

---

---

# REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

EDIÇÃO: CEDIPRE · DIRETOR: PEDRO COSTA GONÇALVES · N.º 14

---

---

14

*Contratos Públicos e Corrupção*  
*Centralização de Compras Públicas*  
*Controlo Jurídico-financeiro dos Contratos Públicos*



· U



· C ·



## ÍNDICE

### DOCTRINA E COMENTÁRIO

- Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción ..... 5  
CARLOS AYMERICH CANO
- A centralização das compras públicas:  
a propósito (mas não só...) das Directivas de 2014 ..... 19  
MARCO CALDEIRA
- Contratos públicos e controlo jurídico-financeiro. Da necessidade de sintonia comunicativa entre o direito financeiro e o direito administrativo ..... 45  
JOAQUIM FREITAS DA ROCHA / PEDRO CRUZ E SILVA
- Acórdão *Ambisig*: A queda de um mito ou a admissibilidade da avaliação da experiência da equipa técnica a afetar à execução de um contrato como fator do critério de adjudicação ..... 71  
ANA ROBIN DE ANDRADE / DÉBORA MELO FERNANDES
- Contratação pública sustentável no direito europeu e português: Reflexões sobre a sua evolução e a diretiva 2014/24/UE ..... 103  
RAFAEL LIMA DAUDT D'OLIVEIRA

### JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA (EUROPEIA E PORTUGUESA)

- A – Jurisprudência do TJUE. .... 157
- B – Jurisprudência dos Tribunais Administrativos. .... 163
- C – Jurisprudência do Tribunal de Contas ..... 185

## **Acórdão *Ambisig*: A queda de um mito ou a admissibilidade da avaliação da experiência da equipa técnica a afetar à execução de um contrato como fator do critério de adjudicação**

ANA ROBIN DE ANDRADE  
DÉBORA MELO FERNANDES  
Advogadas\*

**Resumo:** No presente artigo, as Autoras analisam o acórdão *Ambisig* do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26.03.2015, proferido no âmbito de um reenvio prejudicial formulado pelo Supremo Tribunal Administrativo português (C-601/13). Estava em causa, neste processo, a questão de saber se a experiência da equipa técnica a afetar à execução de um contrato pode integrar o critério de adjudicação das propostas como um dos seus fatores. O acórdão analisado surge no contexto do entendimento que veio ganhando alguma força nos últimos anos, sobretudo na sequência da prolação, pelo Tribunal de Justiça, em 24.01.2008, do acórdão *Lianakis* (C-532/06), cujo texto consente a interpretação de que as diretivas europeias de 2004 em matéria de contratação pública proibem, em sede de adjudicação, não só a avaliação da capacidade técnica abstrata do próprio concorrente, mas também a ponderação da experiência e qualificações da equipa técnica concreta a afetar à execução do contrato. Também o artigo 75.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos se insere neste contexto. Através do exame das diretivas relevantes, da jurisprudência europeia e nacional sobre o tema e, em particular, do acórdão *Ambisig*, pretende demonstrar-se como não existe obstáculo a que se avalie a experiência da concreta equipa técnica a afetar à execução de um contrato quando tal equipa tem uma influência direta na qualidade da prestação de serviços e no valor económico da proposta globalmente considerada.

**Palavras chave:** *critérios de seleção qualitativa; critérios de adjudicação das propostas; fase de qualificação; fase de adjudicação; experiência da equipa técnica; capacidade abstrata; capacidade concreta; qualidade da proposta.*

\* As Autoras foram mandatárias da entidade adjudicante no processo de reenvio prejudicial junto do Tribunal de Justiça, bem como no processo de contencioso pré-contratual nacional.

**Abstract:** In the present article, the Authors analyse the *Ambisig* decision issued by the European Union Court of Justice, on March 26, 2015, regarding a preliminary ruling submitted by the Portuguese Administrative Supreme Court (C-601/13). The issue discussed therein was whether the experience of the technical team to be allocated to the performance of the contract could constitute an evaluating factor of the award criteria of the bids. The decision of the Court of Justice arrives amidst an understanding that has been gaining strength in the past years – especially due to the *Lianakis* decision of the Court of Justice of January 1, 2008 (C-532/06), whose wording allows the interpretation that the 2004 European directives forbid, at award stage, not only the evaluation of the abstract technical capacity of the proponent, but also the consideration of the experience and qualifications of the concrete technical team to be allocated to the performance of the contract. Article 75, number 1, of the Portuguese Public Contracts Code is also inserted in this context. Through the analysis of the relevant directives, as well as of the European and national case law and, in particular, of the *Ambisig* decision, the Authors intend to demonstrate that there is no obstacle in evaluating the experience of the concrete technical team to be allocated to the performance of a contract insofar as such team has a direct influence in the quality of the services to be provided and in the economic value of the bid globally considered.

**Key words:** *criteria for qualitative selection; award criteria; qualification phase; award phase; experience of the technical team; abstract capacity; concrete capacity; quality of the bid.*

## 1. Introdução

Por acórdão de 26.03.2015, o Tribunal de Justiça da União Europeia teve o ensejo de responder a (e, assim, clarificar) uma questão que muita tinta fez correr nos últimos anos no domínio da contratação pública: a de saber se a experiência da equipa técnica a afetar à execução de um contrato pode integrar o critério de adjudicação das propostas como um dos seus fatores. Trata-se do acórdão *Ambisig*<sup>1</sup>, a cuja análise se procede no presente texto.

O acórdão *Ambisig* foi proferido no âmbito de um reenvio prejudicial formulado pelo Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) português<sup>2</sup>. Este reenvio prejudicial surgiu no contexto de um litígio relativo a um concurso público lançado pela *Nersant – Associação Empresarial de Santarém* (“Nersant”), o qual tinha por objeto a adjudicação de serviços de formação e consultoria nas áreas da qualidade, ambiente, segurança e saúde no trabalho e segurança alimentar.

<sup>1</sup> Acórdão *Ambisig*, C-601/13, EU:C:2015:204.

<sup>2</sup> O processo no STA correu sob o n.º 840/13-11.

Nos termos do programa do concurso, o critério de adjudicação adotado era o da *proposta economicamente mais vantajosa*, a avaliar de acordo com os seguintes fatores: A) avaliação da equipa técnica (com uma ponderação de 40%); B) qualidade e mérito da proposta (com uma ponderação de 55%); e C) preço global (com uma ponderação de 5%). No que se refere ao fator A) [avaliação da equipa técnica], o mesmo seria avaliado tendo em conta a constituição da equipa a afetar à execução do contrato, a respetiva experiência comprovada e a análise curricular.

Um dos concorrentes preteridos no concurso público (a *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, S.A.*, doravante “Ambisig”), inconformado com o ato de adjudicação a favor de uma empresa concorrente, procedeu à impugnação contenciosa do mesmo com fundamento, entre outros, na circunstância de o fator A) do critério de adjudicação [avaliação da equipa técnica] violar o disposto no artigo 75.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (“CCP”). Na primeira instância, a ação foi julgada totalmente improcedente, tendo a Ambisig interposto recurso para o Tribunal Central Administrativo Sul, que concedeu provimento parcial ao recurso, embora indeferindo o pedido de anulação do ato de adjudicação por entender não se verificar a violação do disposto no artigo 75.º, n.º 1, do CCP. A Ambisig apresentou, então, recurso de revista para o STA, o qual determinou a suspensão do processo e o pedido de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça.

O STA fundamentou o pedido de reenvio prejudicial na circunstância de haver um elemento novo relativamente à jurisprudência europeia existente sobre a mesma questão – o teor do artigo 66.º, n.º 2, da (então) proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos, que admitia expressamente a apreciação da equipa técnica a afetar ao contrato em sede de adjudicação das propostas – e no facto de, nos termos do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE<sup>3</sup>, a *qualidade da proposta* ser um fator suscetível de integrar o critério de adjudicação, associado à circunstância de a concreta constituição da equipa a afetar à execução de um contrato de prestação de serviços de formação e consultoria não ser um elemento desligado da *qualidade da proposta*.

Neste contexto, a questão suscitada pelo STA ao Tribunal de Justiça foi a seguinte: “Para a contratação da prestação de serviços, de carácter intelec-

<sup>3</sup> Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

tual, de formação e consultoria, é compatível com a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, e respetivas alterações, estabelecer, entre os fatores que compõem o critério de adjudicação das propostas de um concurso público, um fator que avalie as equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução do contrato, tendo em conta as respetivas constituições, a experiência comprovada e a análise curricular?”.

A entidade adjudicante, a Comissão Europeia, a Grécia, a Polónia e Portugal apresentaram observações escritas no processo de reenvio prejudicial. O Advogado-geral M. MELCHIOR WATHELET apresentou as suas conclusões em 18.12.2014, tendo o Tribunal de Justiça proferido o acórdão em causa em 26.03.2015.

A questão levantada pelo STA reveste-se da maior pertinência e atualidade. De facto, apesar de se ter paulatinamente consolidado – tanto entre nós como um pouco em todos os Estados-membros – a ideia de que o direito da União Europeia proíbe a avaliação, enquanto fator do critério de adjudicação, da capacidade e da experiência dos elementos da equipa técnica a afetar à execução do contrato, não deixa de ser verdade que tal entendimento foi sendo alvo de muitas críticas, alimentadas sobretudo pela ambiguidade da jurisprudência europeia sobre o tema (em especial, tendo por referência o acórdão *Lianakis*, a que adiante aludiremos com maior detalhe).

Ora, a incerteza gerada pela jurisprudência europeia – que, como veremos, teve eco na jurisprudência nacional – bem como o teor do artigo 75.º, n.º 1, do CCP têm suscitado nas entidades adjudicantes nacionais algum receio quanto à inclusão, no critério de adjudicação, de um fator que se reporte à avaliação da equipa técnica proposta para executar o contrato, em face do risco de impugnação das peças do procedimento e do ato de adjudicação. Perante este cenário, as entidades adjudicantes adotaram como prática corrente a inserção, no caderno de encargos, de requisitos a observar pela equipa técnica que o cocontratante deve alocar à execução do contrato, sob pena de incumprimento contratual<sup>4</sup>. Efetivamente, são inúmeros os exemplos de cadernos de encar-

<sup>4</sup> Uma outra prática é a de analisar a experiência da equipa técnica a alocar à execução do contrato na fase de qualificação, caso o procedimento admita essa fase. Tal opção – além de ser mais complexa no plano da elaboração das peças do procedimento, uma vez que, não representando a candidatura um compromisso contratual, é necessário garantir que o candidato apresentará a mesma equipa técnica na sua proposta – levanta algumas reservas, já que a aludida fase deve servir para avaliar o candidato e não a sua (futura) proposta.

gos de concursos públicos com requisitos de experiência ou de capacidade a observar pela equipa técnica a afetar à execução dos trabalhos<sup>5</sup>.

É justamente o facto de o acórdão *Ambisig* representar um importante e inegável marco de clarificação da questão acima exposta que justifica a análise que dele se faz no presente artigo.

## 2. A distinção entre critérios de adjudicação das propostas e critérios de seleção qualitativa na Diretiva 2004/18/CE

O pedido de reenvio prejudicial que deu origem ao acórdão *Ambisig* foi feito no âmbito da Diretiva 2004/18/CE. Esta diretiva faz uma distinção entre os critérios de *seleção dos proponentes* e os critérios de *adjudicação das propostas*.

Tal como consta no considerando 39 da diretiva, os critérios de seleção dos proponentes têm por escopo verificar a aptidão destes para executar o contrato, sendo esta verificação efetuada pelas entidades adjudicantes de acordo com critérios de *capacidade económica, financeira e técnica* previamente definidos (os denominados *critérios de seleção qualitativa*). Pode, assim, dizer-se que os critérios de seleção se prendem com uma situação ou característica do próprio proponente.

Por seu turno, os *critérios de adjudicação da proposta* destinam-se a escolher a melhor proposta. Por conseguinte, na fase de adjudicação, é a proposta, e não o proponente, que é objeto de avaliação. O critério de adjudicação das propostas pode ser o do *mais baixo preço* ou o da *proposta economicamente mais vantajosa*. Quando as entidades adjudicantes decidam eleger como critério

<sup>5</sup> Esta prática, além de não permitir atender à experiência da equipa técnica para efeitos da escolha da proposta economicamente mais vantajosa, pode, em alguns casos, ser restritiva da concorrência. Com efeito, um concorrente que apresente uma equipa técnica com pouca experiência pode não conseguir cumprir os requisitos vertidos no caderno de encargos, caso estes sejam muito exigentes. Se, ao invés, a experiência da equipa técnica a afetar ao contrato for avaliada em sede de critério de adjudicação (fator esse pontuado em função de uma determinada escala de pontuação), pode tal concorrente conseguir obter uma pontuação, ainda que mínima, nesse fator e compensar esse valor através da pontuação nos restantes fatores do critério de adjudicação (especialmente se a escala de pontuação do fator experiência da equipa técnica tiver como parâmetro mínimo uma experiência menor do que a que a entidade adjudicante definiria no caderno de encargos, caso não pudesse avaliar a experiência da equipa técnica em sede de avaliação das propostas).

de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, estabelece a diretiva que deverão então avaliar as propostas para determinar qual delas apresenta a melhor relação qualidade/preço (cf. 3.º parágrafo do considerando 46). Para esse feito, as entidades adjudicantes devem determinar *a priori* os fatores económicos e qualitativos que, no seu conjunto, permitem identificar a proposta economicamente mais vantajosa. Refere-se ainda na diretiva (cf. 3.º parágrafo do considerando 46) que a determinação desses fatores depende do objeto do contrato, isto é, que os fatores relevantes para o critério da proposta economicamente mais vantajosa devem permitir avaliar o nível de desempenho de cada proposta em relação ao objeto do contrato.

Neste contexto, prevê o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE que, quando a entidade adjudicante queira basear a adjudicação no critério da proposta economicamente mais vantajosa, deve atender a fatores ligados ao *objeto do contrato* em questão, como sejam, nomeadamente, a *qualidade*, o *preço*, o *valor técnico* ou o *prazo de execução*. Deve observar-se que a indicação, no mencionado artigo, dos fatores que podem integrar o critério da proposta economicamente mais vantajosa é meramente indicativa, tal como resulta da expressão “como sejam”. Quer isto dizer que a entidade adjudicante tem a liberdade de compor o critério com outros fatores de avaliação, desde que os mesmos se destinem a avaliar a proposta economicamente mais vantajosa em função do objeto do contrato.

Nos termos do artigo 44.º da mesma diretiva, os contratos são adjudicados com base nos critérios de adjudicação estabelecidos nos artigos 53.º e 55.º, após verificada a aptidão dos operadores económicos não excluídos ao abrigo dos artigos 45.º e 46.º, de acordo com os critérios de seleção dos proponentes relativos à capacidade económica e financeira, referidos nos artigos 47.º e 48.º.

Embora na doutrina e na jurisprudência não seja evidente a razão pela qual a legislação europeia impôs (e impõe) uma separação estrita entre critérios de seleção dos proponentes (ou critérios de seleção qualitativa) e critérios de adjudicação das propostas, a razão de ser de tal divisão prende-se, na nossa interpretação, com a proteção da concorrência e com a necessidade de evitar distorções na fase da adjudicação em resultado de apreciações subjetivas de elementos externos às propostas. Neste mesmo sentido, e a propósito do ordenamento jurídico nacional, pronunciaram-se MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, referindo que “*as propostas devem distinguir-se exclusivamente pelo que nelas se contém, pela sua maior ou menor valia, e não pela maior ou menor capacidade dos seus autores, dos respectivos propo-*



*nentes, protegendo-se assim os operadores económicos de menor dimensão ou de menor capacidade técnica ou financeira, cujas propostas, mesmo que objetivamente melhores, poderiam, se não fosse a proibição do art. 75.º, n.º 1, ser preteridas a favor de outras que, mesmo com menores atributos objectivos, fossem apresentadas por empresas de grande capacidade técnica e (ou) financeira”<sup>6/7</sup>.*

### 3. Os antecedentes jurisprudenciais do acórdão *Ambisig*

#### 3.1. Excurso pelos acórdãos mais relevantes

Antes do acórdão *Ambisig*, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral da União Europeia tiveram oportunidade de se pronunciar, por mais do que uma vez, sobre a questão da (in)compatibilidade da consideração da experiência dos proponentes, do seu pessoal e equipamento, enquanto fator integrante do critério de adjudicação das propostas – e não como critério de seleção qualitativa –, com as diretivas europeias em matéria de contratação pública.

Todavia, a verdade é que, até à prolação do acórdão *Ambisig*, o Tribunal de Justiça nunca se debruçou sobre a questão *específica* de saber se a ponderação da experiência e das qualificações dos membros da equipa técnica a afetar ao contrato, enquanto fator do critério de adjudicação, é ou não compatível com o direito europeu, ao contrário do Tribunal Geral, que teve ocasião de manifestar o seu entendimento num conjunto assinalável de arestos. Vejamos.

O primeiro acórdão sobre este tema – o acórdão *Beentjes*<sup>8</sup> – foi proferido pelo Tribunal de Justiça em 20.09.1988, no contexto de um processo de reenvio prejudicial, no âmbito da Diretiva 71/305/CEE<sup>9</sup>. Neste aresto, o Tri-

<sup>6</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 966.

<sup>7</sup> Há, no entanto, Autores que entendem que a não consideração, em sede de adjudicação, de aspetos relativos à situação dos concorrentes carece de razão de ser. Neste sentido, cf. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, vol. 1, 3.ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 2014, p. 152, que observa que “there are no relevant policy reasons why the abilities of both individuals and tenderers should not be considered at the award stage (and none are cited by the Court). On the other hand, forbidding this prevents Member States obtaining value for money”.

<sup>8</sup> Acórdão *Beentjes*, C-31/87, EU:C:1988:422.

<sup>9</sup> Do Conselho, de 26 de julho de 1987, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

bunal de Justiça afirmou, pela primeira vez, que a verificação da aptidão dos proponentes para executar os contratos, por um lado, e a adjudicação de tais contratos, por outro, são duas operações distintas e reguladas por normas diferentes, ainda que possam ter lugar em simultâneo (n.ºs 15 e 16)<sup>10</sup>. Acrescentou o Tribunal que, se é certo que a diretiva deixa às entidades adjudicantes a escolha dos critérios de adjudicação, é também verdade que essa escolha só pode fazer-se de entre os critérios que visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa, com exclusão de quaisquer outros (n.º 19)<sup>11</sup>. Por fim, o Tribunal de Justiça clarificou que a avaliação da experiência do concorrente constitui um critério válido de seleção qualitativa (n.ºs 24 e 37).

Importa, todavia, assinalar que, neste processo, o Tribunal de Justiça não se pronunciou especificamente sobre a questão de saber se a experiência e as qualificações dos elementos que integram a equipa técnica a afetar à execução do contrato podem ou não ser consideradas no âmbito da avaliação das propostas, não se podendo dele retirar, por conseguinte, qualquer proibição nesse sentido<sup>12</sup>.

Em 1995, no acórdão *Evans Medical e Macfarlan Smith*, de 28.03.1995<sup>13</sup>, proferido no âmbito da Diretiva 77/62/CEE<sup>14</sup>, o Tribunal de Justiça admitiu que fosse tido em conta na adjudicação um critério baseado no proponente (a saber, a sua capacidade para assegurar a segurança e a regularidade do abastecimento de um medicamento), considerando-o compatível com o disposto na diretiva (n.º 44)<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Refira-se, aliás, que a inexistência de distinção entre critérios de seleção qualitativa e critérios de adjudicação levou o Tribunal de Justiça a declarar o incumprimento nos acórdãos *Comissão/Grécia*, C-199/07, EU:C:2009:693, e *Espanha/Comissão*, C-641/13, EU:C:2014:2264.

<sup>11</sup> Cf., ainda, *inter alia*, os acórdãos *Concordia Bus Finland*, C-513/99, EU:C:2002:495, n.ºs 54 e 59, e *GAT*, C-315/01, EU:C:2003:360, n.ºs 63-64.

<sup>12</sup> Cf., neste sentido, PHILLIP LEE, "Implications of the Lianakis Decision", in *Public Procurement Law Review*, n.º 2, 2010, p. 51, bem como o n.º 44 das conclusões do Advogado-geral no acórdão *Ambisig*.

<sup>13</sup> Acórdão *Evans Medical e Macfarlan Smith*, C-324/93, EU:C:1995:84.

<sup>14</sup> Do Conselho, de 21 de dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração dos contratos de fornecimento de direito público.

<sup>15</sup> O Tribunal de Justiça voltou a afirmar, no acórdão de 04.12.2003, *EVN e Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:651, que "a segurança do abastecimento po[de], em princípio, fazer parte dos critérios de adjudicação a ter em consideração para determinar a proposta economicamente mais vantajosa" (n.º 70). Acrescentou o Tribunal que o que não pode ser escolhido como critério de

Anos mais tarde, em 2003, no acórdão *Renco*<sup>16</sup>, de 23.02.2005, o Tribunal Geral (à data, Tribunal de Primeira Instância) tratou expressamente, e pela primeira vez na jurisprudência dos tribunais europeus, da questão específica da avaliação da equipa técnica enquanto critério de adjudicação. Estando em causa um concurso lançado pelo Conselho Europeu para adjudicação dos trabalhos de acondicionamento e de manutenção gerais dos edifícios do Conselho em Bruxelas, no qual foram definidos, como critérios de adjudicação, entre outros, “a experiência e a capacidade da equipa permanente para a execução de prestações idênticas às descritas no caderno de encargos” e “a experiência e a capacidade técnica da empresa”, o Tribunal Geral decidiu que ambos os critérios podem ser tidos em consideração para efeitos da adjudicação de propostas, na medida em que visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa (n.º 71). O Tribunal Geral afirmou, entre o mais, que a Diretiva 93/37/CEE<sup>17/18</sup>, no âmbito da qual o acórdão foi proferido, “não pode ser interpretada no sentido de que cada um dos critérios de adjudicação escolhidos pelo Conselho para identificar a proposta economicamente mais vantajosa deva ser necessariamente de natureza quantitativa ou exclusivamente orientado para os preços”, acrescentando ainda que “diversos fatores não puramente quantitativos [como, por exemplo, a experiência e a capacidade técnica de um proponente e da sua equipa, o conhecimento do tipo de projeto e a qualidade dos subempreiteiros propostos] podem influenciar a execução dos trabalhos e, em consequência, o valor económico de uma proposta” (n.º 68)<sup>19</sup>.

No mesmo ano de 2003, o Tribunal de Justiça proferiu o acórdão *GAT*<sup>20</sup>, em 19.06.2003, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial. Neste processo, uma entidade adjudicante austríaca havia lançado um concurso para o

adjudicação é “a capacidade dos proponentes para fornecerem a maior quantidade possível de eletricidade além da quantidade prevista no concurso” (n.º 70).

<sup>16</sup> Acórdão *Renco*, T-4/01, EU:T:2003:37.

<sup>17</sup> Do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

<sup>18</sup> Note-se que, à data, a legislação relevante (em concreto, o artigo 56.º do Regulamento Financeiro, de 21 de dezembro de 1977, aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias – JO L 356, p. 1) estabelecia que as instituições europeias, nos seus procedimentos de adjudicação, deveriam guiar-se pelas regras das diretivas europeias em matéria de contratação pública aplicáveis aos Estados-membros.

<sup>19</sup> É de assinalar que deste acórdão do Tribunal Geral não foi interposto recurso para o Tribunal de Justiça.

<sup>20</sup> Acórdão *GAT*, proc. C-315/01, EU:C:2003:360.

fornecimento de um veículo especial (uma varredoura mecânica) destinado ao serviço de gestão e manutenção de uma autoestrada. O anúncio do concurso previa que, “*a fim de avaliar as propostas para determinar a proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante devia ter em conta o número das referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes a outros clientes, sem examinar se a experiência destes últimos [clientes] com os produtos adquiridos tinha sido boa ou má*” (n.º 57). O Tribunal de Justiça, reafirmando o princípio de que os critérios de adjudicação visam necessariamente identificar a proposta economicamente mais vantajosa (n.º 64), concluiu que “*uma simples lista de referências [...] que contenha unicamente a identidade e o número de clientes anteriores dos proponentes, sem outras precisões relativamente aos fornecimentos efectuados a esses clientes, não dá qualquer indicação que permita identificar a proposta economicamente mais vantajosa, na aceção do artigo 26.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 93/36, e não pode, portanto, em caso algum, constituir um critério de adjudicação*” (n.º 66)<sup>21</sup>.

Uma vez mais, porém, o Tribunal de Justiça não se debruçou sobre a questão específica da legalidade da avaliação da equipa técnica a afetar ao contrato como critério de adjudicação.

A questão veio a ser aflorada pelo Tribunal de Justiça anos depois, num dos mais emblemáticos arestos sobre o tema – o acórdão *Lianakis*<sup>22</sup> –, proferido em 24.01.2008, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial, ainda no contexto da Diretiva 92/50/CEE<sup>23</sup>. A importância e a notoriedade deste acórdão residem, sobretudo, no facto de o seu texto consentir – ou mesmo sugerir, numa leitura mais superficial – a interpretação de que a diretiva em causa proibia, em sede de adjudicação, não só a avaliação da capacidade técnica *abstracta* do próprio concorrente, mas também a ponderação da experiência e qualificações da equipa técnica *concreta* a afetar à execução do contrato<sup>24</sup>. Sem

<sup>21</sup> A este propósito, é de salientar que o Advogado-geral M. MELCHIOR WHATELET, nas conclusões apresentadas no processo *Ambisig*, em 18.12.2014, refere ser seu entendimento, relativamente ao acórdão *GAT*, que “*o Tribunal de Justiça não excluiu, por princípio, a utilização de listas de referência como critério de adjudicação, mas apenas na medida em que estas [não] forneçam uma indicação sobre a qualidade [por exemplo, ao mencionar se a experiência dos clientes com os produtos foi boa ou má (v. n.º 57 desse acórdão)], por outras palavras, uma indicação que permita identificar a proposta economicamente mais vantajosa*” (n.º 62). *Vd.*, ainda, o n.º 51 das conclusões do Advogado-geral L. A. GEELHOED no processo *GAT*, EU:C:2002:573.

<sup>22</sup> Acórdão *Lianakis*, C-532/06, EU:C:2008:40.

<sup>23</sup> Do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

<sup>24</sup> *Cf.*, neste sentido, PHILLIP LEE, *ob. cit.*, p. 48.

prejuízo do forte impacto e algum alarmismo motivados pelo acórdão *Lianakis*, a verdade é que, como foi durante algum tempo defendido por boa parte da doutrina que abordou o tema, e como veio agora a ser definitivamente clarificado através do acórdão *Ambisig*, este aresto também não afirmava expressamente que a experiência da equipa técnica da equipa a afetar à execução do contrato não pode constituir um fator a ponderar no âmbito de critério de adjudicação. Atendendo à importância deste acórdão enquanto antecedente histórico do acórdão *Ambisig*, voltaremos a ele adiante, com maior detalhe.

No ano seguinte, no acórdão *Comissão/Grécia*<sup>25</sup>, proferido em 12.11.2009, num processo de declaração de incumprimento instaurado pela Comissão contra a Grécia, o Tribunal de Justiça, baseando-se na jurisprudência anteriormente firmada e invocando expressamente os acórdãos *Beentjes* e *Lianakis*, decidiu que a experiência geral e específica do concorrente (em particular do trabalho de conceção de projetos semelhantes) e a sua capacidade para executar um serviço no prazo previsto são aspetos que dizem respeito à aptidão dos proponentes e que, portanto, não têm a qualidade de critérios de adjudicação na aceção do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 93/38/CEE<sup>26</sup> (n.º 50), tendo declarado o incumprimento da Grécia.

Já depois da prolação do acórdão *Lianakis* pelo Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral proferiu um conjunto de arestos que vieram, de alguma forma, abrir caminho para uma leitura não literal da doutrina (aparentemente) consagrada naquele aresto e que, segundo uma interpretação literal, proibiria a avaliação da equipa técnica como fator do critério de adjudicação. Vejamos:

- (i) No seu acórdão *AWWW/FEACVT*<sup>27</sup>, de 01.07.2008, no âmbito de um concurso iniciado pela Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (EUROFOUND) relativo a uma prestação de serviços, o Tribunal Geral considerou legítimo o facto de se ter em conta, como critério de adjudicação, a experiência anterior, com vista a apreciar a qualidade da execução dos serviços, na medida em que entendeu que os *curricula vitae* do processo de seleção podem ser utilizados e a experiência tida em

<sup>25</sup> Acórdão *Comissão/Grécia*, C-199/07, EU:C:2009:693.

<sup>26</sup> Do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

<sup>27</sup> Acórdão *AWWW/FEACVT*, T-211/07, EU:T:2008:240.

conta na avaliação da qualidade da execução, por parte do proponente, das partes específicas do trabalho abrangidas pelo contrato (n.ºs 58-63).

- (ii) No aresto *Evropaïki Dynamiki/Comissão*<sup>28</sup>, de 03.03.2011, o Tribunal Geral afirmou não partilhar do entendimento da Comissão de que a experiência de um concorrente é desprovida de pertinência para a avaliação dos critérios de adjudicação (n.º 43)<sup>29</sup>.
- (iii) No processo *Evropaïki Dynamiki/BEI*<sup>30</sup>, cujo acórdão foi proferido em 20.09.2011, o Tribunal Geral declarou, a propósito de um concurso público relativo a uma prestação de serviços lançado pelo Banco Europeu de Investimento (BEI)<sup>31</sup>, que “*diversos fatores que não são de natureza puramente quantitativa, como a qualidade do pessoal empregado ou, em termos mais gerais, o valor técnico da proposta, podem influenciar a qualidade da execução de um contrato de prestação de serviços e, por conseguinte, o valor económico da proposta de um proponente para um tal contrato*” (n.º 147).

<sup>28</sup> Acórdão *Evropaïki Dynamiki/Comissão*, T-589/08, EU:T:2011:73.

<sup>29</sup> Sobre este acórdão, escreveu ZSÓFIA PETERSON o seguinte: “[t]he present ruling [...] interprets [the] case law [of the Court] in a flexible way, as it clearly approved the consideration of the experience and qualifications of the proposed team members when evaluating the relative advantages of the proposed project management within the third award criterion. For the purpose of that evaluation it expressly applied the test whether the applicant’s tender had shown the ability of its proposed team to properly deliver the objectives of the contract [...]. So it seems that the General Court considers the experience and qualifications of the team members offered to perform the specific contract to be admissible considerations for the award decision. The experience and qualifications of the team offered in the tender is, according to the General Court, relevant to establish the tenderer’s ability to properly deliver the contract, which clearly is a quality criterion relevant to identifying the most economically advantageous tender”, cf. “Refining the rules on the distinction between selection and award criteria – *Evropaïki Dynamiki v. Commission (T-589/08)*”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 2011, p. NA246.

<sup>30</sup> Acórdão *Evropaïki Dynamiki/BEI*, T-461/08, EU:T:2011:494.

<sup>31</sup> Neste processo, o Tribunal Geral, em linha com jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça e a sua própria jurisprudência, considerou que, “quando o BEI intervém recorrendo ao mercado de capitais e aos seus recursos próprios, designadamente quando celebra contratos públicos por sua própria conta, está submetido tanto aos princípios enunciados no n.º 88, *supra*, como às disposições do Guia [relativo à celebração de contratos de serviços, de fornecimentos e de obras pelo [BEI] por sua própria conta], especialmente as citadas no n.º 91, *supra*, conforme interpretadas à luz dos princípios que as referidas disposições destinam a pôr em prática e, sendo caso disso, às disposições da Diretiva 2004/18 para as quais as primeiras remetem” (n.º 93).

- (iv) No acórdão *Evropaïki Dynamiki/Tribunal de Justiça*<sup>32</sup>, de 12.10.2012, no contexto de um litígio relativo a um concurso lançado pelo Tribunal de Justiça para uma prestação de serviços, o Tribunal Geral, depois de afirmar que a avaliação da experiência dos concorrentes não pode ser considerada como critério de adjudicação (n.ºs 36-41), não deixou de mencionar que, quando um contrato incide sobre serviços com carácter altamente técnico, as competências técnicas e a experiência profissional dos membros da equipa proposta são suscetíveis de se repercutir na qualidade dos serviços prestados. Nessa hipótese, as competências técnicas e a experiência profissional podem determinar o valor técnico da proposta e, por conseguinte, o seu valor económico (n.º 42).
- (v) No processo *Evropaïki Dynamiki/EFSA*<sup>33</sup>, cujo acórdão foi proferido em 12.12.2012, o Tribunal Geral declarou, a propósito de um concurso público relativo a uma prestação de serviços de carácter altamente técnico lançado pela Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (*cuja sigla inglesa é EFSA*), que não era possível deduzir da regulamentação aplicável nem da jurisprudência *Beentjes* e *Lianakis* que a utilização de *curricula vitae* para efeitos de avaliação, tanto na fase de seleção qualitativa como na fase de adjudicação, deveria ser excluída por princípio (n.ºs 80 e ss.). Segundo a visão do Tribunal Geral, a utilização destes documentos durante a fase de adjudicação poderia justificar-se se servisse para identificar a proposta economicamente mais vantajosa e não a aptidão dos proponentes para executar o contrato (n.ºs 81 e 82). Aliás, o Tribunal Geral destacou, particularmente, o facto de a utilização de um critério que consiste em avaliar a estratégia de formação de uma equipa proposta para executar um contrato de serviços complexos poder servir para identificar a proposta economicamente mais vantajosa, na medida em que se trata claramente de serviços em relação aos quais a qualidade da proposta e a qualidade da equipa a concurso estão inegavelmente ligadas (n.º 82).

<sup>32</sup> Acórdão *Evropaïki Dynamiki/Tribunal de Justiça*, T-447/10, EU:T:2012:553.

<sup>33</sup> Acórdão *Evropaïki Dynamiki/EFSA*, T-457/07, EU:T:2012:671.

Por fim, e mais recentemente, o Tribunal de Justiça, no seu aresto de 09.10.2014, no caso *Espanha/Comissão*<sup>34</sup>, em que se discutia se a experiência do concorrente em obras anteriores poderia ser utilizada para efeitos da adjudicação das propostas, voltou a confirmar o entendimento expresso nos acórdãos *Lianakis e Comissão/Grécia*. De facto, neste processo, em que estava em causa o pedido de anulação de uma decisão da Comissão que determinara a reposição de uma ajuda financeira concedida a Espanha, este Estado-membro veio defender que a experiência do concorrente (mais precisamente, a experiência em obras similares, conhecimento do ambiente da obra, valoração do comportamento do concorrente em anteriores atuações junto da Administração contratante em sede de execução de obra) era relevante para escolher a proposta economicamente mais vantajosa e que o fator da experiência estava relacionado com o objeto do contrato e com a qualidade da sua execução. O Tribunal de Justiça concluiu, porém, que a experiência do concorrente é um critério de seleção qualitativa e que não pode constituir um fator relevante para efeitos de adjudicação, à luz da Diretiva 93/37/CEE aplicável ao litígio (n.ºs 36-38). Novamente, a questão específica da avaliação da equipa técnica em sede de adjudicação não foi tratada pelo Tribunal de Justiça.

### 3.2. O acórdão *Lianakis* em especial

Como acima se mencionou, o acórdão *Lianakis* foi particularmente relevante enquanto antecedente histórico do acórdão *Ambisig*, sobretudo pela leitura maximalista ou ampla que o texto daquele permite. Efetivamente, a abertura e a indefinição do texto do acórdão<sup>35</sup> motivaram, nos anos que se

<sup>34</sup> Acórdão *Espanha/Comissão*, C-641/13, EU:C:2014:2264.

<sup>35</sup> É de assinalar que a dúvida colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio ao Tribunal de Justiça no âmbito deste processo não se prendia diretamente com a questão pela qual o acórdão veio a ficar conhecido, mas sim com a interpretação a conferir ao artigo 36.º, n.º 2, da Diretiva 92/50/CEE – em concreto, com o momento de fixação temporal dos coeficientes de ponderação do critério de adjudicação. Com efeito, foi apenas incidentalmente, como *obiter dictum* em face de uma questão prévia suscitada pela Comissão Europeia nas suas observações escritas, que o Tribunal de Justiça decidiu indagar da conformidade do critério de adjudicação e respetivos fatores com os artigos 23.º e 36.º, n.º 1, da Diretiva 92/50/CEE – circunstância que, aliada ao facto de se tratar de um aresto que não foi antecedido de conclusões do Advogado-



seguiram à sua prolação, um intenso labor doutrinal – sobretudo no plano internacional – em torno da questão da (in)admissibilidade da avaliação da equipa técnica a afetar à execução do contrato como critério de adjudicação (e não como critério de seleção qualitativa) e da medida em que tal avaliação seria, ou não, proibida pela doutrina firmada nesse aresto. Neste contexto, muitos Autores defenderam uma leitura flexível ou minimalista do aresto, por oposição a uma interpretação literal ou maximalista, pugnando pela admissibilidade da avaliação da experiência e qualificações dos membros da equipa técnica a afetar, em concreto, à execução do contrato<sup>36/37</sup>.

O processo reportava-se a um litígio que opunha dois consórcios de empresas (os dois concorrentes preteridos) ao município grego de Alexandroupolis (a entidade adjudicante) e ao consórcio adjudicatário, relativamente à adjudicação de um contrato para a realização de um estudo sobre o registo cadastral, a urbanização e o ato de execução para a zona de *Palagia*, uma parte do referido município com menos de 2.000 habitantes, por um valor máximo de 461.737 euros. Inconformados com a derrota e a adjudicação a outro consórcio concorrente, os dois consórcios preteridos (*Lianakis* e *Planitiki*) impugnaram a decisão de adjudicação junto do órgão jurisdicional grego competente, com fundamento na violação do disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Dire-

-geral, contribuiu naturalmente para alguma indefinição sobre o verdadeiro sentido e alcance da decisão.

<sup>36</sup> Cf., *inter alia*, PHILLIP LEE, ob. cit., pp. 47-48; RUBACH-LARSEN, “Selection and Award Criteria from a German Public Procurement Law Perspective”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2009, pp. 112 e 119-120; e STEEN TREUMER, “The Distinction Between Selection and Award Criteria in EC Public Procurement Law: the Danish approach”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2009, pp. 146-154.

<sup>37</sup> Além das ditas interpretações maximalista e minimalista do acórdão *Lianakis*, existe ainda uma terceira leitura veiculada por SUE ARROWSMITH, ob. cit., p. 751. Na interpretação defendida por esta Autora, o acórdão *Lianakis* não preclude que sejam consideradas, em sede de adjudicação, quer as capacidades do concorrente quer as qualidades dos indivíduos destinados à execução do contrato, na medida em que sejam efetivamente relevantes para a qualidade do trabalho a executar no âmbito do contrato. Para esta Autora, a referência naquele acórdão ao facto de os critérios em causa serem relativos à aptidão do concorrente e, por esse motivo, não poderem ser critérios de adjudicação das propostas apenas significa que, caso tais critérios (por exemplo, a experiência) sejam direcionados à adjudicação de propostas, os mesmos têm efetivamente de servir para identificar qual a proposta economicamente mais vantajosa ao invés de apenas servirem para aferir se o concorrente é apto a executar o contrato.

tiva 92/50/CEE<sup>38</sup>, tendo este acabado por remeter a questão ao Tribunal de Justiça, ao abrigo do (então) artigo 234.º do Tratado da Comunidade Europeia<sup>39</sup>.

Para o que ora nos importa, interessa assinalar que o anúncio do concurso indicava como fatores do critério de adjudicação, por ordem de prioridade, os seguintes: em primeiro lugar, a comprovada experiência do *perito*, adquirida durante estudos realizados nos últimos três anos; em segundo lugar, o pessoal e o equipamento do *gabinete*; e, em terceiro lugar, a capacidade de realizar o estudo no prazo previsto, combinada com os compromissos assumidos pelo *gabinete* e pelo seu potencial científico. Além disso, por ocasião da avaliação das propostas, a comissão de adjudicação, para poder analisar e graduar as mesmas, fixou os coeficientes de ponderação dos vários fatores do critério de adjudicação (60%, 20%, 20%, respetivamente) e determinou ainda que:

- (i) A experiência (primeiro fator do critério de adjudicação) seria apreciada segundo o montante dos estudos realizados. Assim, um proponente receberia 0 pontos se apresentasse um montante de estudos realizados até 500.000 euros, 6 pontos por um montante entre 500.000 euros e 1.000.000 euros, 12 pontos por um montante entre 1.000.000 euros e 1.500.000 euros, e assim por diante até à nota máxima de 60 pontos por um montante de estudos realizados superior a 12.000.000 euros;
- (ii) O pessoal e o equipamento do gabinete (segundo fator do critério de adjudicação) seriam apreciados em função do número de efetivos do grupo de estudos. Por conseguinte, um proponente receberia 2 pontos por um grupo de 1 a 5 pessoas, 4 pontos por um grupo de 6 a 10 pessoas, e assim por diante até à nota máxima de 20 pontos por um grupo de mais de 45 pessoas;
- (iii) A capacidade de realizar o estudo no prazo previsto (terceiro fator do critério de adjudicação) seria apreciada em função do montante dos

<sup>38</sup> Segundo o qual, “[s]empre que o contrato deva ser adjudicado ao prestador de serviços que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, as entidades adjudicantes devem indicar nos cadernos de encargos ou no anúncio de concurso quais os critérios de adjudicação que tencionam aplicar, se possível por ordem decrescente da importância que lhes é atribuída”.

<sup>39</sup> Atualmente, é o artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

compromissos assumidos. Deste modo, um proponente receberia a nota máxima de 20 pontos por um montante de compromissos assumidos inferior a 15.000 euros, 18 pontos por um montante entre 15.000 euros e 60.000 euros, 16 pontos por um montante entre 60.000 euros e 100.000 euros, e assim por diante até à nota mínima de 0 pontos por um montante de compromissos assumidos superior a 1.500.000 euros.

Respondendo à questão sobre a compatibilidade do critério de adjudicação e respetivos fatores com as normas relevantes da diretiva em causa, suscitada pela Comissão a título prévio, o Tribunal de Justiça, depois de reafirmar os princípios-chave consagrados desde o acórdão *Beentjes*, entendeu que, “[n]o processo principal, os critérios definidos, pela entidade adjudicante, como ‘critérios de adjudicação’ referem-se [...] principalmente à experiência, às qualificações e aos meios suscetíveis de garantir uma boa execução do contrato em questão. Trata-se de critérios que dizem respeito à aptidão dos proponentes para executar esse contrato e que, portanto, não têm a qualidade de ‘critérios de adjudicação’, na aceção do artigo 36.º, n.º 1, da Diretiva 92/50” (n.º 31).

Seguindo esta linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça concluiu, no n.º 32, que “os artigos 23.º, n.º 1, 32.º e 36.º, n.º 1, da Diretiva 92/50 se opõem a que, no quadro de um processo de adjudicação, a entidade adjudicante tenha em conta a experiência dos proponentes, o seu pessoal e o equipamento assim como a capacidade de executarem o contrato no prazo previsto, não a título de ‘critérios de seleção qualitativa’, mas a título de ‘critérios de adjudicação’”.

A abrangência desta afirmação, a ausência de conclusões pelo Advogado-geral e a circunstância de a resposta do Tribunal de Justiça ter sido dada *obiter dictum* (já que não era verdadeiramente esta a questão em análise pelo Tribunal de Justiça, não existindo assim a enunciação de factos e fundamentos que contextualizassem tal afirmação) contribuíram fortemente para a ideia, que de algum modo vingou em Portugal (como adiante aludiremos), de que a jurisprudência firmada com o acórdão *Lianakis* impedia a avaliação da experiência e qualificações dos membros da equipa técnica a afetar à execução do contrato enquanto critério de adjudicação (a interpretação dita literal ou maximalista).

#### 4. A avaliação da equipa técnica enquanto fator integrante do critério de adjudicação das propostas no ordenamento jurídico português

##### 4.1. O CCP

A transposição da Diretiva 2004/18/CE para o direito interno, operada pelo CCP, veio refletir a distinção entre critérios de seleção qualitativa e critérios de adjudicação a que acima se aludiu, com algumas especificidades de que de seguida damos nota.

Por um lado, no que diz respeito aos critérios de seleção qualitativa previstos na diretiva, o CCP faz uma distinção entre a fase de qualificação dos candidatos (em que se analisa, previamente à apresentação das propostas, se os candidatos dispõem ou não dos requisitos de capacidade técnica e financeira necessários à execução do contrato) e a fase de habilitação do adjudicatário (na qual o adjudicatário demonstra a detenção de habilitação legal para a execução de contrato e a inexistência de impedimentos a contratar).

A fase de habilitação é transversal a todos os procedimentos e justifica-se por uma questão de economia procedimental e celeridade<sup>40</sup>: em vez de todos os concorrentes demonstrarem que dispõem de habilitação legal para a execução do contrato e que não estão impedidos de contratar, optou o legislador nacional por reservar tal exigência para o adjudicatário. Já os critérios de seleção qualitativa *stricto sensu* (na terminologia do CCP, critérios de qualificação) – que visam permitir a verificação da capacidade técnica ou financeira para a execução de um contrato – não têm lugar em todos os procedimentos de contratação pública previstos no CCP. De facto, só o concurso limitado por prévia qualificação, o diálogo concorrencial e o procedimento por negociação é que conhecem uma fase de qualificação dos candidatos, a qual é prévia à apresentação das propostas. Os restantes procedimentos – ajuste direto e concurso público – não apresentam qualquer fase de qualificação<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Cf., neste sentido, ANA GOUVEIA MARTINS, “Concurso Limitado por Prévia Qualificação”, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, PEDRO COSTA GONÇALVES (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 241.

<sup>41</sup> Demonstrando dúvidas quanto à compatibilidade desta opção do legislador nacional com as diretivas europeias de contratação pública, cf. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, PEDRO COSTA GONÇALVES (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 187-188.

Por outro lado, na fase da adjudicação das propostas (e independentemente de ter existido ou não fase de qualificação), e por força do disposto no artigo 75.º, n.º 1, do CCP, não podem integrar o critério de adjudicação quaisquer fatores que digam respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes. Destarte, o artigo 75.º, n.º 1, do CCP preconiza, de forma clara, que, em sede de adjudicação das propostas, são estas e não os concorrentes que são avaliadas. A apreciação do concorrente (ou, melhor, do candidato) apenas ocorre na fase de qualificação, se o concreto procedimento escolhido a prever.

#### 4.2. A jurisprudência nacional

A jurisprudência dos tribunais nacionais sobre a questão da (in)admissibilidade da avaliação da experiência e das qualificações dos membros da equipa técnica a afetar à execução do contrato como fator integrante do critério de adjudicação não tem sido unânime, o que vem gerando algum receio, por parte das entidades adjudicantes, quanto à utilização de tal fator no critério de adjudicação das propostas. Com efeito, se tem sido pacífico, entre os nossos tribunais administrativos, que a avaliação da capacidade técnica dos concorrentes e a avaliação das propostas são duas tarefas completamente distintas e que obedecem a critérios diferentes que não se podem confundir, já tem sido menos consensual a resposta àquela primeira questão.

Em dois acórdãos proferidos em 2002, o STA julgou ilegais os critérios de adjudicação usados para a escolha da proposta vencedora com fundamento na violação do artigo 55.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho – norma antecessora do artigo 75.º, n.º 1, do CCP. Mas a jurisprudência daqui resultante não é, a nosso ver, unívoca.

No primeiro desses acórdãos, de 14.03.2002<sup>42</sup>, um dos fatores do critério de adjudicação era a “*capacidade técnica*”, decomposta nos subfatores “*recursos humanos*”, “*programas e ações de formação*” e “*controlo diário da prestação dos serviços*”. O STA decidiu que a avaliação do subfator “*recursos humanos*”, assente na apreciação do pessoal efetivo médio anual dos últimos três anos, violava a dita

<sup>42</sup> Acórdão STA de 14.03.2002, proc. n.º 048188 (Rel. ADELINO LOPES).

disposição legal – o que é compreensível, dado que o subfator remetia justamente para a capacidade *abstracta* da empresa concorrente. Quanto ao subfator “*programas e ações de formação*”, o STA, apesar de também ter concluído pela respetiva ilegalidade, fez uma precisão importante, que interessa salientar, ao afirmar que o mesmo diz respeito à capacidade técnica dos concorrentes e não à valia das propostas “*enquanto abrange todo o pessoal da empresa incluindo o que está afeto ao fornecimento*”. Este pequeno, mas importante, segmento do acórdão indicia que, se o subfator estivesse desenhado de modo a reportar-se em exclusivo à equipa a afetar à execução do contrato, a sua legalidade não teria sido posta em causa.

No segundo acórdão, de 03.12.2002<sup>43</sup>, a resposta foi idêntica. Estando em questão um concurso em que eram avaliadas, como subfatores do critério de adjudicação, a “*experiência da empresa em fiscalização*” e a “*experiência da empresa de fiscalização em obras e equipamentos públicos na área da saúde*”, nos três anos anteriores ao concurso, o STA pronunciou-se igualmente a favor da ilegalidade destes subfatores à luz do artigo 55.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, por considerar que os mesmos se reportavam à experiência da empresa, indo “*para além da experiência técnica da equipa proposta para prestar o serviço*”.

Existe também um acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 29.09.2005<sup>44</sup>, que faz eco desta distinção, realizada pelo STA, entre avaliação da experiência da empresa e experiência da equipa técnica que ficará encarregada da execução do contrato<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Acórdão STA de 03.12.2002, proc. n.º 01603/02 (Rel. ROSENDO JOSÉ).

<sup>44</sup> Acórdão TCA-N de 29.09.2005, proc. n.º 00067/05.5BECBR (Rel. ANA PAULA PORTELA).

<sup>45</sup> Segundo dá nota MARK ORTHMANN, comentando o acórdão *Lianakis*, a mesma distinção parece ter sido acolhida em outros Estados-membros: “*throughout the EU, contracting authorities already seem to have adopted a flexible interpretation of the rule and to follow a pragmatic approach in dealing with the criterion ‘experience’ [...]. In general, contracting authorities indeed encounter the problem of experience as an award criterion mostly in cases concerning services of a more complex nature [...]. National courts seem to have adopted a soft interpretation of the rule [...] allowing the contracting authorities to take into account experience where it is linked to the subject-matter of the contract [...] and has not been established as a selection criterion*”, “*The Experience of the Bidder as Award Criterion in EU Public Procurement Law*”, in *Humboldt Forum Recht*, 2014, n.º 1, p. 6, disponível em <<http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=286>> [consultado em 09.07.2015].

Sobre esta mesma questão, são de assinalar, por fim, três acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul (“TCA-S”), todos proferidos no dia 24.01.2013, um dos quais serviu de mote ao pedido de reenvio prejudicial formulado pelo STA e que culminou no acórdão *Ambisig*.

Assim, em dois desses acórdãos<sup>46</sup>, estando em causa dois concursos públicos para a adjudicação de serviços de formação e consultoria lançados pela mesma entidade adjudicante (a Nersant), o TCA-S concluiu no sentido da ilegalidade do critério de adjudicação adotado (e que era o mesmo em ambos os concursos), com fundamento na violação do disposto no artigo 75.º, n.º 1, do CCP. O fator de avaliação considerado ilegal consistia na avaliação da equipa técnica a afetar à execução do contrato, fator este que teria em conta a constituição da equipa, a experiência comprovada e análise curricular dos seus membros. Nestes dois arestos, o TCA-S entendeu que tal fator dizia respeito a situações, qualidades ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes e não a um dado que permitisse identificar a melhor proposta.

No terceiro acórdão do TCA-Sul<sup>47</sup>, a situação era em tudo idêntica (tratando-se da mesma entidade adjudicante, do mesmo tipo de procedimento e do mesmo critério de adjudicação). Os juizes do TCA-Sul assumiram, todavia, uma visão diferente, pronunciando-se a favor da conformidade do critério de adjudicação em causa com o disposto no artigo 75.º, n.º 1, do CCP, tendo em conta o facto de a avaliação incidir sobre a equipa proposta para executar o contrato e não diretamente sobre o concorrente<sup>48</sup>. Foi neste processo que acabou por ser promovido, pelo STA, um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça.

<sup>46</sup> Acórdãos TCA-S de 24-01-2013, proc. n.º 09423/12 (Rel. PAULO CARVALHO), e de 24.01.2013, proc. n.º 09446/12 (Rel. ANA CELESTE CARVALHO).

<sup>47</sup> Acórdão do TCA-S de 24.01.2013, proc. n.º 09444/12 (Rel. CARLOS DE ALMADA ARAÚJO).

<sup>48</sup> Importa, contudo, assinalar que houve um voto de vencido do Juiz Desembargador PAULO CARVALHO, que fundamentou a sua oposição no entendimento expresso no acórdão proferido no TCA-S de 24.01.2013, proc. n.º 09423/12 (Rel. PAULO CARVALHO).

## 5. O acórdão *Ambisig*

### 5.1. Os pontos principais

O acórdão *Ambisig*, pese embora a sua exígua extensão, veio romper definitivamente com a ideia de que não é possível, em qualquer circunstância, avaliar a equipa técnica a afetar à execução de um contrato em sede de critério de adjudicação das propostas.

O acórdão está estruturado nos seguintes pontos:

- (i) A nova diretiva relativa à adjudicação de contratos públicos (a Diretiva 2014/24/UE<sup>49</sup>) – que veio clarificar esta questão, reconhecendo ser admissível a avaliação da equipa técnica em sede de adjudicação das propostas, caso a qualidade do pessoal envolvido tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato – entrou em vigor após a data dos factos no processo principal, não sendo aplicável ao processo;
- (ii) O acórdão *Lianakis* diz respeito à interpretação da Diretiva 92/50/CEE e não à diretiva em causa no presente processo (a Diretiva 2004/18/CE)<sup>50</sup>;
- (iii) Em qualquer caso, “*esse acórdão não exclui que uma entidade adjudicante possa, em determinadas condições, estabelecer e aplicar um critério como o que consta da questão prejudicial, na fase de adjudicação do contrato*”;
- (iv) Mais precisamente, refere o Tribunal de Justiça que o acórdão *Lianakis* “*diz respeito, de facto, aos efetivos e à experiência dos concorrentes em geral, e não, como no caso em apreço, aos efetivos e à experiência das pessoas que constituem uma equipa específica que deve, em concreto, executar o contrato*”;

<sup>49</sup> Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e que revoga, com efeitos a 18.04.2016, a Diretiva 2004/18/CE.

<sup>50</sup> A este propósito, o Advogado-geral refere nas suas conclusões que, não obstante a redação do artigo 36.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 92/50/CEE ser, em substância, idêntica à do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE (com exclusão da introdução de três novos critérios em matéria de características ambientais, custo de utilização e rendibilidade), esta última diretiva “*parece conceder mais importância aos critérios qualitativos*” em face do exposto no 3.º parágrafo do considerando 46 (n.ºs 26 e 27 das conclusões).



- (v) A Diretiva 2004/18/CE contém elementos novos relativamente à Diretiva 92/50/CEE:
- a) Por um lado, a Diretiva 2004/18/CE prevê que a proposta economicamente mais vantajosa deve ser identificada do ponto de vista da entidade adjudicante, existindo, assim, uma maior margem de apreciação ao dispor da entidade adjudicante;
  - b) Por outro lado, a Diretiva 2004/18 reforça o peso da qualidade nos critérios de adjudicação, ao referir que, quando o contrato deva ser adjudicado ao candidato que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa, se deve procurar a proposta que apresenta a melhor relação qualidade/preço;
  - c) Por fim, não existe no artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE uma enumeração exaustiva dos critérios que podem ser definidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa; no entanto, essa definição só pode ser feita entre os critérios que visem identificar a proposta mais vantajosa e os mesmos devem estar ligados ao objeto do contrato;
- (vi) A qualidade da execução de um contrato pode depender da experiência profissional e da formação das pessoas encarregadas de o executar, especialmente quando o objeto do contrato tenha carácter intelectual e diga respeito a serviços de formação e consultoria;
- (vii) Quando assim seja, a competência e a experiência de uma equipa a afetar à execução do contrato são determinantes para apreciar a qualidade profissional dessa equipa, qualidade essa que pode ser uma característica essencial do contrato e estar ligada ao seu objeto, nos termos do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE. Deste modo, a qualidade da equipa técnica pode integrar o critério de adjudicação das propostas, como um dos seus fatores.

Em face do acima exposto, o Tribunal de Justiça respondeu à questão prejudicial no sentido de que o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE não se opõe a que a entidade adjudicante estabeleça um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução desse contrato, critério esse que tem em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros.

Embora o acórdão *Ambisig* seja bastante exíguo na sua fundamentação, deve observar-se que tanto as conclusões do Advogado-geral M. MELCHIOR WHATELET como as pronúncias, no processo de reenvio prejudicial, da entidade adjudicante, da Comissão Europeia, da Grécia, da Polónia e de Portugal foram apresentadas de forma bastante extensa e completa.

Pela sua novidade e rutura com o *statu quo* anterior, interessa aprofundar determinados aspetos do acórdão *Ambisig*, sobretudo na perspetiva de realçar a importância da doutrina nele firmada para futuros procedimentos. Vejamos.

## 5.2. A clarificação do acórdão *Lianakis*: a queda de um mito

Um aspeto que desde logo interessa destacar é o de que o Tribunal de Justiça e, bem assim, o Advogado-geral vincaram, de forma clara, as diferenças de facto existentes entre os acórdãos *Lianakis* e *Ambisig*. Essa distinção foi, de certo modo, o ponto de partida para a clarificação acerca do verdadeiro teor e alcance do acórdão *Lianakis* que o Tribunal de Justiça teve o ensejo de oferecer no caso *Ambisig*.

Como bem referiu o Advogado-geral M. MELCHIOR WHATELET nas suas conclusões, “os critérios [de adjudicação em causa no processo *Lianakis*] eram muito genéricos e diziam respeito ao proponente” (n.º 47), sendo “evidente que, contrariamente ao presente processo, no acórdão *Lianakis* e outros<sup>51</sup>, a avaliação incidia sobre a empresa proponente (e sua experiência em geral) e não sobre a equipa técnica a ser afetada ao contrato (e sua experiência específica)” (n.º 51) (destaque aditado).

No processo *Lianakis*, como se mencionou anteriormente, o critério de adjudicação comportava os três seguintes fatores: (i) a comprovada experiência do *perito*, (ii) o pessoal e o equipamento do *gabinete* e (iii) a capacidade de realizar o estudo no prazo previsto, combinada com os compromissos assumidos pelo *gabinete* e pelo seu potencial científico.

Ora, quanto aos dois últimos fatores, não há dúvida, desde logo pela redação dos termos do anúncio, de que os aspetos avaliados diziam respeito ao *gabinete*, isto é, ao próprio concorrente. Todavia, quanto ao primeiro fator, a sua redação poderia sugerir que, ao invés dos dois outros, o que relevava

<sup>51</sup> Acórdão *Lianakis e Outros*, C-532/06, EU:C:2008:40

era a experiência do *perito* a afetar à execução do contrato e não do próprio concorrente<sup>52</sup>. No entanto, a verdade é que o método de avaliação deste fator não era consistente com a ideia de que a experiência avaliada era a do *perito* (do *team leader*) ou dos membros da equipa e não a do próprio concorrente: a atribuição da pontuação máxima (60 pontos) a um montante de projetos na ordem dos 12.000.000 euros sugere fortemente, em face do valor em causa, que a capacidade avaliada era a do concorrente e não a dos membros da equipa individualmente considerados (até por comparação com o valor máximo atribuído ao projeto objeto do concurso, que era de 461.737 euros). Por outro lado, quanto ao segundo fator de avaliação, o que se verifica, para além do argumento literal acima enunciado, é também que, para um projeto de dimensão relativamente pequena – em que estava em causa um contrato para a realização de um estudo sobre o registo cadastral, a urbanização e o ato de execução para uma parte de um município com menos de 2.000 habitantes –, a atribuição da pontuação máxima (20 pontos) a uma equipa com mais de 45 pessoas indicia claramente que a dimensão avaliada era a do concorrente e não a da equipa técnica que seria, em concreto, encarregada da execução do contrato<sup>53</sup>.

De certa forma, já era possível extrair esta mesma conclusão do texto do acórdão *Lianakis*, em concreto do seu n.º 30<sup>54</sup>, no qual o Tribunal de Justiça se refere ao caráter inapropriado do tratamento como critério de adjudicação da “*apreciação da aptidão dos proponentes [e não dos membros da equipa técnica] para executar o contrato em questão*”<sup>55</sup>.

Sete anos depois, o Tribunal de Justiça veio, finalmente, destruir o mito assente (sobretudo, mas não só) no acórdão *Lianakis*, e que logrou ter algum impacto em Portugal, clarificando, sem margem para dúvidas, que, “*para a celebração de um contrato de prestação de serviços de caráter intelectual, de formação e consultoria, o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18 não se opõe a que a entidade adjudicante estabeleça um critério que permita avaliar*

<sup>52</sup> Note-se que, na versão inglesa do acórdão, o primeiro fator de avaliação foi descrito como “the proven experience of the *design team and its leader*” (destaque aditado).

<sup>53</sup> Com a mesma interpretação, *vd., inter alia*, PHILLIP LEE, *ob. cit.*, pp. 49-50.

<sup>54</sup> E, bem assim, do n.º 50 do acórdão *Comissão/Grécia*, C-199/07, EU:C:2009:6.

<sup>55</sup> Cf. n.º 44 das conclusões do Advogado-geral M. MELCHIOR WHATELET, apresentadas no processo *Ambisig* em 18.12.2014.

*a qualidade das equipas concretamente propostas para a execução desse contrato”* (n.º 35).

Foi assim consagrada pelo Tribunal de Justiça a leitura minimalista do acórdão *Lianakis*, o que é de aplaudir.

### 5.3. A avaliação geral ou abstrata do concorrente *versus* a avaliação concreta da equipa a afetar à execução do contrato

Tanto o acórdão *Ambisig* (n.º 26) como as conclusões do Advogado-geral distinguem a avaliação da experiência dos concorrentes em geral (ou em abstrato) de uma avaliação em concreto da experiência das pessoas que serão afetadas à execução do contrato.

Para o Tribunal de Justiça, o acórdão *Lianakis* diz respeito aos efetivos e à experiência dos concorrentes em geral e não, como na situação de facto subjacente ao caso *Ambisig*, aos efetivos e à experiência das pessoas que constituem uma equipa específica que deve, em concreto, executar o contrato (n.º 26)<sup>56</sup>.

Nas suas conclusões (n.º 42), o Advogado-geral refere que *“há que distinguir a análise abstrata dos membros do pessoal de uma empresa que pode ser considerada respeitante a uma característica do proponente (o que seria proibido no âmbito da avaliação das propostas) de uma análise concreta da experiência e das competências do pessoal a afetar à execução do referido contrato que não constituiria uma característica do proponente, mas uma característica da sua proposta (o que, em meu entender, seria*

<sup>56</sup> Julga-se que o exposto pelo Tribunal de Justiça neste parágrafo afasta a terceira interpretação possível do acórdão *Lianakis* veiculada por SUE ARROWSMITH a que acima se fez menção. Recorde-se que, para esta Autora, o acórdão *Lianakis* não impede que sejam consideradas, em sede de adjudicação, quer as capacidades do concorrente quer as qualidades dos indivíduos alocados à execução do contrato, na medida em que sejam efetivamente relevantes para a qualidade do trabalho a executar no âmbito do contrato. O que releva é que os critérios sejam aptos a permitir a identificação da proposta economicamente mais vantajosa, ao invés de apenas servirem para determinar se o concorrente é apto para executar o contrato. Todavia, tal como o Tribunal de Justiça suscita a questão neste parágrafo do acórdão *Ambisig*, o problema no acórdão *Lianakis* foi o da utilização, como critério de adjudicação, da experiência dos concorrentes em geral, não tendo o Tribunal referido que tal experiência poderia ter sido utilizada como critério de adjudicação, caso efetivamente fosse relevante para determinar a proposta economicamente mais vantajosa.

*perfeitamente aceitável no âmbito da avaliação das propostas*)”. O Advogado-geral manifesta, assim, o entendimento de que a análise da equipa a alocar à execução do contrato constante na proposta é distinta da análise abstrata do quadro de pessoal de um concorrente, considerando esta distinção compatível com a jurisprudência europeia resultante dos acórdãos *Lianakis e Comissão/Grécia*. Chama também à colação o aresto *Beentjes*, afirmando que, neste, “o Tribunal de Justiça não afastou a possibilidade de, no momento da seleção, ser adequado avaliar a capacidade do proponente e, no momento da adjudicação, avaliar as competências específicas do grupo de projeto (*‘project team’*)” (n.ºs 43 e 44).

A distinção entre análise do concorrente e análise da proposta é particularmente relevante em Portugal, dada a existência de uma disposição expressa no CCP – o artigo 75.º, n.º 1 – que proíbe que os fatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa digam respeito, direta ou indiretamente, “a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”. Como acima referimos, o propósito desta norma será o de vedar a utilização de critérios de qualificação dos candidatos<sup>57</sup> como critério de adjudicação das propostas.

Ora, no processo que deu causa ao acórdão *Ambisig*, a entidade adjudicante não avaliou, para efeitos de adjudicação, se os concorrentes tinham ou não, em abstrato, os meios e a experiência necessários ao cumprimento integral dos serviços que se propunham prestar (isto é, *aptidão* ou *capacidade técnica* para a execução dos mesmos). Com efeito, em sede de avaliação das propostas, a apreciação não incidiu, por exemplo, sobre a experiência dos concorrentes em contratos com objeto idêntico ao do concurso nem sobre a sua dimensão e capacidade em termos de recursos humanos, tecnológicos ou de equipamentos para a execução do contrato. Pelo contrário, a entidade adjudicante avaliou, apenas e só, a concreta equipa técnica que cada um dos concorrentes se propunha afetar à execução do contrato, analisando (a) a *composição* da equipa e (b) a *experiência*, o *perfil* e a *competência técnico-científica* de cada um dos *profissionais* que integravam essa equipa, através dos seus currículos *vitae* e certificados de habilitação.

Importa também sublinhar que a *ratio* da proibição de valorização de aptidão do concorrente na fase de avaliação das propostas (potenciar a concorrên-

<sup>57</sup> Nos termos do artigo 165.º do CCP, os requisitos mínimos de capacidade técnica prendem-se com “*situações, qualidades, características ou outros elementos de facto*” relativos, designadamente, à experiência curricular dos candidatos.

cia e limitar a apreciação subjetiva de elementos externos às propostas) não sai, de modo algum, beliscada pela avaliação, nesta fase, da equipa técnica a afetar à execução do contrato. De facto, numa situação em que uma empresa tem um quadro de pessoal muito extenso e qualificado/experiente (concorrente A) e uma outra empresa tem um quadro de pessoal muito reduzido e globalmente menos qualificado/experiente (concorrente B), é perfeitamente possível que as propostas *concretamente* apresentadas por estes concorrentes não reflitam, no que se refere à alocação de pessoal à execução do contrato, as características abstratas que as empresas possuem em termos de dimensão e experiência do seu quadro de pessoal. Na verdade, por múltiplas razões, é perfeitamente concebível que o concorrente B apresente uma equipa técnica melhor (mais qualificada/experiente) do que o concorrente A – designadamente porque o concorrente A tem diversos contratos em execução em simultâneo, tendo os seus recursos mais qualificados/experientes afetos a esses contratos, ao passo que o concorrente B poderá ter uma dedicação exclusiva ao contrato a celebrar, podendo afetar-lhe os seus técnicos mais qualificados/experientes; ou porque o concorrente B, ao contrário do concorrente A, pretende recorrer a terceiros altamente qualificados/experientes para efeitos da execução do contrato (ainda mais qualificados do que os técnicos a empregar pelo concorrente B). Por outras palavras: nada permite presumir que uma empresa de grande capacidade técnica, financeira e com muita experiência alocará à execução do contrato, sempre e em qualquer caso, uma equipa técnica com essas características ou que uma empresa de fraca capacidade técnica, financeira ou com pouca experiência apenas possa apresentar, na proposta, uma equipa técnica a afetar ao contrato com fraca qualidade e recursos com pouca experiência. Estes exemplos mostram bem como a avaliação das propostas dos concorrentes no que diz respeito aos meios que se comprometem a alocar à execução do contrato não equivale à – antes se distingue e muito da – avaliação de uma aptidão que os concorrentes possuam (dimensão e experiência do seu quadro de pessoal abstratamente considerado).

Aqui chegados, estamos em condições de concluir que a avaliação da equipa técnica a afetar à execução de um contrato não equivale à avaliação de uma aptidão do concorrente, mas sim da proposta concretamente apresentada (isto é, de um aspeto da execução do contrato). Eis o ponto fulcral a reter do acórdão *Ambisig*.

Poder-se-á, todavia, questionar se esta conclusão é válida mesmo no cenário de concorrentes individuais. Explicitando de outro modo, a dúvida

é a seguinte: quando o concorrente é uma pessoa individual, poder-se-á afirmar que a análise da equipa técnica por este proposta continua a ser uma análise da sua proposta e não do próprio concorrente? Julgamos que sim. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que, em teoria, nada impede um concorrente singular de apresentar, na sua proposta, uma equipa técnica composta por várias pessoas. Em segundo lugar, e ainda que assim não seja – isto é, ainda que a equipa técnica seja composta apenas e só pelo próprio concorrente –, essa circunstância factual (sobreposição do estatuto de concorrente com o de “equipa técnica” – ou melhor, recurso humano – a afetar à execução do contrato) não obsta, em nossa opinião, a que se considere que, concetualmente, se está a avaliar uma característica da proposta, nos termos e para os efeitos do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE, uma vez que o concorrente singular poderia sempre ter indicado na sua proposta um outro recurso humano ou uma equipa técnica a afetar ao contrato. Em terceiro e último lugar, cabe também chamar à colação a nova diretiva dos contratos públicos – especificamente, o artigo 67.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2014/24/UE – que, quando os concorrentes possam ser pessoas singulares, não estabelece qualquer limite à utilização, como fator do critério de adjudicação, da “*organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacte significativo no nível de execução do contrato*”.

#### **5.4. A experiência da equipa a afetar à execução do contrato como característica intrínseca da proposta ligada ao objeto do contrato**

Refere o Tribunal de Justiça que “[a] *qualidade da execução de um contrato público pode depender de forma determinante do valor profissional das pessoas encarregadas de o executar, valor este constituído pela sua experiência profissional e a sua formação*” e que “[e]ssa *qualidade pode ser uma característica intrínseca da proposta e estar ligada ao objeto do contrato, na aceção do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18*” (n.ºs 31 e 33).

Ora, foi isso precisamente que sucedeu no caso *Ambisig*. O que a entidade adjudicante pretendeu, por intermédio do fator em questão, foi saber qual dos concorrentes poderia, de forma mais completa e adequada às características *específicas* do contrato a celebrar (formação e consultoria), oferecer, em

*concreto*, os melhores serviços (isto é, o que apresentava a proposta economicamente mais vantajosa).

Na nossa interpretação, afigura-se evidente que o exame da qualidade da equipa que o concorrente se compromete a alocar à prestação dos serviços concursados passa necessariamente por avaliar a experiência dessa mesma equipa. Deste modo, tendo o concurso por objeto serviços intelectuais de formação e consultoria – cuja qualidade da prestação depende, em larga escala, das pessoas que, em concreto, executarão os serviços –, a entidade adjudicante fez incidir a apreciação do mérito das propostas (também) sobre a constituição e experiência da *concreta* equipa técnica a afetar ao contrato, isto é, dos profissionais a afetar à execução do contrato (tal como teria ou poderia ter avaliado, se se tratasse de um contrato de fornecimento de bens, a qualidade e robustez dos materiais desses bens, ou ainda, num contrato de empreitada, a qualidade e robustez dos materiais empregues). Aliás, a impossibilidade de avaliar tal aspeto é que causaria estranheza, já que implicaria deixar de fora um aspeto essencial da execução do contrato: a equipa técnica concreta a afetar à prestação dos serviços de formação e consultoria. E isto por uma simples razão: a experiência profissional da equipa que ministra a formação e realiza a consultoria tem uma *influência direta* na qualidade da prestação de serviços e no valor económico da proposta globalmente considerada.

Este ponto – que é extremamente relevante – é, aliás, explorado no n.º 35 da pronúncia apresentada pela Comissão Europeia no processo de reenvio prejudicial: “*nos casos em que as características e qualidades específicas do pessoal que integra a equipa constituem um elemento determinante do valor económico da proposta sujeita à avaliação da entidade adjudicante, a substituição não autorizada, durante a execução do contrato, de qualquer dos elementos da equipa proposta é suscetível de reduzir o respetivo valor do ponto de vista da entidade adjudicante*”. Na proposta de resposta ao pedido de reenvio prejudicial, a Comissão Europeia sugere que “*o exercício desta faculdade [utilização como critério de adjudicação da organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato quando tais características possam afetar a qualidade da execução do contrato e consequentemente o valor económico da proposta] só é compatível com os objetivos da diretiva 2004/18 quando as características e qualidades específicas do pessoal que compõe a equipa constituem um elemento determinante do valor económico da proposta submetida à avaliação da entidade adjudicante, de modo a que a substituição não autorizada, durante a execução do contrato, de qualquer dos elementos da equipa proposta seria suscetível de reduzir o respetivo valor do ponto de vista da entidade adjudicante*”. Este ponto é também



salientado pelo Advogado-geral M. MELCHIOR WATHELET nas suas conclusões (n.ºs 35 e 86). Embora o acórdão *Ambisig* não faça qualquer menção a este ponto em particular, parece-nos que este teste sobre as consequências de uma substituição não autorizada de qualquer membro da equipa técnica no valor do contrato poderá servir para descortinar, em cada caso concreto, se, efetivamente, a avaliação da experiência da equipa técnica a afetar à execução do mesmo é ou não admissível como critério de adjudicação<sup>58</sup>.

Em suma, a qualidade da equipa técnica apresentada pelos concorrentes no âmbito de um concurso que tem por objeto a prestação de serviços de caráter intelectual, como os serviços de formação e consultoria (mas não só), é um aspeto intrinsecamente ligado ao objeto do contrato, em especial à qualidade da prestação dos serviços, sendo que, através da respetiva avaliação, não se procede, de forma alguma, à avaliação da capacidade ou da aptidão abstratas dos concorrentes, mas sim dos meios (neste caso, humanos) efetivamente alocados (*rectius*, a alocar) a tal execução (e cuja substituição não autorizada reduziria o valor do contrato do ponto de vista da entidade adjudicante<sup>59</sup>). Deste modo, e da nossa perspetiva, bem andou o Tribunal de Justiça ao clarificar que a avaliação da equipa técnica a afetar à execução de um contrato de prestação de serviços intelectuais é compatível com o disposto no artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/18/CE. Esta conclusão encontra-se, aliás, totalmente em linha com o que agora se dispõe no artigo 67.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2014/24/UE, segundo o qual o critério de adjudicação pode atender, entre outros elementos, à “*organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pes-*

<sup>58</sup> Importa também dizer que o considerando 94 da Diretiva 2014/24/UE refere que “*as autoridades adjudicantes que recorram a esta possibilidade [utilização como critério de adjudicação da organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato quando tais características possam afetar a qualidade da execução do contrato e consequentemente o valor económico da proposta] deverão assegurar, através dos meios adequados previstos nos contratos, que o pessoal encarregado da execução do contrato cumpra efetivamente as normas de qualidade especificados e só possa ser substituído com o consentimento da autoridade adjudicante, que verificará se a substituição do pessoal proporciona um nível de qualidade equivalente*”.

<sup>59</sup> É importante sublinhar que, no concurso do processo *Ambisig*, o adjudicatário apresentou na sua proposta um documento com os nomes da equipa técnica a afetar à execução do contrato. Ou seja, com a celebração do contrato – e constituindo a proposta parte integrante do mesmo –, o adjudicatário estava impedido de alterar livremente a composição da equipa técnica durante a prestação dos serviços.

*soal empregue tenha um impacte significativo no nível de execução do contrato*". Por conseguinte, na transposição desta última diretiva a que o legislador nacional tem de proceder até 18.04.2016, deverá ser tida em conta – em eventuais alterações ou precisões do CCP nesta matéria – tanto a doutrina firmada no acórdão *Ambisig* como o disposto no seu artigo 67.º, n.º 2, alínea b).

Cabe, por fim, observar que esta conclusão – que se extrai, sem margem para dúvidas, do acórdão *Ambisig* – já pode conhecer outros contornos quando estejam em causas serviços de outra natureza. Efetivamente, quando estejamos perante serviços que supõem pouca especialização ou qualificação por parte de quem os executa e nos quais a experiência da equipa a afetar à execução do contrato não tem verdadeiro impacto na qualidade da execução do contrato e, inerentemente, no valor económico da proposta (como, por exemplo, serviços de limpeza), a análise da experiência dos elementos que irão integrar tal equipa, como forma de encontrar a proposta economicamente mais vantajosa, já será de questionar. Todavia, segundo nos parece, esta conclusão impõe-se não porque o artigo 75.º, n.º 1, do CCP o impeça, mas antes porque se estará perante um aspeto ou característica completamente desligados do objeto do contrato – a questão que aqui se poderá, por conseguinte, suscitar é a da compatibilidade desse fator de avaliação das propostas com o princípio da proporcionalidade, o qual exige, naturalmente, que os aspetos avaliados tenham uma ligação com a qualidade da proposta e um impacto económico no valor da mesma.