cuidadosamente se estão preenchidas as condições para uma alteração de contrato desta natureza.

Além disso, a fim de antecipar eventuais aumentos de contribuições do programa, recomenda-se que as entidades adjudicantes contemplem a celebração de acordos-quadro, em vez de procederem a alterações no contrato.

3.1.2. *Abaixo dos limiares da diretiva: seleção efetuada de acordo com os princípios do Tratado*

Abaixo dos limiares estipulados pelas diretivas «Contratos Públicos», a seleção dos organismos de execução dos instrumentos financeiros deve estar em conformidade com os princípios do Tratado se o contrato comportar um interesse transfronteiriço.

Os princípios do Tratado a respeitar são os da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços, bem como os da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da transparência e da proporcionalidade.

Com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça, a Comissão emitiu uma comunicação interpretativa sobre «o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos», de 23 de junho de 2006⁽¹⁴⁾, em que se desenvolvem os requisitos decorrentes daqueles princípios.

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, os princípios de igualdade de tratamento e de não discriminação implicam uma obrigação de transparência que consiste em assegurar, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura do mercado à concorrência. A obrigação de transparência exige que os agentes económicos situados noutro Estado-Membro tenham acesso às informações adequadas relativas ao contrato antes de este ser adjudicado, por forma a que, se assim o desejarem, possam manifestar o seu interesse na obtenção desse contrato.

Uma obrigação desta natureza exige, portanto, a publicação de um anúncio suficientemente acessível, antes da adjudicação do contrato. Esse anúncio deve ser publicado pela entidade adjudicante com o intuito de abrir a adjudicação do contrato à concorrência. As entidades adjudicantes são responsáveis por deliberar qual o meio mais adequado para publicitar os seus contratos.

As obrigações decorrentes dos princípios do Tratado aplicam-se aos contratos abaixo dos limiares das diretivas que comportam interesse transfronteiriço. A existência de um certo interesse transfronteiriço deve ser avaliada por diferentes entidades adjudicantes com base numa avaliação das circunstâncias particulares do caso concreto, tais como o objeto do contrato, a importância do seu valor estimado, em conjugação com o local em que os trabalhos devem ser realizados ou as características técnicas do contrato⁽¹⁵⁾, e as especificidades do sector em causa (dimensão e estrutura do mercado, práticas comerciais, etc.).

3.2. **Participação do BEI**

O BEI constitui um dos organismos identificados no RDC aos quais as autoridades de gestão podem atribuir ações de execução dos instrumentos financeiros (artigo 38.º, n.º 4, alínea b), subalínea i), do RDC).

Como a relação entre os Estados-Membros e o BEI é regida pelo direito primário⁽¹⁶⁾, o acesso às atividades estatutárias do BEI não pode estar sujeito a condições e regras processuais alheias às disposições que regem as atividades do BEI no âmbito do direito primário da UE. Significa isto que as disposições das diretivas relativas aos contratos públicos (que constituem o direito secundário) não se aplicam aos mandatos, no que diz respeito à gestão dos instrumentos financeiros, celebrados entre as autoridades de gestão e o BEI. Por conseguinte, esses contratos podem ser diretamente celebrados com o BEI.

Sempre que um contrato for diretamente atribuído ao BEI por uma autoridade de gestão para a execução de um fundo de fundos, o BEI selecionará intermediários financeiros para executarem os instrumentos financeiros com base nas suas regras e procedimentos internos, os quais, uma vez que o BEI está sujeito ao Tratado, devem estar em conformidade com os princípios nele consagrados.

⁽¹⁴⁾ A interpretação da Comissão foi confirmada pelo Tribunal Geral no seu acórdão de 20 de maio de 2010, no processo T-258/06 *República Federal da Alemanha/Comissão Europeia*.

⁽¹⁵⁾ Processo C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL/Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*, n.º 20. A proximidade com a fronteira pode ainda levar à conclusão de que os contratos de valor reduzido comportam um certo interesse transfronteiriço (processos apenas C-147/06 e C-148/06, *SECAP SpA (C-147/06)* e *Santorso Soc. coop. arl (C-148/06)*, *contra Comune di Torino*, n.º 31).

⁽¹⁶⁾ Ver artigo 175.º do TFUE.

Além disso, em conformidade com o artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento Delegado, sempre que o BEI atribua mais ações de execução a intermediários financeiros, a seleção deve igualmente respeitar os requisitos específicos estabelecidos nessa disposição (ver ponto 3.7 abaixo).

Conclusão:

As autoridades de gestão, os organismos intermediários e os organismos de execução do fundo de fundos que sejam entidades adjudicantes podem celebrar mandatos diretamente com o BEI, *ou seja*, sem concurso⁽¹⁷⁾, no que diz respeito à aplicação dos instrumentos financeiros.

3.3. Participação do FEI

O FEI foi constituído em 1994 pelo Conselho de Governadores do BEI (em representação dos Estados-Membros), com base num ato de direito primário da UE⁽¹⁸⁾. O ato aditou um artigo 30.º aos estatutos do BEI, anexados ao Tratado, habilitando o Conselho de Governadores a estabelecerem o FEI e os seus estatutos. Nos termos do referido artigo (entretanto substituído por um artigo de carácter geral sobre a criação das filiais do BEI, o atual artigo 28.º do Protocolo (n.º 5) relativo aos Estatutos do BEI), o FEI possui personalidade jurídica e uma autonomia financeira análoga à do BEI.

Nos termos do artigo 2.º dos seus estatutos, a tarefa do FEI é contribuir para a prossecução dos objetivos da União Europeia através da prestação de garantias e da participação em empresas. Além disso, o FEI pode participar em outras atividades relacionadas com essas tarefas ou delas resultantes.

Quanto ao BEI, a posição do FEI caracteriza-se por uma ligação estreita com a União Europeia no que respeita aos seus objetivos. O FEI tenciona contribuir para os objetivos e as ações da União através de atividades que visam a realização dos objetivos da União.

O artigo 2.º, n.º 23, do RDC define o BEI, para efeitos do RDC, como incluindo o BEI, o FEI e qualquer outra filial do BEI. O FEI surge, portanto, identificado no RDC como um dos organismos aos quais as autoridades de gestão podem atribuir ações de execução dos instrumentos financeiros (artigo 38.º, n.º 4, alínea b), subalínea i), do RDC).

Na sequência do estatuto especial do FEI, os mandatos relativos à gestão dos instrumentos financeiros podem ser diretamente celebrados entre as autoridades de gestão e o FEI.

Sempre que um contrato for diretamente atribuído ao FEI por uma autoridade de gestão para a execução de um fundo de fundos, o FEI selecionará intermediários financeiros para executarem os instrumentos financeiros com base nas suas regras e procedimentos internos, os quais, uma vez que o FEI está sujeito ao Tratado, devem estar em conformidade com os princípios nele consagrados.

Além disso, em conformidade com o artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento Delegado, sempre que o FEI atribua mais ações de execução a intermediários financeiros, a seleção deve igualmente respeitar os requisitos específicos estabelecidos nessa disposição (ver ponto 3.7 abaixo).

Conclusão:

As autoridades de gestão, os organismos intermediários e os organismos de execução do fundo de fundos que sejam entidades adjudicantes podem celebrar mandatos diretamente com o FEI, *ou seja*, sem concurso⁽¹⁹⁾, no que diz respeito à aplicação dos instrumentos financeiros.

3.4. Designação de uma instituição financeira internacional

As autoridades de gestão podem ponderar atribuir a execução de um instrumento financeiro a uma instituição financeira internacional, como previsto no artigo 38.º, n.º 4, alínea b), subalínea i), do RDC.

O RDC não prevê uma definição de instituição financeira internacional. As instituições financeiras internacionais podem ser definidas como instituições financeiras criadas por, pelo menos, dois países, mediante acordos intergovernamentais, com vista a prestarem apoio financeiro a atividades de desenvolvimento económico e social. Os seus proprietários ou acionistas são, geralmente, os governos nacionais, mas podem igualmente ser outras instituições e/ou organizações internacionais.

A atribuição de ações de execução de um instrumento financeiro a uma instituição financeira internacional pode ser feita diretamente por uma autoridade de gestão, desde que o Estado-Membro que tenha designado essa autoridade de gestão⁽²⁰⁾ seja membro da instituição financeira internacional e as tarefas confiadas sejam abrangidas pela missão estatutária da instituição. Esta possibilidade está também aberta, nas mesmas condições, aos organismos intermediários e aos organismos de execução dos fundos de fundos que sejam entidades adjudicantes.

⁽¹⁷⁾ Tal como previsto no artigo 13.º, n.º 6, do Regulamento Delegado, na ausência de um processo concorrencial, aplicam-se os limiares para os custos e encargos de gestão estabelecidos no artigo 13.º.

⁽¹⁸⁾ Ato que altera o Protocolo relativo aos Estatutos do Banco Europeu de Investimento e autoriza o Conselho de Governadores a instituir um Fundo Europeu de Investimento (JO L 173, de 7.7.1994, p. 14).

⁽¹⁹⁾ Tal como previsto no artigo 13.º, n.º 6, do Regulamento Delegado, na ausência de um processo concorrencial, aplicam-se os limiares para os custos e encargos de gestão estabelecidos no artigo 13.º.

⁽²⁰⁾ No que diz respeito aos programas da CTE, trata-se do Estado-Membro onde está situada a autoridade de gestão.

Aquando da designação de uma instituição financeira internacional (exceto o BEI e o FEI), as autoridades de gestão devem certificar-se de que a instituição preenche os critérios de seleção referidos no artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento Delegado.

Na sequência da atribuição de ações de execução de um fundo de fundos a uma instituição financeira internacional por uma autoridade de gestão, a instituição financeira internacional pode selecionar intermediários financeiros para executarem instrumentos financeiros. A seleção dos intermediários financeiros pela instituição financeira internacional é efetuada em conformidade com as regras da instituição financeira internacional.

Além disso, de acordo com o artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento Delegado, sempre que a instituição financeira internacional atribua mais ações de execução a intermediários financeiros, a seleção deve igualmente respeitar os requisitos específicos estabelecidos nessa disposição (ver ponto 3.7 *abaixo*).

Conclusão:

As autoridades de gestão podem celebrar mandatos diretamente com uma instituição financeira internacional de que o Estado-Membro seja membro, *ou seja*, sem processo concorrencial⁽²¹⁾, no que respeita à gestão dos instrumentos financeiros, desde que as tarefas confiadas sejam abrangidas pela missão estatutária da instituição.

3.5. Atribuição interna

O simples facto de ambas as partes num acordo serem autoridades públicas não exclui a aplicação das regras em matéria de contratação pública.

Contudo, a aplicação das regras de contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com serviços internos.

Neste contexto, uma autoridade de gestão pode ponderar atribuir a execução de um instrumento financeiro a uma entidade interna⁽²²⁾. Esta possibilidade existe também para os organismos intermediários e os organismos de execução dos fundos de fundos que sejam entidades adjudicantes, desde que sejam respeitadas as condições a seguir descritas.

Antes da adoção da Diretiva 2014/24/UE, as condições de celebração de contratos diretamente com as entidades detidas e controladas por uma entidade adjudicante («entidades internas») eram estabelecidas pela jurisprudência.

As condições que possibilitam a atribuição de um ajuste direto foram subsequentemente definidas e alargadas com a entrada em vigor da Diretiva 2014/24/UE. O cumprimento destas condições deverá ser cuidadosamente avaliado caso a caso.

Aquando da designação de uma entidade interna, a conformidade com as condições estipuladas no artigo 7.º do Regulamento Delegado deve ser igualmente assegurada.

3.5.1. Condições de atribuição às entidades internas até que a Diretiva 2014/24/UE seja transposta ou até 18 de abril de 2016, conforme o que ocorrer primeiro

Em conformidade com a jurisprudência, se uma autoridade pública que é uma entidade adjudicante decidir não executar as tarefas que lhe são conferidas no âmbito do interesse público, através da utilização dos seus próprios recursos administrativos, técnicos e outros, poderá adjudicar diretamente a execução de tais funções a outras entidades quando i) estas sejam 100 % públicas, ii) a autoridade exerça sobre as entidades em causa um controlo semelhante ao que exerce sobre os seus próprios serviços e iii) essas entidades efetuem a parte fundamental das suas atividades para a entidade ou entidades adjudicantes que as controlam.

3.5.1.1. Condições de plena propriedade pública

No que respeita aos critérios iniciais, é obrigatório deter 100 % da propriedade pública da entidade.

3.5.1.2. Condições relativas ao controlo análogo

A entidade adjudicante deve exercer sobre a entidade em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. Este controlo pode ser exercido a título individual ou em conjunto⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Tal como previsto no artigo 13.º, n.º 6, do Regulamento Delegado, na ausência de um processo concorrencial, aplicam-se os limiares para os custos e encargos de gestão estabelecidos no artigo 13.º.

⁽²²⁾ Desde que as condições para a atribuição da execução de um instrumento financeiro a uma entidade interna sejam cumpridas, é possível atribuir diretamente um contrato às instituições financeiras estabelecidas num Estado-Membro com vista à realização do interesse público, sob o controlo de uma autoridade pública, a que se refere o artigo 38.º, n.º 4, alínea b), subalínea ii), do RDC, bem como a organismos de direito público ou privado, a que se refere o artigo 38.º, n.º 4, alínea b), subalínea ii), do RDC.

⁽²³⁾ É difícil conceber uma conjuntura em que uma entidade adjudicante tenha controlo efetivo sobre uma entidade interna sem deter, ainda que parcialmente, essa entidade.

Noção de entidade adjudicante

O controlo deve ser exercido pelas entidades adjudicantes na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, tal como enumerado no anexo I da diretiva. A condição de controlo efetivo é, por conseguinte, respeitada no caso de, por exemplo, um departamento de um ministério pretender celebrar um contrato com uma entidade interna do Estado sendo o controlo efetivo exercido por outro serviço do mesmo ministério, através da participação nas estruturas de governação da entidade interna. No entanto, não é cumprida, por exemplo, nas seguintes situações:

- quando um ministério central pretende celebrar um contrato com uma entidade interna do Estado e o controlo efetivo é exercido por um outro ministério central através da participação nas estruturas de governação da entidade interna.
- quando um ministério regional pretende celebrar um contrato com uma entidade interna do Estado e o controlo efetivo é exercido por um ministério central através da participação nas estruturas de governação da entidade interna.

Controlo análogo:

De acordo com a jurisprudência assente ⁽²⁴⁾, existe «controlo análogo» quando a entidade em questão está sujeita a um controlo que permite à entidade adjudicante influenciar as decisões dessa entidade. A entidade adjudicante não tem de exercer uma influência determinante na prática, é suficiente que tenha a possibilidade de a exercer.

O poder exercido deve comportar uma influência determinante quer sobre os objetivos estratégicos, quer sobre as decisões relevantes dessa entidade ⁽²⁵⁾. Por outras palavras, a entidade adjudicante deve ser capaz de exercer um controlo estrutural e funcional em relação à entidade em causa. Esta situação não requer necessariamente um controlo operacional diário ⁽²⁶⁾.

Existe um estado de controlo análogo quando a entidade adjudicante participa no conselho de administração ou supervisão da entidade (um banco de desenvolvimento ou de fomento, por exemplo) e tem a possibilidade de exercer uma influência determinante quer sobre os objetivos estratégicos, quer sobre as decisões relevantes dessa entidade.

A fim de avaliar se a entidade adjudicante pode exercer uma influência determinante quer sobre os objetivos estratégicos, quer sobre as decisões relevantes da entidade, o TJE examina i) se existe participação privada no capital da entidade, ii) a composição dos seus órgãos de decisão e iii) a extensão dos poderes conferidos ao seu conselho de administração ⁽²⁷⁾.

De acordo com o TJE, a participação de uma empresa privada, mesmo que em minoria, no capital de uma empresa em que uma entidade adjudicante seja também participante exclui a possibilidade de a entidade adjudicante exercer sobre a empresa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços ⁽²⁸⁾.

No entanto, o facto de a entidade adjudicante concedente deter, sozinha ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, a totalidade do capital social de uma entidade tende a indicar — em geral, mas não de forma conclusiva — que a entidade adjudicante exerce sobre a referida entidade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços ⁽²⁹⁾.

O facto de os órgãos de decisão da entidade serem compostos por representantes das entidades adjudicantes detentoras da mesma indica que a entidade está sob o controlo das entidades adjudicantes, que são, por conseguinte, capazes de exercer uma influência determinante sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da entidade.

É necessário verificar a extensão dos poderes conferidos ao conselho de governadores, a fim de avaliar se a entidade está orientada para o mercado e se possui um grau de independência suficiente para atenuar o controlo exercido pelas entidades adjudicantes a ela afiliadas.

A forma jurídica da empresa deve ser tida em conta, visto que certas formas de empresas podem prosseguir objetivos independentemente dos seus acionistas.

Se, no âmbito dos seus estatutos, a entidade tem por objetivo prosseguir os interesses dos seus proprietários e não tem qualquer interesse distinto dos das entidades adjudicantes afiliadas, trata-se de uma indicação de controlo análogo ao controlo exercido sobre os seus próprios serviços pela entidade adjudicante.

O controlo exercido pelas entidades adjudicantes, através de órgãos estatutários, nas decisões da entidade pode ser considerado como uma autorização para as referidas entidades exercerem sobre aquela outra entidade um controlo análogo ao controlo exercido sobre os seus próprios serviços.

⁽²⁴⁾ Processo C-107/98 *Teckal*.

⁽²⁵⁾ Processo C-458/03 *Parking Brixen*, n.ºs 63-70, Processo C-340/04 *Carbotermo*, n.º 38, Processo C-324/07 *Coditel Brabant*, n.º 28; e Processo C-573/07, *Sea*, n.º 65.

⁽²⁶⁾ Processos C-182/11 e C-183/11 *Econord SpA/Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate, Comune di Varese*, n.º 27.

⁽²⁷⁾ Processo C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, n.º 29.

⁽²⁸⁾ Processo C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, n.º 49.

⁽²⁹⁾ Processo C-340/04 *Carbotermo e Consorzio Alisei*, n.º 37, e Processo C-295/05 *Asemfo* [2007] col. I-2999, n.º 57.

Este controlo tem de ser efetivo⁽³⁰⁾. Não é suficiente que o controlo exercido consista essencialmente na latitude conferida pelo direito das sociedades à maior parte dos acionistas, o que resulta no estabelecimento de limites em relação à capacidade da entidade para influenciar as decisões dessas empresas⁽³¹⁾.

O controlo análogo pode ser exercido a título individual ou em conjunto:

Não é essencial que o controlo seja exercido individualmente: admite-se a possibilidade de controlo análogo comum. De acordo com a jurisprudência, em caso de utilização de uma entidade detida conjuntamente por várias entidades adjudicantes, o «controlo análogo» pode ser exercido conjuntamente por essas entidades, não sendo essencial que esse controlo seja exercido individualmente por cada uma delas. As decisões podem ser tomadas por maioria, conforme o caso⁽³²⁾.

O Tribunal reconheceu que, em determinadas circunstâncias, a condição relativa ao controlo exercido pela entidade adjudicante pode ser cumprida sempre que essa entidade detiver apenas 0,25 % do capital social de uma empresa pública⁽³³⁾. O controlo conjunto análogo é possível, mesmo que a percentagem de participação seja muito reduzida, desde que os direitos associados a essa participação sejam suficientes para os acionistas exercerem conjuntamente um controlo efetivo⁽³⁴⁾.

Quando a autoridade de gestão, o organismo intermediário ou o organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, participa no órgão de tomada de decisão de uma entidade conjuntamente detida e controlada por vários proprietários públicos, é necessário avaliar se existe um controlo análogo conjunto sobre a entidade.

3.5.1.3. Condição relacionada com a parte fundamental das atividades da entidade realizadas para a autoridade (ou autoridades) pública(s) que exercem o controlo.

A entidade deve executar a parte fundamental das suas atividades para a entidade ou entidades adjudicantes que exercem o controlo, ou seja, no exercício das funções que lhe são confiadas pela entidade adjudicante que exerce o controlo ou por outras pessoas coletivas controladas por essa entidade adjudicante, independentemente do beneficiário da execução do contrato. O Tribunal de Justiça não estabeleceu, até à data, uma percentagem suscetível de constituir a parte fundamental da atividade de uma entidade⁽³⁵⁾.

No caso de a autoridade de gestão não ser o único proprietário e supervisor da entidade, a condição de que a entidade realize a parte fundamental das suas atividades para a entidade ou entidades adjudicantes que exercem o controlo é cumprida mesmo que, no momento da adjudicação do contrato, a entidade interna não esteja especificamente a efetuar tarefas confiadas pela autoridade de gestão, mas sempre que a parte fundamental da atividade dessa entidade consista em tarefas confiadas pelas outras entidades que exercem o controlo.

Conclusão:

A autoridade de gestão, o organismo intermediário ou o organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, pode, por conseguinte, ao abrigo das condições atrás referidas, confiar ações de execução dos instrumentos financeiros a entidades 100 % públicas (por exemplo, um banco de desenvolvimento) sobre as quais exerça um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, desde que essa entidade realize uma parte fundamental das suas atividades para a entidade ou entidades adjudicantes que exercem o controlo. A seleção dos intermediários financeiros por entidades internas deve respeitar as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos, desde que as entidades internas sejam, elas próprias, entidades adjudicantes.

3.5.2. Condições de adjudicação de entidades internas após a transposição da Diretiva 2014/24/UE (artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE da Comissão) ou após 18 de abril de 2016

Em conformidade com o artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE, uma entidade adjudicante pode celebrar um contrato público com uma pessoa coletiva controlada, desde que sejam satisfeitas as três condições cumulativas seguintes.

⁽³⁰⁾ Processo C-324/07 *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, n.º 54.

⁽³¹⁾ Processo C-458/03 *Parking Brixen*, n.º 69, e Processo C-340/04 *Carbotermo*, n.º 39. No contexto do caso em apreço, o TJEU considerou que o controlo não é análogo ao exercido por uma entidade adjudicante em relação aos seus próprios serviços quando os estatutos de uma empresa não reservam à entidade adjudicante qualquer controlo ou quaisquer poderes específicos de voto para restringir a liberdade de ação conferida a um conselho de administração, cujo modelo prefigura competências tão amplas quanto possível para a gestão ordinária e extraordinária da empresa, e quando a influência da entidade adjudicante sobre a entidade interna é exercida através de uma empresa-mãe. Isto porque a intervenção de um organismo intermediário pode, em função das circunstâncias do caso, enfraquecer o controlo eventualmente exercido pela entidade adjudicante sobre uma sociedade por ações devido ao simples facto de que detém uma participação nessa empresa.

⁽³²⁾ Processo C-324/07 *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, n.º 54.

⁽³³⁾ Processo C-295/05 *Asemfo*, n.ºs 56 a 61.

⁽³⁴⁾ Processo C-182/11 *Econord SpA/Comune di Cagno*, n.º 33.

⁽³⁵⁾ Note-se, no entanto, que o Tribunal de Justiça aceitou uma percentagem de 90 % (ver processo C-295/05, *Asemfo*, n.º 63).

3.5.2.1. A condição relativa à propriedade da entidade interna

Não deverá existir participação direta de capital privado na pessoa coletiva controlada, com exceção das formas de participação de capital privado sem controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada.

Em conformidade com os Tratados, uma participação de capital privado sem controlo e sem bloqueio refere-se a uma participação privada resultante de um procedimento transparente e não discriminatório⁽³⁶⁾, em conformidade com os princípios do Tratado.

Não é necessário que a entidade adjudicante que utiliza os serviços de uma entidade interna detenha ações dessa entidade, desde que a mesma seja 100 % pública, desde que a entidade controle a entidade interna (secção 3.5.2.2) e desde que os critérios de atividade (ponto 3.5.2.3) se encontrem preenchidos⁽³⁷⁾.

3.5.2.2. Condições de controlo das entidades adjudicantes sobre a entidade interna

A entidade adjudicante exerce sobre a pessoa coletiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços. Uma vez que codifica os critérios identificados pela jurisprudência, o artigo 12.º, n.º 1, da diretiva estipula que uma entidade adjudicante exerce esse controlo sempre que exerça uma influência determinante quer sobre os objetivos estratégicos, quer sobre as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada. Os indicadores de uma influência determinante da entidade adjudicante sobre os objetivos estratégicos e as decisões da entidade mencionados no ponto 3.5.1.2 são, portanto, relevantes.

Esse controlo pode também ser exercido por uma outra pessoa coletiva que seja, ela própria, controlada do mesmo modo pela entidade adjudicante (artigo 12.º, n.º 1), ou controlada conjuntamente, desde que as condições estabelecidas no artigo 12.º, n.º 3, da diretiva sejam preenchidos⁽³⁸⁾.

Exceto em casos de controlo conjunto, é possível adjudicar contratos públicos por ajuste direto quando uma pessoa coletiva controlada que é uma entidade adjudicante adjudica um contrato à entidade adjudicante que a controla, ou a outra pessoa coletiva controlada pela mesma entidade adjudicante, desde que não haja participação direta de capital privado na pessoa coletiva à qual o contrato público é adjudicado, com exceção das formas de participação de capital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa coletiva controlada (ver artigo 12.º, n.º 2, da Diretiva).

3.5.2.3. Condições das atividades realizadas para as entidades adjudicantes que exercem o controlo

A pessoa coletiva controlada deve efetuar mais de 80 % das suas atividades no exercício das funções que lhe são confiadas pela entidade adjudicante que exerce o controlo ou por outras pessoas coletivas geridas por essa entidade adjudicante, independentemente do beneficiário da execução do contrato. De acordo com o artigo 12.º, n.º 5, da Diretiva 2014/24/UE, e com vista à determinação da percentagem de atividades, devem ser tidos em consideração o volume de negócios total médio ou uma medida alternativa adequada baseada em atividades, tais como os custos incorridos pela pessoa coletiva ou entidade adjudicante relevante no que diz respeito aos serviços, fornecimentos e obras realizados nos três anos anteriores à adjudicação do contrato.

Se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva ou da entidade adjudicante em causa, ou devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios ou a medida alternativa adequada baseada em atividades não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, basta mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades.

⁽³⁶⁾ Ver Processo C-64/08, *Engelmann*, n.º 50, e Processo C-25/14, *UNIS*, n.º 39, a recordar que, embora a obrigação de transparência não exija necessariamente um convite à apresentação de propostas, exige um grau de publicidade suficiente para permitir, por um lado, a abertura à concorrência e, por outro, a revisão da imparcialidade do processo de adjudicação.

⁽³⁷⁾ É difícil conceber uma conjuntura em que uma entidade adjudicante tenha controlo efetivo sobre uma entidade interna sem deter, ainda que parcialmente, essa entidade.

⁽³⁸⁾ Nos termos do artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2014/24/UE, o controlo conjunto exige as seguintes condições:

- i) os órgãos de decisão da pessoa coletiva controlada são compostos por representantes de todas as entidades adjudicantes participantes. Várias ou todas as entidades adjudicantes participantes podem fazer-se representar por representantes individuais;
- ii) essas entidades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência determinante sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada; e
- iii) a pessoa coletiva controlada não visa quaisquer interesses contrários aos interesses das entidades adjudicantes que a controlam.

Os Estados-Membros podem utilizar qualquer um dos métodos. Quando se utilizar o método relativo ao volume de negócios total médio, o volume de negócios deve ter em conta todas as atividades da entidade (por exemplo, banco de desenvolvimento/fomento), sendo que mais de 80 % dessas atividades devem ser geradas pelas tarefas confiadas à entidade pela entidade adjudicante que exerce o controlo ou por outras pessoas coletivas controladas por essa entidade adjudicante.

Sempre que uma autoridade de gestão ou um organismo intermediário nomeie uma entidade interna como o organismo de execução de um fundo de fundos, e sempre que essa entidade for uma entidade adjudicante ao abrigo da Diretiva «Contratos Públicos» aplicável, a entidade deve respeitar as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos aquando da seleção dos intermediários financeiros. Além disso, em conformidade com o artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento Delegado, a seleção deve respeitar os requisitos específicos estabelecidos nessa disposição (ver ponto 3.7 abaixo).

Às instituições financeiras de um Estado-Membro que visem o interesse público sob o controlo de uma autoridade pública mencionada no artigo 38.º, n.º 4, alínea b), subalínea ii), do RDC podem ser confiadas ações de execução dos instrumentos financeiros, quando estiverem preenchidas as condições acima referidas.

Conclusão:

Uma autoridade de gestão, um organismo intermediário ou um organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, pode celebrar contratos de execução dos instrumentos financeiros diretamente com as entidades internas, desde que os requisitos previstos no artigo 12.º da Diretiva 2014/24/UE sejam respeitados. A seleção dos intermediários financeiros por parte das entidades internas deve respeitar as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos, caso as entidades internas sejam, elas próprias, as entidades adjudicantes.

Exemplo 1:

A Região X detém 100 % de um banco de desenvolvimento regional cuja função, tal como definida pelos seus estatutos, consiste em apoiar o desenvolvimento económico na região.

A Região X preside ao conselho de supervisão do banco, cuja missão consiste em fornecer as orientações estratégicas das atividades do banco e votar em matéria orçamental e de pessoal, bem como votar as nomeações dos gestores do banco.

O banco é livre de tomar, diariamente, decisões de financiamento, ou seja, de pagar empréstimos e garantias a empresas da região que não sejam abrangidas pelo âmbito do que se considera «significativo». As decisões importantes (como as decisões sobre estratégias de concessão de empréstimos, pessoal, orçamento) estão sujeitas à influência determinante da entidade adjudicante que exerce o controlo.

Decorre desse mesmo regime que a Região X exerce sobre o banco um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços.

A Região X deseja confiar ao banco de desenvolvimento regional funções de execução de um instrumento financeiro.

Uma vez que a região controla efetivamente o banco que detém na íntegra, e uma vez que o banco não dispõe de uma atividade comercial que não as tarefas realizadas pela Região X, existe uma relação interna entre a Região X e o banco que permite à Região X confiar ações de execução do instrumento financeiro ao banco, desde que este cumpra os requisitos do artigo 7.º do Regulamento Delegado.

Exemplo 2:

A Região X detém 1 % de um banco de desenvolvimento nacional cuja função, definida por lei, consiste em apoiar o desenvolvimento económico do Estado-Membro.

A Região X é membro do conselho de supervisão do banco. O banco é livre de tomar, diariamente, decisões de financiamento, ou seja, de pagar empréstimos e garantias a empresas da região que não sejam abrangidas pelo âmbito do que se considera «significativo». No entanto, as decisões importantes (como as decisões sobre estratégias de concessão de empréstimos, pessoal, orçamento) estão sujeitas à influência determinante da entidade adjudicante que exerce o controlo. Em função dos direitos associados à sua qualidade de membro, a Região X exerce sobre o banco um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços.

Além das tarefas realizadas para a Região X, o banco dispõe de atividades comerciais que representam 15 % do volume de negócios total médio.

Em junho de 2016 (ao abrigo da Diretiva 2014/24/UE), a Região X deseja confiar ao banco as ações de execução de um instrumento financeiro. Uma vez que a Região X controla efetivamente o banco (ainda que detenha apenas 1 %), e uma vez que o banco realiza mais de 80 % das suas atividades no exercício das funções que lhe são confiadas pelos seus proprietários⁽³⁹⁾ (percentagem calculada com base no volume de negócios total médio do banco para os três anos anteriores à adjudicação do contrato), existe uma relação interna entre a Região X e o banco que permite à Região X confiar as ações de execução do instrumento financeiro ao banco, desde que este cumpra os requisitos do artigo 7.º do Regulamento Delegado.

⁽³⁹⁾ Parte-se do princípio, para efeitos do presente exemplo, de que as condições de propriedade de uma entidade interna definidas na Diretiva 2014/24/UE e acima referidas são respeitadas.

Exemplo 3:

O Estado detém 100 % de um banco de desenvolvimento cuja missão consiste em apoiar o desenvolvimento económico do Estado-Membro.

O Ministério X é membro do conselho de supervisão do banco. O banco é livre de tomar, diariamente, decisões de financiamento, ou seja, de pagar empréstimos e garantias a empresas da região que não sejam abrangidas pelo âmbito do que se considera «significativo». No entanto, as decisões importantes (como as decisões sobre estratégias de concessão de empréstimos, pessoal, orçamento) estão sujeitas à influência determinante da entidade adjudicante que exerce o controlo e, por conseguinte, o Ministério X exerce sobre o banco um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios serviços.

Além das tarefas realizadas para o Ministério X, o banco dispõe de atividades comerciais que representam 15 % do volume de negócios total médio.

Em junho de 2016 (ao abrigo da Diretiva 2014/24/UE), o Ministério X deseja confiar ao banco as ações de execução de um instrumento financeiro. Uma vez que o Ministério X controla efetivamente o banco, e uma vez que o banco realiza mais de 80 % das suas atividades no exercício das funções que lhe são confiadas pelos seus proprietários⁽⁴⁰⁾ (percentagem calculada com base no volume de negócios total médio do banco para os três anos anteriores à adjudicação do contrato), existe uma relação interna entre o Ministério X e o banco que permite ao Ministério X confiar as ações de execução do instrumento financeiro ao banco, desde que este cumpra os requisitos do artigo 7.º do Regulamento Delegado.

3.6. Cooperação interadministrativa⁽⁴¹⁾

Mais uma vez, o simples facto de ambas as partes num acordo serem autoridades públicas não exclui, por si só, a aplicação das regras em matéria de contratação pública.

Contudo, a aplicação das regras de contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras autoridades públicas. Tendo em conta a necessidade de evitar distorções da concorrência em relação aos operadores económicos privados, a Diretiva 2014/24/UE veio facultar mais esclarecimentos sobre a cooperação administrativa.

Neste contexto, a autoridade de gestão, o organismo intermediário ou o organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, pode ponderar recorrer à cooperação interadministrativa para confiar ações de execução de um instrumento financeiro, desde que estejam preenchidas as condições subjacentes a essa cooperação⁽⁴²⁾.

A cooperação interadministrativa para a execução dos instrumentos financeiros pode ser implementada através de um contrato entre a autoridade de gestão, o organismo intermediário ou o organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, e uma outra entidade adjudicante que controle uma entidade 100 % pública capaz de executar os instrumentos financeiros (ou seja, uma entidade interna). Em alternativa, poderá ser celebrado, diretamente, um acordo de financiamento entre a autoridade de gestão, o organismo intermediário ou o organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, e a entidade adjudicante de execução do instrumento financeiro. O contrato/acordo de financiamento deve abranger as modalidades de remuneração do organismo de execução do instrumento financeiro⁽⁴³⁾.

Ao recorrer à cooperação interadministrativa, uma autoridade de gestão, um organismo intermediário ou um organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, deve assegurar o respeito das disposições do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento Delegado.

⁽⁴⁰⁾ Parte-se do princípio, para efeitos do presente exemplo, de que as condições de propriedade de uma entidade interna definidas na Diretiva 2014/24/UE e acima referidas são respeitadas.

⁽⁴¹⁾ Desde que as condições de cooperação administrativa estejam preenchidas, é possível adjudicar um contrato por ajuste direto às instituições financeiras estabelecidas num Estado-Membro, que visem o interesse público, sob o controlo de uma autoridade pública referida no artigo 38.º, n.º 4, alínea b), subalínea ii), do RDC e aos organismos regidos pelo direito público referidos no artigo 38.º, n.º 4, alínea b), subalínea iii), do RDC.

⁽⁴²⁾ Um Estado-Membro pode igualmente designar um organismo intermediário no âmbito da cooperação administrativa. Assim sendo, o organismo intermediário pode confiar ações de execução de um instrumento financeiro através de uma cooperação administrativa ou a uma entidade interna do organismo intermediário.

⁽⁴³⁾ Em caso de celebração de contrato com a entidade interna, o organismo de execução do instrumento financeiro poderá ser pago diretamente pela autoridade de gestão ou indiretamente, pela autoridade pública que coopera com a autoridade de gestão. No Processo C-480/06 (*Comissão/Alemanha*) a Stadtreinigung Hamburg reservou uma capacidade de 120 000 toneladas por ano para quatro *Landkreise* por um preço calculado através da mesma fórmula para cada uma das partes em causa. O preço foi pago ao operador da instalação, a outra parte no contrato com a Stadtreinigung Hamburg, por intermédio deste último (ver o ponto 5).

3.6.1. *Condições de cooperação interadministrativa até à transposição da Diretiva 2014/24/UE ou até 18 de abril de 2016, conforme o que ocorrer primeiro*

Antes da adoção da Diretiva 2014/24/UE, as condições de celebração de contratos⁽⁴⁴⁾ entre as autoridades públicas (cooperação interadministrativa) não se encontravam estipuladas nas regras dos contratos públicos, sendo antes definidas pela jurisprudência.

A cooperação interadministrativa entre autoridades públicas, tendo como objetivo assegurar que uma missão de serviço público que todos têm de realizar é efetuada, é permitida fora do âmbito de aplicação das regras de adjudicação de contratos públicos⁽⁴⁵⁾. As regras de adjudicação de contratos públicos não são aplicáveis na medida em que:

- a cooperação interadministrativa diz respeito exclusivamente a autoridades públicas, sem a participação de um organismo privado;
- o princípio da igualdade de tratamento seja respeitado, de modo a que nenhum prestador de serviços privado seja colocado numa posição de vantagem perante os seus concorrentes⁽⁴⁶⁾, e
- a execução da referida cooperação seja regida exclusivamente por considerações e requisitos relativos à prossecução de objetivos de interesse público que as autoridades tenham de realizar⁽⁴⁷⁾.

Não há jurisprudência relativa à cooperação interadministrativa no que respeita a instrumentos financeiros. No entanto, exemplos noutros domínios podem ilustrar a posição do Tribunal de Justiça sobre a cooperação ser regida exclusivamente por considerações e requisitos relativos à prossecução de objetivos de interesse público.

O Tribunal de Justiça reconheceu que as autoridades locais procuram assegurar a realização de um serviço público no caso de colaborarem no domínio da eliminação de resíduos com vista à execução das obrigações previstas no direito da União aplicável⁽⁴⁸⁾.

O Tribunal de Justiça analisou igualmente a cooperação entre uma universidade e uma empresa pública de direito privado relativamente à compra de um sistema informático de gestão do ensino superior. O Tribunal concluiu que uma cooperação desta natureza não se destina à realização de uma missão de serviço público que tanto a universidade, como a empresa em causa têm de efetuar, uma vez que à última não foi diretamente atribuída a execução de uma missão de serviço público⁽⁴⁹⁾.

A cooperação interadministrativa com vista à execução de instrumentos financeiros exige que as autoridades em colaboração prossigam as suas funções de interesse público. É esta situação que se verifica quando todas as atividades da entidade adjudicante/responsável pela execução são efetuadas sob mandato público atribuído pela legislação de tal modo que a execução do instrumento financeiro permite que as entidades exerçam as funções que lhes são atribuídas pelo direito da UE ou nacional, tais como o financiamento de medidas sociais ou a concessão de financiamentos a tipos específicos de PME, ou promovam o desenvolvimento económico ou a investigação. A prossecução, por parte de uma autoridade de gestão (organismo intermediário ou organismo de execução de um fundo de fundos que seja também uma entidade adjudicante), dos objetivos operacionais e das atividades descritas num programa (em vez do apoio a atividades, como o desenvolvimento de ferramentas informáticas ou o arrendamento de escritórios necessários para acolher o pessoal encarregado da execução dos FEEL) pode ser considerada uma função de interesse público. Caso os mesmos objetivos e atividades sejam aplicados por outras autoridades públicas, poderá haver espaço para a cooperação interadministrativa.

A cooperação entre as autoridades públicas deve ser regida exclusivamente por considerações e requisitos relativos à prossecução de objetivos de interesse público, o que exige uma análise caso a caso.

A remuneração paga pela autoridade de gestão, pelo organismo intermediário ou pelo organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante no âmbito da execução do instrumento financeiro, ao organismo de execução do instrumento financeiro deve ser equivalente à remuneração paga pelas outras autoridades públicas que utilizam os serviços do organismo de execução do instrumento financeiro no âmbito dos mesmos tipos de produtos financeiros prestados aos mesmos tipos de beneficiários, sob reserva das disposições regulamentares aplicáveis em matéria de despesas de gestão e encargos (ver, nomeadamente, os artigos 12.º e 13.º do Regulamento Delegado).

⁽⁴⁴⁾ Não existe qualquer requisito formal ao abrigo do direito da União aplicável ao contrato.

⁽⁴⁵⁾ Processo C-480/06, *Comissão/Alemanha*, n.ºs 37 e 44 a 47, e Processo C-159/11 *ASL Lecce*, n.ºs 35 a 37.

⁽⁴⁶⁾ Sempre que as autoridades públicas não consigam assegurar a totalidade dos serviços prestados por uma cooperação administrativa e tenham de adjudicar um contrato a uma entidade privada para a parte restante, tal deve ser efetuado através de concurso público, sempre que aplicável, a fim de assegurar a igualdade de tratamento.

⁽⁴⁷⁾ Processo C-480/06, *Comissão/Alemanha*, n.ºs 44 a 47.

⁽⁴⁸⁾ Processo C-480/06, *Comissão/Alemanha*, n.º 37.

⁽⁴⁹⁾ Processo C-15/13 *Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Information System GmbH/Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, n.ºs 16 e 35.

Conclusão:

Até a Diretiva 2014/24/UE ser transposta ou até 18 de abril de 2016, conforme o que ocorrer primeiro, uma autoridade de gestão, um organismo intermediário ou um organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, pode, sob reserva das condições estabelecidas na jurisprudência, celebrar acordos de cooperação interadministrativa com uma autoridade pública que possa ser incumbida da execução de instrumentos financeiros.

3.6.2. *Condições de cooperação interadministrativa após a transposição da Diretiva 2014/24/UE ou depois de 18 de abril de 2016*

Nos termos do artigo 12.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, os contratos celebrados exclusivamente entre duas ou mais entidades adjudicantes não é abrangido pelo âmbito de aplicação da diretiva quando estiverem preenchidas as seguintes três condições:

- i) O contrato estabelece ou executa uma cooperação entre as entidades adjudicantes participantes, a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabe executar sejam prestados com o propósito de alcançar os objetivos que têm em comum. Tal como indicado no ponto 3.6.1, a prossecução, por parte de uma autoridade de gestão, um organismo intermediário ou um organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, dos objetivos operacionais e das atividades descritas num programa (em vez do apoio a atividades, como o desenvolvimento de ferramentas informáticas ou o arrendamento de escritórios necessários para acolher o pessoal encarregado da execução dos FEEI) pode ser considerada uma função de interesse público.
- ii) A execução da referida cooperação é regida exclusivamente por considerações relativas ao interesse público (ver as implicações explicitadas no ponto 3.6.1, em termos de remuneração).
- iii) As entidades adjudicantes participantes exercem no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação. Por conseguinte, a limitação não é aplicável à atividade no mercado fora do âmbito da cooperação.

No âmbito da última condição, que prevê uma limitação estrita das atividades no mercado fora do âmbito da cooperação, as entidades adjudicantes participantes devem realizar menos de 20 % das atividades em causa através da cooperação no domínio do mercado livre.

Se as partes da cooperação interadministrativa não exercerem atividades económicas ou qualquer tipo de concorrência com outros intervenientes no mercado, a condição estipulada no artigo 12.º, n.º 4, alínea c), encontra-se preenchida, visto que nenhuma atividade é efetuada num mercado aberto.

De acordo com o artigo 12.º, n.º 5, da Diretiva 2014/24/UE, e com vista à determinação da percentagem de atividades, devem ser tidos em consideração o volume de negócios total médio ou uma medida alternativa adequada baseada em atividades, tais como os custos incorridos pela pessoa coletiva ou entidade adjudicante relevante no que diz respeito aos serviços, fornecimentos e obras realizados nos três anos anteriores à adjudicação do contrato. Por definição, este cálculo não abrange as atividades recém-realizadas no âmbito da cooperação, ou seja, as atividades realizadas por uma entidade diferente de uma das entidades adjudicantes participantes antes da cooperação.

Se, devido à data de criação ou de início de atividade da pessoa coletiva ou da entidade adjudicante em causa, ou devido à reorganização das suas atividades, o volume de negócios ou a medida alternativa adequada baseada em atividades não estiverem disponíveis para os três anos anteriores ou já não forem relevantes, será suficiente mostrar que a medição da atividade é credível, nomeadamente através de projeções de atividades.

O leque de acordos contratuais acima descrito, na secção 3.6.1, está igualmente disponível ⁽⁵⁰⁾,

Conclusão:

Após a transposição da Diretiva 2014/24/UE ou após 18 de abril de 2016, uma autoridade de gestão, um organismo intermediário ou um organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, poderá ser capaz de celebrar acordos de cooperação interadministrativa, sob reserva das condições estabelecidas na diretiva, com outras entidades adjudicantes que possam ser incumbidas da execução de instrumentos financeiros. O leque de acordos contratuais acima descrito, na secção 3.6.1, está igualmente disponível.

⁽⁵⁰⁾ Ou seja, contratos por ajuste direto entre a autoridade de gestão, o organismo intermediário ou o organismo de execução de um fundo de fundos, que seja também uma entidade adjudicante, e uma outra entidade adjudicante que controle uma entidade 100 % pública capaz de executar os instrumentos financeiros (ou seja, uma entidade interna) e contratos por ajuste direto entre a autoridade de gestão, o organismo intermediário ou o organismo de execução de um fundo de fundos que seja uma entidade adjudicante e a entidade adjudicante de execução do instrumento financeiro.

Exemplo:

O Ministério da Economia controla 100 % de um banco de desenvolvimento público cuja função, tal como definido por lei, consiste na concessão de empréstimos e garantias às PME, a fim de apoiar a inovação em todo o território do país.

A Região Y implementa um programa que visa apoiar a inovação na região. Não controla, nem a título individual, nem em conjunto, o banco de desenvolvimento nacional. Por conseguinte, não existe entre ambos qualquer relação interna.

A cooperação interadministrativa poderá ser possível se as condições para essa cooperação se verificarem:

1. O contrato de cooperação celebrado entre o Ministério da Economia e a Região Y, ou entre o banco de desenvolvimento e a Região Y, deve ter por objetivo garantir que os serviços públicos que o ministério e a Região Y têm de prestar são fornecidos com vista a alcançar os objetivos que ambos têm em comum. No que diz respeito à Região Y, é suficiente que o apoio à inovação na região seja um dos objetivos visados pelo programa.
2. A implementação da cooperação rege-se unicamente por considerações de interesse público. Em especial, a remuneração do serviço deve ser fornecida à região em condições idênticas àquelas em que é fornecida ao ministério. Se os produtos financeiros que a região solicita que o banco implemente são já fornecidos pelo banco ao ministério, o banco está a cobrar à região os mesmos custos e encargos pela execução de um instrumento financeiro que fornece esses produtos. Se os produtos financeiros que a região solicita que o banco implemente não forem assegurados pelo banco, o banco de desenvolvimento nacional aceita cobrar à região os mesmos custos e encargos que cobraria ao ministério.
3. As entidades adjudicantes participantes devem exercer no mercado livre menos de 20 % das atividades abrangidas pela cooperação. O banco de desenvolvimento nacional não prevê o financiamento em causa por parte da cooperação (ou seja, o tipo de produto financeiro prestado a um determinado tipo de beneficiários de um determinado sector, por exemplo, capital próprio para a inovação que vise «start-ups») no mercado livre para mais de 20 % do seu volume de negócios total médio nos três anos anteriores ao da adjudicação do contrato.

Caso o banco de desenvolvimento nacional satisfaça os requisitos do artigo 7.º do Regulamento Delegado, a Região Y pode adjudicar um contrato a esse banco e assinar o contrato diretamente com o banco.

3.7. **Requisitos do artigo 7.º do Regulamento Delegado**

O artigo 7.º do Regulamento Delegado define os critérios a aplicar pela autoridade de gestão aquando da seleção dos organismos de execução de instrumentos financeiros. As disposições do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, aplicam-se à seleção dos organismos de execução de instrumentos financeiros (com exceção da seleção do BEI e do FEI), independentemente do montante do contrato e do processo de seleção das entidades em causa (concurso público, procedimento por negociação, procedimento de concurso, adjudicação por ajuste direto). O disposto no artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento Delegado aplica-se à seleção dos intermediários financeiros pelos organismos de execução de um fundo de fundos.

Recordando os princípios da transparência e da não discriminação estabelecidos no Tratado, o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento Delegado estabelece que o processo de seleção deve ser transparente e deve assentar em motivos objetivos, não dando origem a conflitos de interesses.

Quando as ações de execução dos instrumentos financeiros são atribuídas a um terceiro, em conformidade com um dos procedimentos de adjudicação de contratos previstos na diretiva «Contratos Públicos», tendo em conta o artigo 7.º do Regulamento Delegado, esse terceiro deve introduzir, pelo menos, os critérios de seleção, os critérios de adjudicação e os elementos do caderno de encargos a seguir enumerados nos pontos 3.7.1 a 3.7.3. Para além desta situação, isto é, em caso de adjudicação de um contrato por ajuste direto, os critérios de seleção referidos no artigo 7.º do Regulamento Delegado devem ser aplicados, mas não como critérios de seleção, critérios de adjudicação e elementos indicados no caderno de encargos.

3.7.1. *Critérios de seleção*

Os critérios definidos no artigo 7.º, n.º 1, alíneas a) a f), e no artigo 7.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento Delegado estão relacionados com a capacidade jurídica, financeira, económica e organizacional do organismo ao qual serão confiadas ações de execução do instrumento financeiro. O seguinte conjunto mínimo de critérios de seleção deve, pois, ser aplicado.

3.7.1.1. Capacidade jurídica

A capacidade jurídica do organismo encarregado deve ser verificada a fim de garantir que o organismo selecionado está autorizado a realizar as ações de execução do instrumento financeiro ao abrigo da legislação nacional e do direito da União Europeia. O processo de seleção deve, por conseguinte, verificar o direito que assiste ao organismo encarregado de desempenhar as ações de execução ao abrigo da legislação nacional e da União (artigo 7.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento Delegado).

3.7.1.2. Capacidade económica e financeira

O organismo encarregado das ações de execução dos instrumentos financeiros deve dispor de capacidade económica e financeira para realizar esse trabalho. Por conseguinte, o processo de seleção deve garantir que a viabilidade económica e financeira do organismo encarregado é adequada (artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento Delegado). Essa adequação deve ser verificada através do confronto com o tipo de tarefas a confiar ao organismo e as suas modalidades de execução, incluindo a sua duração.

3.7.1.3. Capacidade organizacional

O organismo encarregado das ações de execução dos instrumentos financeiros deve ter capacidade organizacional para executar um instrumento financeiro no contexto da execução do programa, ou seja:

- capacidade adequada para executar o instrumento financeiro, incluindo uma estrutura organizacional e um quadro de governação que proporcionem as necessárias garantias à autoridade de gestão (artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento Delegado). A autoridade de gestão deve avaliar até que ponto é bem gerido e controlado o sistema em vigor no organismo a que serão atribuídas as ações de execução. O sistema instaurado deve abranger aspetos como: o planeamento, a preparação, a comunicação e o acompanhamento dos progressos em comparação com os objetivos, a gestão do risco e os controlos de gestão;
- um sistema de controlo interno eficaz e eficiente (artigo 7.º, n.º 1, alínea d), do Regulamento Delegado). Um sistema de controlo interno eficaz e eficiente deverá garantir que o organismo encarregado da execução do instrumento financeiro dispõe de um ambiente de controlo adequado e respeita os procedimentos vigentes em matéria de execução, medição, acompanhamento e atenuação dos riscos;
- a utilização de um sistema de contas anuais que forneça informações rigorosas, completas e fiáveis, em tempo oportuno (artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento Delegado).

3.7.1.4. Experiência

A fim de garantir a seleção dos organismos mais adequados para uma execução eficiente dos instrumentos financeiros, a autoridade de gestão deve ter em devida conta, em geral, a experiência do organismo encarregado da execução de um instrumento financeiro em relação à execução de instrumentos financeiros semelhantes (não necessariamente com fundos da UE), bem como, em particular, os conhecimentos especializados e a experiência dos membros da equipa proposta (artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento Delegado). Este requisito não impede a designação de uma entidade recém-criada, sob reserva da avaliação da experiência dos membros da equipa. A avaliação da experiência dos membros da equipa consiste, normalmente, num critério de adjudicação, uma vez que é relevante no que respeita à proposta (a fim de avaliar quem irá trabalhar no âmbito da prestação dos serviços propostos), e não no que respeita ao proponente.

3.7.2. Critérios de adjudicação

O segundo conjunto de critérios definidos no artigo 7.º, n.º 2, alíneas a) a f), do Regulamento Delegado está relacionado com o objeto do contrato relativo à execução do instrumento financeiro. O conjunto mínimo de critérios de adjudicação a seguir enumerados deve, pois, ser aplicado. A utilização de uma metodologia baseada apenas no custo ou no custo mais baixo (ou seja, no contexto das taxas de gestão dos instrumentos financeiros ou dos custos de gestão apenas) para avaliar as propostas apresentadas pelos organismos de execução dos instrumentos financeiros não permitiria às autoridades de gestão aplicar a totalidade do conjunto mínimo de critérios de avaliação. Em consequência, as autoridades de gestão que selecionam os organismos de execução dos instrumentos financeiros devem aplicar a metodologia economicamente mais vantajosa para avaliar as propostas.

3.7.2.1. Metodologia de investimento

A autoridade de gestão tem de avaliar as ofertas com base na metodologia de investimento proposta nas ofertas dos proponentes no que respeita à seleção dos intermediários financeiros ou aos beneficiários finais, conforme o caso, nos termos e condições aplicados em relação ao apoio concedido aos beneficiários finais, incluindo a fixação de preços, bem como, sempre que o organismo de execução do instrumento financeiro afete os seus próprios recursos financeiros ao instrumento financeiro ou partilhe o risco, com base nas medidas propostas para alinhar os interesses e atenuar eventuais conflitos de interesses.

- solidez e credibilidade da metodologia de identificação e apreciação dos intermediários financeiros ou dos beneficiários finais, conforme o caso (artigo 7.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento Delegado).
- termos e condições aplicáveis ao apoio concedido aos beneficiários finais, incluindo preços (artigo 7.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento Delegado). A fixação de preços deverá abranger o leque de preços dos diferentes tipos de serviços e benefícios adicionais oferecidos em comparação a uma transação comercial normal (por exemplo, redução das garantias, facilidades de amortização em caso de dificuldades de reembolso, possibilidade ou não de prestação de consultoria técnica e/ou financeira em domínios específicos para projetos complexos, etc.). Sempre que o preço não seja pré-estabelecido pelo prestador de serviços em relação a um determinado tipo de serviço, o método de cálculo do preço, ou de uma estimativa suficientemente pormenorizada, deve ser previsto e comunicado.

Os termos e condições poderão assumir a forma de um guia explicativo para ajudar os beneficiários finais a compreenderem o modo como devem apresentar os seus pedidos de investimento, os tipos de serviços que devem ser prestados, bem como o tipo de remuneração abrangido pelo contrato.

- nos casos em que o organismo de execução dote o instrumento financeiro com recursos financeiros próprios ou assuma alguma outra forma de partilha de risco, são propostas medidas que visam alinhar os interesses e atenuar os conflitos de interesses (artigo 7.º, n.º 2, alínea f), do Regulamento Delegado). Uma medida eficaz de alinhamento dos interesses dos investidores consistiria no estabelecimento de uma estrutura apropriada de partilha de lucros e de riscos em relação aos recursos financeiros objeto de investimento pelo organismo ⁽⁵¹⁾.

3.7.2.2. Capacidade de mobilização de recursos adicionais ⁽⁵²⁾

A fim de assegurar o nível mais elevado possível de efeito de alavanca em relação a um determinado instrumento financeiro, um dos critérios a aplicar na seleção do organismo encarregado da execução de um instrumento financeiro é a sua capacidade de mobilização de recursos para investir nos destinatários finais, em complemento das contribuições do programa (artigo 7.º, n.º 2, alínea d), do Regulamento Delegado). As propostas devem, por conseguinte, ser avaliadas com base na capacidade do organismo para realizar investimentos adicionais.

3.7.2.3. Aumento do nível da atividade de investimento ⁽⁵³⁾

A fim de assegurar o valor acrescentado da intervenção dos FEEL, um dos critérios a aplicar na seleção do organismo encarregado da execução de um instrumento financeiro consiste na avaliação da sua capacidade para demonstrar que a execução do instrumento financeiro irá aumentar o atual nível de atividade do organismo (artigo 7.º, n.º 2, alínea e), do Regulamento Delegado).

3.7.2.4. Nível dos custos e das taxas de gestão

Um dos critérios a aplicar na seleção da proposta do organismo de execução de um instrumento financeiro é o nível dos custos e das taxas de gestão, que constituem o «preço» dos serviços prestados à autoridade de gestão. A metodologia proposta para o seu cálculo deve ser tomada em consideração.

3.7.3. Elementos do caderno de encargos

Recomenda-se a introdução, no caderno de encargos, das condições com que os proponentes têm de concordar. A referida introdução no caderno de encargos não é a única forma de garantir o cumprimento dessas condições, mas assegura, a montante, que os potenciais proponentes tomaram conhecimento das mesmas.

A fim de assegurar a verificação da conformidade dos procedimentos estabelecidos e aplicados pelo organismo encarregado da execução do instrumento financeiro com as regras aplicáveis, o organismo deve aceitar ser auditado pelas entidades de auditoria do Estado-Membro, da Comissão e do Tribunal de Contas Europeu (artigo 7.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento Delegado). A fim de garantir que o organismo aceita ser objeto de auditoria, recomenda-se que esta condição seja indicada no caderno de encargos do concurso e no acordo de financiamento pertinente ⁽⁵⁴⁾. A fim de assegurar o cumprimento do artigo 38.º, n.º 4, do RDC, recomenda-se igualmente que o caderno de encargos indique que o organismo de execução de um instrumento financeiro não deve estar estabelecido nem deve manter relações comerciais com entidades sediadas em territórios cujas jurisdições não cooperam com a União no que toca à aplicação das normas fiscais internacionalmente acordadas, devendo transpor esses requisitos nos seus contratos com os intermediários financeiros selecionados.

4. Ligações de referência

SEC(2011) 1169 final, DOCUMENTO DE TRABALHO DOS SERVIÇOS DA COMISSÃO relativo à aplicação da regulamentação da UE em matéria de contratos públicos às relações entre entidades adjudicantes (cooperação no interior do sector público)

⁽⁵¹⁾ Ver nota de orientação sobre remuneração preferencial EGESIF_15-0030-00

⁽⁵²⁾ O requisito de que os proponentes demonstrem a sua capacidade de mobilização de recursos adicionais pode, alternativamente, ser um dos critérios de seleção, caso a entidade adjudicante pretenda avaliar se o adjudicatário mobilizou recursos adicionais no passado e não em relação ao instrumento financeiro objeto de concurso.

⁽⁵³⁾ O requisito de que os proponentes demonstrem o aumento do nível da atividade de investimento pode, alternativamente, ser um dos critérios de seleção, caso a entidade adjudicante pretenda avaliar se o adjudicatário se encontra em condições de fornecer atividades de investimento adicionais.

⁽⁵⁴⁾ Note-se que, no que diz respeito ao BEI (ou seja, ao BEI e ao FEI, nos termos do artigo 2.º, n.º 23, do RDC), de acordo com o artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento Delegado, a autoridade de gestão deve mandar uma empresa que atue no âmbito de um quadro comum estabelecido pela Comissão para a realização de auditorias. No que respeita aos organismos de execução de instrumentos financeiros diferentes do BEI, as autoridades de auditoria podem realizar diretamente as auditorias ou mandar empresas externas. Neste último caso, terão de selecionar as referidas empresas de acordo com as regras e os princípios de adjudicação de contratos públicos.

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_pt.pdf

Diretiva 2004/18/CE

Diretiva 2014/24/UE

Nota de orientação sobre remuneração preferencial EGESIF_15-0030-00
