

**PARECER DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA SOBRE O PROJETO DE LEI
N.º 71/XIII/1.ª, APRESENTADO PELO GRUPO PARLAMENTAR DO PARTIDO
SOCIALISTA**

1. Os deputados do Grupo Parlamentar do Partido Socialista tomaram a iniciativa de apresentar à Assembleia da República o Projeto de Lei n.º 71/XIII/1.ª, que “consagra um regime de seleção de produtos alimentares em cantinas e refeitórios públicos”.
2. Tendo a Autoridade da Concorrência (doravante AdC) sido convidada pela Senhora Presidente da Comissão de Orçamento, Finanças e Modernização Administrativa da Assembleia da República, a emitir parecer sobre o Projeto de Lei em apreço, atentas as respetivas competências, em particular, nos termos das alíneas a) e g) do artigo 5.º dos respetivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, de “velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões de direito nacional e da União Europeia destinados a promover e a defender a concorrência” e de “contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou do Governo”, respetivamente, bem como o poder de “formular sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório” que lhe é conferido pela al. d) do n.º 4 do artigo 6.º dos Estatutos citados, submete-se à Assembleia da República o seguinte parecer:

I. ENQUADRAMENTO PRÉVIO

I.1. O PROJETO DE LEI N.º 71/XIII/1.ª

3. A exposição de motivos, que acompanha o referido Projeto de Lei, defende que a “promoção de uma alimentação saudável, em escolas e ambientes de trabalho público, deve concretizar-se através da exploração do potencial que o país possui face às características diferenciadoras e vantagens competitivas dos produtos nacionais e dos recursos endógenos”.
4. Para esse desiderato defende o Projeto de Lei que com “a criação de circuitos curtos de comercialização de produtos agrícolas, frescos e transformados, visando o escoamento das produções locais a preços justos, com vantagens para os produtores, os consumidores e o ambiente, a par de uma Estratégia Nacional para a Agricultura Biológica, contribuiremos para o desenvolvimento da economia nacional, estimulação da criação de emprego e fomentação da prática de uma alimentação saudável”.

5. Nas palavras dos proponentes “impõe-se assegurar, com suporte jurídico, a introdução de critérios objetivos nos procedimentos de aquisição de produtos ou no quadro dos cadernos de encargos dos concursos de concessão de exploração de cantinas e refeitórios públicos, assentes na valorização da qualidade certificada dos produtos, na sua forma de produção biológica, na ponderação da respetiva pegada ecológica e até mesmo o seu relevo enquanto produtos essenciais da dieta mediterrânica”.
6. É neste contexto que entendem a “valorização da produção nacional assente na escolha de produtos devidamente reconhecidos com critério da qualidade” e “o critério do impacto ambiental, que valoriza os produtos de proximidade e que denotam menor impacto ambiental por terem menores custos logísticos de transporte e embalagem”, representarem “outra mais-valia nesta política”.
7. O Grupo Parlamentar do Partido Socialista “entende ser possível generalizar estes critérios na seleção dos produtos alimentares nas cantinas e refeitórios públicos, assegurando a sua ponderação obrigatória, de forma a reforçar a garantia de sustentabilidade ambiental e a racionalidade económica das aquisições de produtos para consumo no quadro da prestação de serviços de refeições confeccionadas”.
8. Nas palavras dos seus autores “a presente iniciativa assenta, pois, na introdução de critérios objetivos de ponderação na seleção e aquisição de produtos alimentares para consumo em cantinas e refeitórios públicos, bem como para o fornecimento de refeições aos seus utentes ou trabalhadores por serviços e organismos da administração pública”.
9. Reiteram os proponentes que os fundamentos da iniciativa legislativa assentam, “no essencial, conforme supra referido, na obrigação de ponderação dos referidos critérios de qualidade, origem e impacto ambiental no procedimento de seleção e aquisição de produtos, reforçando a racionalidade, sustentabilidade e qualidade dos produtos a fornecer a utentes e trabalhadores dos serviços abrangidos”.
10. Mais preconizam que “a introdução da obrigação de ponderação dos critérios introduzidos pela presente iniciativa legislativa não prejudicará a aplicação de outros regimes jurídicos, nem a definição de quaisquer outros critérios de seleção de produtos alimentares para cantinas e refeitórios, nomeadamente o critério do preço ou quaisquer outros que possam vir a decorrer das necessidades do serviço prestado pela entidade que gere ou concessionaria a exploração da cantina ou refeitório (como é o caso, por exemplo, nos serviços de saúde ou nos estabelecimentos do ensino básico e secundário)”.
11. No que respeita ao parâmetro qualidade, é referido expressamente na exposição de motivos do Projeto de Lei que a iniciativa legislativa em causa “acolhe os critérios presentes nos

regimes públicos de qualidade certificada, decorrentes de normativos da União Europeia, a saber, dos Regulamentos do Conselho n.º 510/2006 (CE) e 834/2007 (CE), que estabeleceram as categorias de certificação Produção Integrada (PRODI), Proteção Integrada (PI), Modo de Produção Biológico (MPB), Denominação de Origem Protegida (DOP) e Indicação Geográfica Protegida (IGP)”.

12. Na ponderação do parâmetro do impacto ambiental na aquisição de produtos alimentares, refere-se que o “presente projeto-lei visa incentivar a aquisição de produtos que revelem, em termos comparativos, menores custos associados à sua distribuição, transporte e embalagem”.
13. Ademais, introduz-se no projeto “a possibilidade de aquisição preferencial de produtos cuja articulação com objetivos de educação alimentar ou de difusão de informação quanto à realidade produtiva nacional se revele pertinente”.
14. O texto do Projeto de Lei distingue, na forma da sua aplicação, “duas diferentes realidades de gestão das cantinas e refeitórios públicos” que são, no seu entender, merecedores de “diferente tratamento jurídico”:
 - (i) “Nos casos em que a gestão das cantinas e refeitórios é assegurada diretamente pelas entidades abrangidas pelo presente diploma, deve caber a estas assegurar a ponderação dos critérios de qualidade, origem e impacto ambiental” (artigo 6.º);
 - (ii) “No que concerne à exploração mediante concessão a terceiros, esta obrigatoriedade de ponderação da aquisição de produtos com estas características deve ser assegurada através da sua inclusão nas peças dos procedimentos de formação de contratos, de forma a serem tidas em conta na sua execução pelo concessionário” (artigo 7.º).
15. Dedicar a exposição de motivos as considerações finais para aquilo que chama “a realidade do Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP) e o seu impacto central na Administração Central do Estado e nas muitas entidades que aderiram ao regime de aquisição centralizada”. É neste contexto que o diploma atribui “especificamente a competência da Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P., para assegurar a implementação da presente lei no SNCP, nomeadamente através da sua atividade de negociação de acordos-quadro para a celebração de contratos de prestação de serviços de fornecimento de refeições confeccionadas” (artigo 8.º).
16. Conclui o Grupo Parlamentar do Partido Socialista destacando que apresenta “uma iniciativa legislativa que, sem pôr em causa o integral cumprimento dos princípios estruturantes de

funcionamento do mercado único, no que concerne à garantia da livre circulação de mercadorias e à proteção da concorrência no espaço comunitário, assegura simultaneamente a racionalidade e sustentabilidade ambiental das aquisições de produtos para consumo em cantinas e refeitórios públicos e a valorização da produção local, regional e nacional”.

17. O Projeto de Lei do Grupo Parlamentar do Partido Socialista propõe que na concretização dos critérios de seleção e aquisição de produtos alimentares em cantinas e refeitórios públicos, se pondere obrigatoriamente “a sua qualidade, origem e impacto ambiental” (n.º 1 do artigo 3.º). O peso a atribuir a estes critérios “não pode ser inferior a 10 pontos percentuais do total dos critérios a ponderar” (n.º 3 do artigo 3.º). O n.º 2 do artigo 3.º salvaguarda a aplicação de outros regimes jurídicos e clarifica a possibilidade de serem definidos outros critérios de seleção, em particular ligados às necessidades do serviço em causa.
18. A densificação do critério da qualidade é feita no artigo 4.º concedendo prioridade à “aquisição de produtos detentores de certificação através de um dos seguintes regimes públicos de qualidade certificada, decorrentes dos Regulamentos do Conselho n.º 510/2006 (CE), de 20 de Março e 834/2007 (CE), de 28 de Junho:
 - a) Produção Integrada (PRODI);
 - b) Proteção Integrada (PI);
 - c) Modo de Produção Biológico (MPB),
 - d) Denominação de Origem Protegida (DOP), e
 - e) Indicação Geográfica Protegida (IGP)”.
19. Já para a concretização dos critérios origem e impacto ambiental, o Projeto de Lei do Grupo Parlamentar do Partido Socialista exige que a “seleção de produtos de origem local, regional, nacional e comunitária para consumo em cantinas e refeitórios públicos” privilegie “produtos que revelem: a) Menores custos logísticos e de distribuição; b) Menor impacto no meio ambiente devido à distância, ao transporte e às embalagens”.
20. O Projeto de Lei prevê a sua entrada em vigor no prazo de 90 dias após publicação, sem se referir a eventual regulamentação do mesmo por parte do Governo (artigo 9.º).

I.2. ENQUADRAMENTO NO ÂMBITO DO MERCADO INTERNO DA UNIÃO EUROPEIA E DAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA NACIONAIS E DA UNIÃO EUROPEIA

21. Antes de proceder à análise do impacto concorrencial das medidas previstas pelo Projeto de Lei n.º 71/XIII/1.^a, importa atender ao contexto jurídico em que o mesmo se situa, em particular no que se refere às regras decorrentes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Tal enquadramento é necessário uma vez que o Projeto de Lei em apreço introduz critérios de preferência por produtos de origem local, regional, nacional e comunitária. Deve, por isso, atender-se às regras relativas às medidas que sejam suscetíveis de restringir as importações com base em critérios de origem dos produtos.
22. Refira-se, também a título preliminar, que a interpretação do alcance das obrigações impostas pelo Direito da União Europeia ao Estado português compete, em última instância, ao Tribunal de Justiça da União Europeia, sendo ainda de sublinhar o papel desempenhado pela Comissão enquanto guardião dos Tratados.
23. Assim, o presente enquadramento reflete apenas o entendimento da AdC quanto ao contexto jurídico e económico em que o Projeto de Lei se situa e constitui um contributo para eventual ponderação pela Assembleia da República.
24. O Mercado Interno da União Europeia “compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação de mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados” (n.º 2 do artigo 26.º do TFUE).
25. Quanto aos produtos agrícolas, as regras relativas ao mercado interno são-lhes aplicáveis na medida em que o contrário não decorra dos artigos 39.º a 44.º do TFUE (n.º 2 do artigo 38.º do TFUE). Para atingir os fins da política agrícola comum, definidos pelo artigo 39.º do TFUE, a União cria uma organização comum dos mercados agrícolas, nos termos do n.º 1 do artigo 40.º do TFUE, estabelecendo regras comuns em matéria de concorrência, uma coordenação obrigatória das organizações nacionais de mercado e a organização europeia de mercados. Atualmente, o regime da organização comum dos mercados dos produtos agrícolas encontra-se previsto no Regulamento (UE) n.º 1308/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17.12.2013.¹
26. As regras de concorrência do TFUE (artigos 101.º a 109.º) aplicam-se à produção e comércio de produtos agrícolas no âmbito do regime legal da organização comum de mercados agrícolas, atualmente previsto no citado Regulamento (UE) n.º 1308/2013.
27. Importa sublinhar que é o próprio TFUE que determina a exclusão, no âmbito da organização comum de mercado, de qualquer discriminação entre produtores ou consumidores da União

¹ Publicado no J.O.U.E., L 347, de 20.12.2013, p. 671.

(segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 40.º do TFUE) e que permite o desenvolvimento de ações comuns de promoção do consumo de certos produtos [al. b) do artigo 41.º do TFUE].

28. Quanto à livre circulação de mercadorias, o TFUE proíbe, entre outras medidas, “as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente” (artigo 34.º TFUE).
29. Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, “qualquer regulamentação comercial dos Estados-membros suscetível de entravar, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, o comércio intracomunitário, deve ser considerada como uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas”.²
30. O Tribunal de Justiça teve já ocasião de delimitar o âmbito da intervenção dos Estados-membros, na ausência de medidas de harmonização, quanto aos incentivos à compra de produtos nacionais. Assim, os incitamentos através de programas governamentais à substituição de produtos importados por produtos nacionais foram considerados contrários ao artigo 34.º do TFUE no acórdão Comissão c. Irlanda (*Buy Irish*), proferido em 1982.³ Os princípios enunciados naquele caso foram reiterados num acórdão relativo a uma campanha lançada por uma entidade pública britânica, o *Apple and Pear Development Council*, que promovia variedades de maçãs e peras típicas de Inglaterra e do País de Gales, concretizando-se que tais entidades públicas não devem aconselhar os consumidores a comprar produtos nacionais unicamente em razão da sua origem nacional.⁴ Todavia, o Tribunal considerou que seria compatível com o artigo 34.º do TFUE a valorização, por meios publicitários, das qualidades específicas dos frutos produzidos naquele Estado-membro ou a organização de campanhas de promoção da venda de certas variedades indicando as respetivas propriedades particulares, mesmo sendo tais variedades típicas da produção nacional.
31. A realização de ações de informação e de promoção de produtos agrícolas, com o objetivo de reforçar a competitividade do sector agrícola da União Europeia encontra-se atualmente sujeita ao regime estabelecido pelo Regulamento (UE) n.º 1144/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22.10.2014, relativo à execução de ações de informação e de promoção dos produtos agrícolas no mercado interno e em países terceiros, e que revoga o

² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11.7.1974, no Proc. 8/74, Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville, ECLI:EU:C:1974:82, n.º 5 (tradução nossa).

³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24.11.1982, no Proc. 249/81, Comissão c. Irlanda, ECLI:EU:C:1982:402.

⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13.12.1983, no Proc. 222/82, Apple and Pear Development Council c- K.J. Lewis Ltd e o., ECLI:EU:C:1983:370.

Regulamento (CE) n.º 3/2008 do Conselho.⁵ Nos termos do considerando 7 do preâmbulo daquele Regulamento:

“As ações de informação e de promoção não deverão ser orientadas em função de marcas ou da origem. Não obstante, a fim de melhorar a qualidade e a eficácia das demonstrações, das degustações e do material de informação e de promoção, deverá ser possível referir a marca comercial e a origem do produto, desde que seja respeitado o princípio da não discriminação e que as ações não visem incentivar o consumo de qualquer produto apenas em razão da sua origem. Além disso, as referidas ações deverão respeitar os princípios gerais do Direito da União e não deverão resultar numa restrição à livre circulação de produtos agrícolas e alimentares, em violação do disposto no artigo 34.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Deverão ser estabelecidas normas específicas sobre a visibilidade das marcas e da origem relativamente à mensagem principal da União numa campanha”.

32. Nos termos do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento (UE) n.º 1144/2014:

“(…) as ações de informação e de promoção não se orientam em função da origem. As referidas ações não têm como objetivo encorajar o consumo dos produtos devido exclusivamente à sua origem”.

33. Também se afigura relevante para o presente parecer a inclusão nas ações de informação e de promoção dos regimes de qualidade estabelecidos pelos Regulamentos (UE) n.º 1151/2012, (CE) n.º 110/2008 e pelo artigo 93.º do Regulamento (UE) n.º 1308/2013, bem como os regimes relativos ao modo de produção biológico definido pelo Regulamento (CE) n.º 834/2007, do Conselho [alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 5.º do Regulamento (UE) n.º 1144/2014].

34. As regras relativas à livre circulação de mercadorias no âmbito do mercado interno são igualmente aplicáveis às medidas tomadas pelos Estados-membros em sede de contratação pública, em particular quando estas operam uma discriminação entre fornecedores em razão da origem dos produtos.

35. Assim, no acórdão *Du Pont de Nemours Italiana*,⁶ o Tribunal de Justiça considerou que:

⁵ Publicado no J.O.U.E., L 317, de 4.11.2014, p. 56.

⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20.3.1990, no Proc. C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SPA c. Unità Sanitaria locale n.º 2 di Carrara*, ECLI:EU:C:1990:121.

“o artigo 30.º do Tratado CEE [atual artigo 34.º do TFUE] deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que reserva para as empresas estabelecidas em determinadas regiões do território nacional uma percentagem dos contratos de fornecimento de direito público”.

36. Em causa estava uma medida legislativa do Estado italiano pela qual se estabelecia a obrigação de todos os organismos e serviços da administração pública, bem como os organismos e sociedades com participação do Estado, se abastecerem, até ao limite de, pelo menos, 30% das suas necessidades, junto de empresas industriais, agrícolas e artesanais estabelecidas no Mezzogiorno, nas quais os produtos visados tenham sofrido uma transformação.
37. O Tribunal afirmou então que:
- “... tal regime, que favorece os produtos transformados numa determinada região de um Estado-membro, impede os serviços da administração pública de se abastecerem, quanto a parte das suas necessidades, junto de empresas situadas em outros Estados-membros. Nestas condições, tem de admitir-se que os produtos originários de outros Estados-membros são discriminados em relação aos produtos fabricados no Estado-membro em questão e que, assim, constitui obstáculo ao curso normal das trocas intracomunitárias”.⁷
38. O facto de os efeitos restritivos de tal medida favorecerem apenas os bens produzidos na região em causa não afasta a contrariedade face ao artigo 34.º do TFUE.⁸
39. A existência de uma discriminação formal em razão da origem leva a que a medida em apreço não possa ser justificada com base nas exigências imperativas reconhecidas na chamada jurisprudência *Cassis de Dijon*, a qual apenas abrange medidas indistintamente aplicáveis a produtos nacionais e produtos importados.⁹
40. Nesse caso, estando perante uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa, apenas poderá ser aplicada a derrogação prevista pelo artigo 36.º do TFUE. Sublinhe-se que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o artigo 36.º do TFUE deve ser

⁷ Idem, n.º 11.

⁸ Idem, n.º 13.

⁹ Idem, n.º 13. No acórdão de 20.2.1979, no Proc. 120/78, Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (dito “Cassis de Dijon”), ECLI:EU:C:1979:42, o Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de justificação de medidas indistintamente aplicáveis a produtos nacionais e importados, desde que justificadas por exigências imperativas relativas a interesses públicos não económicos, como a defesa dos consumidores ou outros posteriormente reconhecidos na jurisprudência europeia, como a proteção do ambiente.

interpretado no sentido de não estender o seu alcance a outras causas justificativas não enumeradas no mesmo artigo e que os objetivos a prosseguir nesse âmbito devem apenas dizer respeito à salvaguarda de interesses de natureza não económica, o que exclui objetivos como a promoção da produção nacional em detrimento das importações.¹⁰

41. No domínio do regime europeu e nacional da contratação pública assume ainda especial relevância o princípio da concorrência que, como afirmou a Advogada-Geral Christine Stix-Hackl, nas suas conclusões no caso *Sintesi*, “constitui um dos princípios fundamentais da legislação comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos”.¹¹ Este princípio é acolhido no n.º 4 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, bem como no n.º 1 do artigo 18.º da Diretiva n.º 2014/24/UE.¹²
42. Para concluir este enquadramento geral, necessariamente breve dado o curto prazo concedido para a emissão deste parecer, cumpre ainda referir o regime de ajudas à distribuição às crianças de frutas e legumes, o qual procura responder, pelo menos parcialmente, a algumas das preocupações centrais ao Projeto de Lei em análise, designadamente as que se referem aos objetivos sociais de salvaguarda da saúde das crianças em idade escolar.
43. O Regulamento (UE) n.º 1308/2013, já referido, prevê, no capítulo II, o estabelecimento de regimes de ajudas “destinados a melhorar a distribuição de produtos agrícolas e a melhorar os hábitos alimentares das crianças” (artigo 22.º). Para que possam beneficiar deste regime de ajudas da União, os Estados-membros devem elaborar previamente uma estratégia de aplicação, ao nível nacional ou regional (n.º 2 do artigo 23.º). Essa estratégia deve definir uma lista de produtos elegíveis, provenientes dos sectores das frutas e produtos hortícolas, das frutas e produtos hortícolas transformados e das bananas, não podendo incluir produtos referidos no Anexo V daquele Regulamento (açúcar adicionado, matérias gordas adicionadas, sal adicionado e edulcorantes adicionados). A seleção dos produtos elegíveis é efetuada pelos Estados nos termos do 4.º parágrafo do n.º 3 do artigo 23.º daquele Regulamento:

“Os Estados-Membros selecionam os produtos com base em critérios objetivos, que podem incluir considerações de saúde e ambientais, a sazonalidade, a variedade ou disponibilidade do produto, dando a prioridade, tanto quanto praticável, a produtos

¹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9.6.1982, no Proc. 95/81, Comissão c. Itália, ECLI:EU:C:1982:216, n.º 27.

¹¹ Conclusões da Advogada-Geral no Proc. C-47/02, ECLI:EU:C:2004:399, n.º 34.

¹² Publicada no J.O.U.E., L 94, de 28.3.2014, p. 65. A Diretiva n.º 2014/24/UE deve ser transposta até 18 de abril de 2016 (artigo 51.º, n.º 1).

originários da União, particularmente à compra local, aos mercados locais, a cadeias de abastecimento curtas ou os benefícios para o ambiente”.

44. Portugal é um dos Estados-membros que tem vindo a definir e executar uma estratégia nacional ao abrigo deste regime. Tal como resulta do preâmbulo da Portaria n.º 375/2015, de 20 de outubro, esta estratégia prossegue, como objetivos principais, o reforço dos hábitos alimentares nas crianças aptos a disseminar comportamentos saudáveis na população.
45. Segundo a Estratégia Nacional – Regime de Frutas e Hortícolas nas Escolas, de janeiro de 2015,¹³ a seleção de produtos tem por base “os objetivos de promoção da produção nacional, de boas práticas ambientais, numa lógica de favorecer produtos com maior proximidade geográfica, diminuindo os custos de transporte e reduzindo as emissões de carbono, destacando os produtos locais ou regionais e equacionando a discriminação positiva para produção em regimes de qualidade certificada, atendendo também a critérios de sazonalidade”. Os critérios de escolha previstos na Estratégia Nacional incluem a forma de apresentação, a qualidade, a origem, a sazonalidade e o impacto ambiental.
46. Quanto ao critério da origem, a Estratégia Nacional refere o seguinte:

“dá-se preferência, por esta ordem, aos produtos de origem local, regional, nacional, e comunitária, procurando dar sempre prioridade à inclusão de produtos locais, por motivos de disponibilidade, menores custos logísticos e de distribuição, menor impacto no meio ambiente devido ao transporte, maior qualidade do produto, assim como por motivos diretamente relacionados com a educação e a realidade produtiva, no que respeita ao conhecimento dos produtos e a sua proveniência”.
47. Estes critérios relevam não apenas para efeito de determinação dos produtos elegíveis (os produtos incluídos na lista da Estratégia Nacional) como também para a aquisição pelos Municípios participantes no programa.
48. Quanto aos parâmetros de seleção de produtos elegíveis, a Portaria n.º 375/2015 não opera uma discriminação no acesso ao programa em função da origem dos produtos. No entanto, é estabelecida uma majoração, a pedido do requerente e quando justificada, para os produtos provenientes de regimes públicos de qualidade certificada, de produção integrada, de modo de produção biológico, de denominação de origem protegida, de indicação geográfica protegida ou de proteção integrada (n.ºs 3 e 4 do artigo 4.º da Portaria n.º 375/2015).

¹³ Documento disponível em versão eletrónica em <http://www.gpp.pt/MA/RFE/>.

II. AVALIAÇÃO DE IMPACTO CONCORRENCIAL

49. Da análise do Projeto de Lei n.º 71/XIII/1.^a, realizada pela AdC, resulta que o mesmo é suscetível de produzir um impacto na concorrência na medida em que introduz critérios de preferência em razão da origem dos produtos (artigos 3.º, n.º 1 e 5.º). Embora tais critérios não sejam concebidos enquanto condição de reserva quantitativa de mercado, ao prever que o peso de tais critérios não pode ser inferior a 10 pontos percentuais do total dos critérios a ponderar, introduz-se um favorecimento objetivo dos produtos com aquela origem. Acresce que se permite à entidade adjudicante uma ponderação superior a esse valor, limitando, correspondentemente, o critério de preço em função do critério origem.
50. O contributo que a AdC pode dar neste procedimento consiste em criar condições para uma avaliação informada sobre os custos e benefícios em causa, concorrendo para a melhor decisão política. É essa a função das considerações seguintes, em que se procura identificar o potencial impacto anticoncorrencial da medida em apreço bem como se existe uma justificação suficientemente ponderosa de interesse público.
51. O potencial das medidas em apreço de criação de obstáculos ao bom funcionamento da concorrência como mecanismo de promoção da eficiência económica é ilustrado pela aplicação da Lista de Controlo da OCDE.¹⁴ Com efeito, os critérios de preferência em razão da origem dos produtos são suscetíveis de limitar a capacidade para a aquisição de bens ou serviços a certos tipos de fornecedores (Ponto A3 da Lista de Controlo) bem como de restringir os fluxos geográficos de produtos (Ponto A5 da Lista de Controlo), sobretudo na medida em que permitem uma prevalência destes critérios sobre outros parâmetros concorrenciais, como o preço.
52. Em geral, estas restrições são consideradas excessivas pela OCDE, na medida em que “limitam indevidamente o número de fornecedores, reduzem indevidamente o número de fornecedores, reduzem a concorrência entre estes e resultam em preços mais elevados ou em condições contratuais menos favoráveis para os consumidores”.

¹⁴ Por referência à tabela de avaliação de impacto concorrenciais de políticas públicas da OCDE. Ver Guia de Avaliação de Concorrência – Volume I - Princípios, OCDE, Paris, 2011, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf>. Este Guia vem dar corpo à Recomendação do Conselho da OCDE sobre Avaliação de Impacto Concorrencial, aprovada a 22 de outubro de 2009 (C(2009)130 – C/M(2009)21/PROV), a qual incentiva os membros daquela organização internacional a introduzir os procedimentos adequados à identificação de medidas de políticas públicas existentes ou em projeto que sejam suscetíveis de restringir a concorrência e a desenvolver critérios específicos e transparentes para a realização de avaliações de impacto concorrenciais, incluindo a preparação de instrumentos de triagem.

53. Aquela organização internacional reconhece que tais medidas podem visar a promoção de objetivos de política regional ou de defesa das pequenas empresas, sustentando, todavia, que tais fins podem ser prosseguidos através de alternativas menos restritivas, como subsídios diretos e/ou benefícios fiscais, a aplicação de normas mais favoráveis a fornecedores regionais ou de pequenas dimensões ou o recurso a campanhas publicitárias/educativas.¹⁵
54. Retomando a análise do núcleo essencial deste Projeto de Lei, cumpre sublinhar que o fornecimento de refeições em cantinas e refeitórios públicos assenta na aquisição dos produtos para confeção e consumo nas mesmas ou na aquisição a terceiros dos serviços de fornecimento de refeições. Em qualquer dos casos estas aquisições devem respeitar o estipulado no regime jurídico da contratação pública plasmado no CCP.
55. O regime da contratação pública estabelecido no CCP é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados, entre outras, pelas seguintes entidades adjudicantes: Estado; Regiões Autónomas; autarquias locais; institutos públicos; entidades públicas empresariais; fundações públicas; associações públicas.¹⁶ Este elenco coincide com o universo das *peças coletivas públicas* do artigo 2.º do Projeto de Lei apresentado pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista.
56. O CCP estabelece como critérios de adjudicação “o da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante” ou “o do mais baixo preço”. A entidade adjudicante só pode recorrer ao critério do mais baixo preço “quando o caderno de encargos defina todos os restantes aspetos da execução do contrato a celebrar, submetendo apenas à concorrência o preço a pagar pela entidade adjudicante pela execução de todas as prestações que constituem o objeto daquele” (artigo 74.º do CCP).
57. Assim, quando se estabeleça o critério da proposta economicamente mais vantajosa é possível ter em conta parâmetros de qualidade. De resto, é esta a prática usual em matéria de contratação de refeições confeccionadas, sendo disso exemplo o recente Acordo Quadro Refeições Confeccionadas, celebrado pela eSPap em 2014.
58. Assim, nos termos do artigo 22.º do Programa de Concurso, o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, determinado segundo um modelo de avaliação baseado no Preço Total das Diárias.¹⁷

¹⁵ OCDE, *Guia de Avaliação de Concorrência – Volume I - Princípios*, p. 13.

¹⁶ Artigos 1.º e 2.º do Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

¹⁷ https://www.espap.pt/Documents/servicos/compras/Concurso_Publico_RC-2013-PC_datos.pdf.

59. O Caderno de Encargos daquele Acordo Quadro estabelece, na Parte II, as especificações mínimas e os níveis de serviço.¹⁸ A este título, deve sublinhar-se que já se prevê a obrigatoriedade de apresentação dos documentos necessários para assegurar a rastreabilidade dos alimentos, fixando-se, no artigo 18.º, os requisitos na elaboração de ementas que incluem fatores como a ficha técnica e nutricional da ementa, a rotação de ementas tendo em conta a sazonalidade e a disponibilidade dos géneros alimentícios de acordo com as estações do ano, a garantia da maior alternância entre condutos com fornecedores proteicos de origem animal diversa, entre outros.
60. Os contratos celebrados ao abrigo deste Acordo Quadro seguem os critérios de adjudicação previstos pelo artigo 22.º do respetivo Caderno de Encargos, podendo as entidades adjudicantes optar pelo critério da proposta de mais baixo preço ou pelo da proposta economicamente mais vantajosa. Neste último caso, devem ser tidos em conta os seguintes fatores:
- “Preço, com uma ponderação mínima de 60%;
 - Adequação técnica e funcional – valoração de propostas que contenham aspetos adequados às necessidades das entidades adquirentes;
 - Requisitos ambientais – valoração de propostas que enalteçam aspetos ambientais, nomeadamente a recolha seletiva dos resíduos com posterior encaminhamento para tratamento e/ou reciclagem e a utilização de materiais ecológicos, como sejam guardanapos e toalhas de papel produzidos em material reciclado, utilização de produtos de limpeza produzidos em conformidade com requisitos de rótulos ecológicos e utilização de produtos que ostentem um rótulo “biológico” nacional ou comunitário”.
61. Verifica-se, assim, que o atual quadro legal já permite, nos casos em que se opte pelo critério da proposta economicamente mais vantajosa, ter em consideração critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios que prossigam finalidades de carácter social e ambiental.
62. As Diretivas n.º 2014/24/UE e n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, que revogam as Diretivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março (transpostas pelo atual CCP), vêm reforçar a prossecução de objetivos sociais e ambientais através da contratação pública.
63. O n.º 96 do preâmbulo da Diretiva n.º 2014/24/UE preconiza que:

¹⁸ https://www.espap.pt/Documents/servicos/compras/Concurso_Publico_RC-2013_CE_VF2.pdf

“[a] contratação pública desempenha um papel fundamental na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada ‘Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo’[...] como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos. Para o efeito, as regras de contratação pública, adotadas nos termos da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, deverão ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas (PME) na contratação pública, e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns” (sublinhado nosso).¹⁹

64. O n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva n.º 2014/24/UE dá preferência ao critério da proposta economicamente mais vantajosa, sendo que:

“[a] proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68.º, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa”. A Diretiva 2014/24/UE concretiza que “[e]stes critérios podem compreender, por exemplo: Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições” (sublinhado nosso).²⁰

65. No entanto a filosofia das diretivas citadas não esquece os princípios subjacentes a toda a contratação pública. É assim que o n.º 92 do preâmbulo da Diretiva 2014/24/UE deixa claro que:

“[o]s critérios de adjudicação escolhidos não deverão conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, devendo assegurar a possibilidade de

¹⁹ N.º 2 do preâmbulo da Diretiva n.º 2014/24/UE. A *Estratégia Europa 2020*, no seu ponto 2 intitulado 2. Crescimento Inteligente, Sustentável e Inclusivo. Iniciativa emblemática: «Uma Europa eficiente em termos de recursos», disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF> prevê que “A nível nacional, os Estados-Membros devem: [...] Utilizar instrumentos baseados no mercado, tais como incentivos fiscais e contratos públicos, para adaptar os métodos de produção e de consumo”.

²⁰ Artigo 67.º, n.º 2, alínea a) da Diretiva 2014/24/UE.

concorrência efetiva e leal e ser acompanhados de disposições que permitam uma verificação eficaz da informação fornecida pelos proponentes. A fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa, a decisão de adjudicação do contrato não deverá assentar apenas em critérios diferentes dos custos. Os critérios qualitativos devem, por conseguinte, ser acompanhados de um critério de custos que poderá ser, à escolha da autoridade adjudicante, o preço ou uma abordagem custo-eficácia como o cálculo dos custos do ciclo de vida” (sublinhado nosso).

66. Perante este quadro, verifica-se existir amplo espaço para a concretização de critérios qualitativos inspirados por preocupações sociais e ambientais.
67. No seu artigo 4.º, o Projeto de Lei em apreço concretiza um critério de qualidade em termos neutros quanto à origem, ao remeter para os regimes públicos de qualidade certificada permite a identificação de parâmetros tendencialmente objetivos, transparentes e não discriminatórios.
68. Não obstante essas características dos critérios elencados no artigo 4.º, a AdC considera fundamental que a ponderação do critério qualidade não seja usada para estabelecer uma preferência em função da mera origem dos produtos. A aferição da *qualidade* dos produtos em causa terá que ser feita sempre com base em razões objetivas e não ser usada com propósitos discriminatórios e de favorecimento.
69. Se é certo que há certificações que ligam os produtos à sua origem geográfica (DOP — Denominação de Origem Protegida e IGP — Indicação Geográfica Protegida),²¹ outras há que não dependem de elementos ligados à origem geográfica, como é o caso dos produtos que tenham certificação de MPB (Modo de Produção Biológico).²² Obtida a certificação MPB, nos termos do respetivo regulamento, mesmo que o produto em causa tenha origem no território de um outro Estado-membro, o critério *qualidade* presente no Projeto de Lei, quando aferido apenas por esta certificação, não deverá permitir discriminação em função da origem.
70. Já a redação do n.º 1 do artigo 5.º do Projeto de Lei, onde se faz referência a critérios de origem, parece suscitar dúvidas quanto ao seu alcance. Ao restringir a obrigatoriedade de ponderação dos fatores das alíneas a) e b) às origens geográficas enunciadas (local, regional, nacional e comunitária) parece indicar-se que a ponderação daqueles fatores já não é obrigatória na seleção de produtos de outras origens (extracomunitários, por exemplo). Um entendimento possível desta norma – e há que atender a que o Projeto de Lei se destina a

²¹ Vide Regulamento do Conselho n.º 510/2006, de 20 de março.

²² Vide Regulamento n.º 834/2007 (CE), de 28 de junho.

ser aplicado por um conjunto numeroso e heterogéneo de entidades – é o de que a seleção deve seguir obrigatoriamente aquela ordem de origem (local, regional, nacional e comunitária), excluindo produtos provenientes de países terceiros apenas em razão da origem.

71. Do ponto de vista da AdC, as medidas previstas no Projeto de Lei em apreço limitam a concorrência entre fornecedores de produtos alimentares a cantinas públicas ao introduzir critérios de preferência em razão da origem dos produtos (artigos 3.º, n.º 1 e 5.º). Embora tais critérios não sejam concebidos enquanto condição de reserva quantitativa de mercado, ao prever que o peso de tais critérios não pode ser inferior a 10 pontos percentuais do total dos critérios a ponderar, introduz-se um favorecimento objetivo dos produtos com aquela origem. Acresce que se permite à entidade adjudicante uma ponderação superior a esse valor, limitando, correspondentemente, o critério de preço em função do critério origem.
72. Tal cenário configura uma diminuição da pressão concorrencial que de outro modo incidiria sobre os operadores privilegiados, reduzindo os incentivos para que estes sejam mais eficientes e exigentes do ponto de vista da qualidade e podendo levar, nos casos em que existam produtores com poder de mercado a nível local, regional ou nacional, a um aumento dos preços suportados pelas entidades adquirentes ou diminuição da qualidade.
73. Em particular, a título de exemplo, considere-se o caso do fornecimento do leite. Com efeito, como é referido pela AdC no seu *Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*, parágrafo 810:

“a recolha de leite cru em território nacional é assegurada por um número limitado de grandes cooperativas e/ou uniões de cooperativas. Em particular, a Lactogal é controlada, em partes iguais, por três uniões de cooperativas, que asseguram cerca de 2/3 da recolha de leite cru em território nacional continental, operando a Lactogal a jusante na indústria transformadora”.²³

74. Acresce que, em 2005, a oferta de leite pasteurizado em Portugal estava concentrada na empresa Lactogal, que representava entre 90% a 100% do mercado.²⁴ Em 2013, e de acordo

²³ A versão pública do Relatório pode ser encontrada em: <http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf>.

²⁴ Processo CCent n.º 38/2006, Lactogal – Produtos Alimentares/International Dairies, versão não confidencial da Decisão da AdC, disponível em http://www.concorrenca.pt/FILES_TMP/2006_38_final_net.pdf.

com os dados da AdC publicamente disponíveis, esta empresa detinha ainda quotas superiores a 40% em vários mercados relevantes do sector.²⁵

75. Ao criar uma proteção para os produtos locais e nacionais, o Projeto de Lei em apreço é suscetível de ter um impacto que poderá ser particularmente negativo em mercados onde exista um elevado nível de concentração do lado da produção, como sucede com o leite.
76. Seguindo a metodologia de avaliação de impacto concorrencial delineada pela OCDE, identificados os impactos negativos na concorrência deve seguidamente analisar-se a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida em apreço face aos objetivos por ela prosseguidos.
77. Como já foi referido, o Projeto de Lei n.º 71/XIII/1.^a tem objetivos económicos, sociais, ambientais, de proteção da segurança alimentar e ainda culturais.
78. Quanto aos objetivos económicos de valorização da produção nacional, a AdC entende que, não obstante as medidas em causa serem claramente dirigidas a esta finalidade, a mesma pode ser assegurada por meios que incidam diretamente no reforço da competitividade da produção nacional e que sejam menos restritivos da concorrência. Com efeito, a simples preferência em razão da origem reduz os incentivos para a promoção da eficiência, diminuindo a pressão concorrencial que é o principal estímulo ao aumento da produtividade e à inovação. Neste sentido, seria mais adequado promover a produção nacional através de regimes de apoios dirigidos ao reforço da eficiência dos produtores nacionais, devidamente enquadrados pelas regras da União Europeia e da Organização Mundial do Comércio. De resto, tal é o propósito prosseguido no âmbito do atual Programa de Desenvolvimento Rural 2014-2020.
79. Além de visar a valorização da produção nacional, as medidas em causa podem prosseguir objetivos de natureza social, ambiental e cultural. O reconhecimento de valores como a promoção de uma alimentação saudável junto dos utentes de cantinas públicas e do público em geral, a redução dos custos ambientais de cadeias logísticas extensas, as razões de segurança alimentar e a promoção de práticas agrícolas sustentáveis, nomeadamente pela promoção dos produtos de agricultura biológica, pode ditar a adoção de medidas relativas à aquisição de produtos alimentares por entidades públicas.
80. Para o efeito, a AdC entende que é possível atender a esses valores através das regras existentes da contratação pública, sem que seja posta em causa a liberdade da concorrência, como sucederia com o estabelecimento de uma prioridade em razão da origem dos produtos.

²⁵ Processo CCent n.º 5/2015, JML/Serraleite, versão não confidencial da Decisão da AdC, disponível em http://www.concorrencia.pt/FILES_TMP/2015_05_final_net.pdf, n.º 39.

Nessa medida, pode ser ponderada a fixação de critérios de qualidade objetivos, transparentes e não discriminatórios, em alternativa a mecanismos que distorcem o funcionamento eficiente dos mercados. Tais critérios permitiriam ter em conta aspetos como as considerações de saúde e ambiente, a sazonalidade, variedade e disponibilidade do produto, bem como a extensão das cadeias de abastecimento, evitando privilegiar produtos devido exclusivamente à sua origem.

81. De resto, tal foi a opção assumida a nível nacional pela Portaria n.º 375/2015, de 20 de outubro, que estabelece uma preferência por produtos provenientes de regimes públicos de qualidade certificada, de produção integrada, de modo de produção biológico, de denominação de origem protegida, de indicação geográfica protegida ou de proteção integrada (n.º 3 do artigo 4.º da Portaria n.º 375/2015), para efeitos de atribuição de uma majoração no pagamento desses bens alimentares.
82. Compatibilizar-se-iam, deste modo, os objetivos de natureza social, ambiental e cultural com o princípio da concorrência.
83. Por fim, e dada a diversidade das estruturas de mercado em causa, convém acautelar a existência de uma ponderação casuística, por parte da entidade adjudicante, quanto ao possível impacto restritivo que, ainda assim, tais critérios possam ter. A AdC recomenda, por conseguinte, que qualquer iniciativa em matéria de compra de produtos alimentares para cantinas e refeitórios públicos clarifique que os critérios de seleção não podem ser fixados de modo a reduzir artificialmente a concorrência, nomeadamente quando operem de modo a favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.

III. CONCLUSÕES

84. Pelo que antecede, nos termos e com os fundamentos aí expressos, afigura-se que:
 - a. As regras relativas à livre circulação de mercadorias no âmbito do mercado interno são aplicáveis às medidas tomadas pelos Estados-membros em sede de contratação pública, em particular quando operam uma discriminação entre fornecedores em razão da origem dos produtos.
 - b. O princípio da concorrência integra os princípios fundamentais do regime nacional e da União Europeia em matéria de contratação pública.
 - c. As medidas previstas no Projeto de Lei em apreço limitam a concorrência entre fornecedores de produtos alimentares a cantinas públicas ao introduzir critérios de

preferência em razão da origem dos produtos (artigos 3.º, n.º 1 e 5.º). Embora tais critérios não sejam concebidos enquanto condição de reserva quantitativa de mercado, ao prever que o peso de tais critérios não pode ser inferior a 10 pontos percentuais do total dos critérios a ponderar, introduz-se um favorecimento objetivo dos produtos com aquela origem. Acresce que se permite à entidade adjudicante uma ponderação superior a esse valor, limitando, correspondentemente, o critério de preço em função do critério origem.

- d. Tal cenário configura uma diminuição da pressão concorrencial que de outro modo incidiria sobre os operadores privilegiados, reduzindo os incentivos para que estes sejam mais eficientes e exigentes do ponto de vista da qualidade e podendo levar, nos casos em que existam produtores com poder de mercado a nível local, regional ou nacional, a um aumento dos preços suportados pelas entidades adquirentes ou diminuição da qualidade.
- e. Quanto aos objetivos económicos de valorização da produção nacional, a AdC entende que, não obstante as medidas em causa serem claramente dirigidas a esta finalidade, a mesma pode ser assegurada por meios que incidam diretamente no reforço da competitividade da produção nacional e que sejam menos restritivos da concorrência. Com efeito, a preferência em razão da origem reduz os incentivos para a promoção da eficiência, diminuindo a pressão concorrencial que é o principal estímulo ao aumento da produtividade e à inovação.
- f. Neste sentido, a AdC considera ser mais adequado promover a produção nacional através de regimes de apoios dirigidos ao reforço da eficiência dos produtores nacionais, como o atual Programa de Desenvolvimento Rural 2014-2020, devidamente enquadrados pelas regras da União Europeia e da Organização Mundial do Comércio.
- g. A AdC considera que os objetivos de natureza social, ambiental e cultural presentes na fundamentação do Projeto de Lei em causa podem ser prosseguidos através das regras existentes da contratação pública, sem que seja posta em causa a liberdade da concorrência, como sucederia com a fixação de quotas para produtos locais ou nacionais.
- h. Nessa medida, a AdC recomenda que seja ponderada a fixação de critérios de qualidade objetivos, transparentes e não discriminatórios, em alternativa a mecanismos que distorcem o funcionamento eficiente dos mercados.

- i. Tais critérios permitiriam ter em conta aspetos como as considerações de saúde e ambiente, a sazonalidade, variedade e disponibilidade do produto, bem como a extensão das cadeias de abastecimento, evitando privilegiar produtos devido exclusivamente à sua origem.
- j. Por fim, e dada a diversidade das estruturas de mercado em causa, convém acautelar a existência de uma ponderação casuística, por parte da entidade adjudicante, quanto ao possível impacto restritivo que, ainda assim, tais critérios possam ter.
- k. A AdC recomenda, por conseguinte, que qualquer iniciativa em matéria de compra de produtos alimentares para cantinas e refeitórios públicos clarifique que os critérios de seleção não podem ser fixados de modo a reduzir artificialmente a concorrência, nomeadamente quando operem de modo a favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.

Lisboa, 25 de janeiro de 2016

