Provedor de Justiça Europeu

A tradução desta página foi gerada pela tradução automática [Link]. *As traduções automáticas podem conter erros que reduzem potencialmente a clareza e a exatidão; o Provedor de Justiça não aceita qualquer responsabilidade por eventuais discrepâncias. Para informações mais fiáveis e segurança jurídica, consultar: a versão de origem em inglês, acima referida. Para mais informações, consulte a nossa* política linguística e de tradução [Link].

Decisão no caso 178/2014/AN - Exclusão de um concurso público para uma obra de construção na Bósnia Herzegovina

Decisão
Caso 178/2014/AN - **Aberto em** 06/02/2014 - **Decisão de** 23/10/2014 - **Instituição em causa** Banco Europeu de Investimento (Observação crítica) |

O caso diz respeito à decisão do Banco Europeu de Investimento de subscrever a exclusão da queixosa (a empresa italiana Impresa Pizzarotti & C. SpA) de um concurso público por si financiado na Bósnia¤Herzegovina. A queixosa fora excluída com base na alegada inconformidade da sua proposta com o caderno de encargos. A queixosa recorreu aos serviços do Mecanismo de Tratamento de Reclamações do BEI, que decidiu a seu favor, tendo considerado que a exclusão era ilegal. A gestão do BEI, porém, rejeitou a decisão do seu próprio Mecanismo de Tratamento de Reclamações e manteve a decisão de excluir a queixosa do processo de adjudicação.

A Provedora de Justiça investigou o assunto e encontrou indícios de má administração no facto de a decisão do BEI ter sido baseada num erro jurídico. Não era possível qualquer solução, uma vez que o contrato havia sido atribuído a outro concorrente e as obras já tinham começado. Assim sendo, a Provedora de Justiça encerrou o caso com uma observação crítica. A Provedora de Justiça manifestou igualmente preocupação pelo facto de a má administração do Banco neste processo poder pôr em causa o compromisso da União Europeia com o reforço do Estado de direito na Bósnia¤Herzegovina. A Provedora anunciou que iria ponderar a abertura de um inquérito de iniciativa própria sobre as questões sistémicas subjacentes ao tratamento desta questão pelo BEI.

Antecedentes da denúncia

1. O Banco Europeu de Investimento («BEI») é a instituição de crédito de longo prazo da

União Europeia. O BEI tem por missão promover os objetivos da União Europeia através da disponibilização de financiamento a longo prazo para investimentos sólidos. No âmbito do BEI, o Mecanismo de Reclamações foi criado para facilitar e tratar as queixas contra o BEI apresentadas por pessoas, organizações ou empresas afetadas pelas atividades do BEI. Um Memorando de Entendimento entre o Provedor de Justiça Europeu e o BEI [1] explica de que forma o primeiro tem em conta o trabalho do Mecanismo de Reclamações. O Mecanismo de Reclamações é independente dos serviços do BEI que são responsáveis pelas atividades contestadas pelo queixoso. Os queixosos que ainda estejam insatisfeitos após terem utilizado o Mecanismo de Reclamações podem aumentar a queixa junto do Provedor de Justiça Europeu.

2. Em 2012, o autor da denúncia, a empresa italiana Impresa Pizzarotti & C. SpA, participou num concurso para a construção de um viaduto na Bósnia-Herzegovina (BiH), que foi financiado pelo BEI. Apesar de ter apresentado a proposta mais baixa, o autor da denúncia foi excluído pelo promotor da Bósnia-Herzegovina pelo facto de a sua proposta não corresponder ao caderno de encargos.

3. O queixoso contestou esta decisão junto do promotor, que manteve a sua opinião. A lei local excluiu qualquer recurso nos tribunais locais em relação a propostas deste tipo. O autor da denúncia recorreu ao Mecanismo de Reclamações do BEI, que concluiu, na sequência de uma investigação, que o queixoso tinha razão. O Mecanismo de Reclamações recomendou que o BEI retirasse a sua aprovação (a «não objeção») para a adjudicação do contrato a outro proponente. No entanto, o BEI apoiou a posição do promotor e manteve a sua não objeção.

O inquérito

4. Em 6 de fevereiro de 2014, o Provedor de Justiça abriu um inquérito sobre a queixa com base numa alegação de que o BEI não revisou erradamente a sua não objeção no caso em apreço e alegou que o BEI deveria rever a não objeção e suspender o financiamento do projeto.

5. No decurso do inquérito, o Provedor de Justiça recebeu o parecer do BEI sobre a queixa e, posteriormente, as observações do queixoso em resposta a esse parecer. Os seus serviços procederam igualmente a uma inspeção do processo do BEI sobre o assunto. A presente decisão tem em conta os argumentos e pareceres apresentados pelas partes.

Alegação de manutenção incorreta da não objeção e da alegação conexa

Argumentos apresentados ao Provedor de Justiça

6. O BEI subscreveu, no essencial, a opinião do promotor da Bósnia-Herzegovina de que a metodologia de construção proposta pelo autor da denúncia na sua proposta era diferente da

exigida pela documentação do concurso, o que não permitia quaisquer desvios.

7. O BEI considerou igualmente que a metodologia de construção proposta pelo autor da denúncia teria implicado um período adicional significativo, não só para proceder a uma reformulação da conceção, mas também para obter um novo conjunto de autorizações administrativas das autoridades da Bósnia-Herzegovina. A decisão do promotor da Bósnia-Herzegovina de excluir a proposta do queixoso, com base no facto de esta não cumprir os requisitos da documentação do concurso, foi apoiada por três peritos externos encomendados pelo promotor. Além disso, o BEI encarregou um quarto perito internacional de rever o caso, que concordou com o ponto de vista deste último. Além disso, os próprios serviços técnicos do BEI concluíram igualmente que a proposta do autor da denúncia não satisfazia os requisitos do concurso.

8. Um dos peritos externos observou igualmente que a documentação do concurso era clara e inequívoca. Em especial, o BEI considerou que a metodologia de construção exigida era expressa de forma suficientemente clara e precisa para permitir a um engenheiro civil com uma experiência razoável compreender o que era exatamente necessário. Isto é evidente, segundo o BEI, da ausência, durante o processo de clarificação, de qualquer questão dos proponentes relativamente à metodologia de construção, bem como do facto de todos os outros proponentes terem apresentado propostas com base na metodologia de construção correta.

9. À luz da recomendação do Mecanismo de Reclamações no sentido de reexaminar a não objeção, os serviços do BEI reexaminaram o caso e reafirmaram a não objeção inicial. Assim, o BEI manteve a sua decisão.

10. O autor da denúncia, por seu lado, considerou que a documentação do concurso não exigia uma metodologia de construção específica, pelo que a metodologia proposta não podia ser considerada como um desvio do caderno de encargos. Este ponto de vista foi igualmente apoiado pelo Mecanismo de Reclamações. O autor da denúncia afirmou repetidamente que a sua exclusão do concurso não só lhe causava prejuízos económicos significativos, como também levou o BEI a financiar uma proposta 11 % mais cara, o que implicava despesas suplementares de cerca de 18 milhões de euros.

Avaliação do Provedor de Justiça

11. As posições divergentes das partes no presente processo incluem argumentos técnicos relacionados com questões de engenharia civil. Não é adequado nem necessário que o Provedor de Justiça se pronuncie sobre estas questões, uma vez que a questão central depende do significado jurídico dos documentos do concurso, em especial das disposições relativas ao grau de liberdade técnica deixada aos proponentes na preparação das suas propostas.

12. A questão jurídica que está no cerne do litígio é a de saber se **o caderno de encargos exigia clara e inequivocamente uma determinada metodologia de construção** , como

alegou o BEI, ou se deixavam margem para outras metodologias, como acreditavam o autor da denúncia e o mecanismo de queixas.

13. A documentação do concurso examinada pelos serviços do Provedor de Justiça consiste num conjunto de documentos, alguns escritos (a seguir «parte escrita»), outros constituídos por desenhos (os «desenhos») e, por último, outros que contêm informações financeiras (a seguir «Bill of Quantities»). A documentação do concurso foi acompanhada de orientações relativas à conceção, construção, manutenção e supervisão das estradas e à conceção de pontes («Orientações»).

14. Após ter inspecionado o processo completo do BEI em relação ao concurso, o Provedor de Justiça partilha a opinião do queixoso e do Mecanismo de Reclamações de que a documentação do concurso não indica de forma clara e inequívoca qual a metodologia de construção que deve ser utilizada. Não há nada a este respeito na parte escrita. Além disso, como o BEI reconheceu no seu parecer, os desenhos fornecidos aos proponentes referiam-se ao «desenho principal», sem qualquer menção de que esse desenho principal era definitivo. Pelo contrário, a secção 1.1.2 do mapa de quantidades contém uma rubrica destinada a cobrir o custo estimado da alteração do desenho ou modelo principal, o que demonstra que este último não foi considerado imutável na documentação do concurso.

15. Para além do que precede, é de notar que a secção 13 das Orientações, que se refere especificamente aos métodos de construção de pontes, enumera e elabora os possíveis métodos de construção, incluindo o proposto pelo autor da denúncia. Embora as orientações não façam parte do caderno de encargos, acompanharam os documentos do concurso e destinavam-se a ajudar os proponentes nas suas escolhas técnicas. Dado que os documentos do concurso não exigiam claramente uma metodologia de construção específica, o facto de as Orientações se referirem a várias metodologias permitiu razoavelmente ao autor da denúncia e a qualquer outro proponente concluir que nenhum deles estava excluído.

16. O Provedor de Justiça aceita a posição do BEI segundo a qual a intenção do promotor da Bósnia-Herzegovina era adjudicar o contrato a um contratante utilizando uma metodologia de construção específica, diferente da proposta pelo queixoso. Além disso, o Provedor de Justiça não tem motivos para duvidar de que a metodologia em questão possa razoavelmente ser considerada, por várias razões, a mais adequada nas circunstâncias em causa. No entanto, estas não são as questões relevantes. Os proponentes que participem num processo de concurso público financiado por uma instituição da UE devem poder determinar o que lhes é exigido e em que medida podem desviar-se dos requisitos estabelecidos ou apresentar propostas que conduzam ao mesmo resultado por diferentes meios. No caso em apreço, quaisquer que sejam as intenções subjacentes do promotor, não foram expressas com suficiente clareza nos documentos do concurso para excluir a interpretação do autor da denúncia.

17. A este respeito, é irrelevante que, como o BEI referiu, não houvesse questões de esclarecimento e que o autor da denúncia fosse o único proponente a interpretar o caderno de encargos de uma forma que não era a pretendida. Pode haver várias razões para tal, por

exemplo, o facto de nenhum outro proponente ter tido acesso à tecnologia necessária para propor o mesmo método de construção que o autor da denúncia, ou de outros proponentes se limitarem a ler a documentação do concurso de uma forma diferente. Subsiste a questão de que **o caderno de encargos permitia a interpretação do autor da denúncia, impedindo assim o promotor de desqualificá-lo com o fundamento de que este último interpretava as regras pertinentes de uma forma diferente da que o promotor preferia.**

18. Além do que precede, o Provedor de Justiça não pode aceitar o argumento do BEI de que a proposta do queixoso também não foi conforme, uma vez que a metodologia de construção proposta teria atrasado a execução do projeto, uma vez que exigia a emissão de novas licenças de construção. Embora o Provedor de Justiça compreenda plenamente a lógica económica subjacente à execução do projeto o mais rapidamente possível, salienta, no entanto, que, a menos que especificado na documentação do concurso, essa fundamentação não pode conduzir à exclusão de um proponente.

19. Se o BEI ou o promotor pretendessem tornar a rápida execução do projeto um requisito essencial, tal deveria ter sido explicitamente mencionado na documentação do concurso. Em vez disso, a parte 1 da secção IV dos documentos do concurso limita-se a mencionar que o proponente deve « *demonstrar a capacidade de concluir todas as obras no prazo de 20 meses* ». Tal como o Mecanismo de Reclamações salientou com razão, a duração dos trabalhos a realizar pelo contratante não deve incluir o tempo de que o promotor necessita para obter as licenças de construção. Além disso, o autor da denúncia especificou, na sua proposta, que o método que propôs lhe permitiria executar as obras dentro desse prazo.

20. Daqui resulta que **a decisão do BEI de manter a sua não objeção à exclusão da proposta do queixoso se baseou numa leitura juridicamente errada dos documentos do concurso. Trata-se de um caso de má administração.**

21. A má administração é particularmente grave porque, como a OCDE reconheceu, a correção dos procedimentos de adjudicação de contratos é um instrumento fundamental para combater a corrupção no setor público. De acordo com a OCDE, a contratação pública é a atividade do governo mais vulnerável ao desperdício, à fraude e à corrupção devido à dimensão dos fluxos financeiros envolvidos. A integridade nos contratos públicos é essencial para manter a confiança dos cidadãos no governo [2] .

22. Além disso, é do interesse da boa reputação do BEI como um importante prestador de financiamento da UE e como instituição da UE respeitável aos olhos das autoridades, promotores e contratantes de países terceiros que os participantes em concursos financiados por empréstimos do BEI em países terceiros tenham acesso a um mecanismo de recurso interno plenamente operacional no âmbito do BEI. Isto é particularmente importante quando o BEI está envolvido em países que têm sistemas pouco desenvolvidos ou ineficazes para a administração da justiça.

23 . Neste contexto, o Provedor de Justiça toma nota da seguinte declaração constante do relatório intercalar de 2013 da Comissão Europeia sobre a Bósnia-Herzegovina (COM(2013)

700 final): *Não se registaram melhorias substanciais no que diz respeito ao sistema jurídico na Bósnia-Herzegovina, que continua a ser complexo e difícil. O nível de legislação é relativamente elevado em alguns domínios; no entanto, a aplicação prática da legislação é muitas vezes deficiente devido à fraca capacidade de execução das principais instituições. Muitas vezes, o sistema judicial não funciona de forma eficiente e não abrange as atividades comerciais de forma adequada. A execução dos contratos comerciais continua a ser um processo moroso, que envolve 37 procedimentos e demora, em média, 595 dias, inalterados em relação ao ano anterior. De um modo geral, um Estado de direito fraco, a corrupção e a execução de contratos pouco fiável continuam a prejudicar o ambiente empresarial* [3] .

24 . Neste contexto, a abordagem adotada pelo BEI neste caso é totalmente inaceitável. Corre-se o risco de pôr em causa não só a reputação do BEI, mas também o compromisso da União de reforçar o Estado de direito na Bósnia-Herzegovina. Estes danos à reputação poderiam ter sido evitados se o BEI tivesse seguido o parecer do seu próprio mecanismo interno de queixas.

25. O artigo 3.º, n.º 5, do Estatuto do Provedor de Justiça Europeu prevê que, quando for identificado um caso de má administração, o Provedor de Justiça procurará, na medida do possível, encontrar uma solução junto da instituição em causa para eliminar a má administração. No caso em apreço, a gravidade da má administração e as suas potenciais implicações sistémicas são tais que seria inadequado procurar tal solução. Em todo o caso, neste caso, não é possível uma solução agora, uma vez que o projeto de construção foi adjudicado a outro proponente e a construção teve início há vários meses. Neste caso, o autor da denúncia não procurou ser indemnizado pelos custos de preparação de um pedido de concurso que, devido a uma ilegalidade, foi excluído do processo de concurso. Por conseguinte, o Provedor de Justiça não recomendará uma compensação financeira por esses custos. Por conseguinte, o Provedor de Justiça encerrará o inquérito com uma observação crítica e enviará também uma cópia desta decisão aos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho da União Europeia e da Comissão Europeia, para informação.

26. O Provedor de Justiça está convicto de que o Banco dará seguimento à observação crítica, retirando ensinamentos adequados deste caso para o futuro. Considerará igualmente a possibilidade de abrir um inquérito de iniciativa própria sobre as questões sistémicas suscitadas pelo processo.

Conclusão

Com base no inquérito sobre esta queixa, o Provedor de Justiça encerra-a com a seguinte observação crítica:

A decisão do BEI de manter a sua não objeção à exclusão da proposta do queixoso baseou-se numa leitura juridicamente incorreta dos documentos do concurso. Trata-se de um caso de má administração.

As atividades do BEI afetam a reputação da União Europeia e devem ser coerentes com os valores e princípios da União. A má administração do BEI neste caso corre o risco de pôr em causa não só a reputação do BEI, mas também o compromisso da União de reforçar o Estado de direito na Bósnia-Herzegovina. Estes danos à reputação poderiam ter sido evitados se o BEI tivesse seguido o parecer do seu próprio mecanismo interno de queixas.

O queixoso e o BEI serão informados desta decisão. O Provedor de Justiça enviará igualmente, para informação, uma cópia da sua decisão aos Presidentes do Parlamento Europeu, da Comissão Europeia e do Conselho da União Europeia.

Emily O'Reilly

Feito em Estrasburgo, em 23 de outubro de 2014

[1] Disponível em: http://www.ombudsman.europa.eu/cooperation/en/20080709-1.htm [Link]

[2] Ver http://www.oecd.org/corruption/ethics/integrityinpublicprocurement.htm [Link]

[3] http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/ba_rapport_2013_en.pdf [Link] na p. 26