27 de março de 2015

A Confirmação da Jurisprudência Europeia quanto à Legalidade da Avaliação de Recursos Humanos ou Equipas Técnicas em Procedimentos de Contratação Pública (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 26.03.2015 – Proc. C-601/13)

1. Um dos pilares em que assenta o atual Direito Europeu dos Contratos Públicos consiste na separação clara e estanque entre *i)* a apreciação dos atributos, das qualidades ou dos elementos (isto é, das *condições contratuais*) que constam das *propostas* que são apresentadas à entidade adjudicante e *ii)* a apreciação das características, das qualidades ou da aptidão *dos próprios autores das propostas*.

A Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, em que se baseou o Código dos Contratos Públicos (CCP), traçou bem essa distinção nítida entre *dois tipos de operações intelectuais* a que a entidade adjudicante procede para a seleção do seu cocontratante, regulando, de modo separado, *i)* a verificação da aptidão dos próprios proponentes, de acordo com os critérios de capacidade económica, financeira e técnica previstos nos seus artigos 47.º e 48.º (denominados "critérios de seleção qualitativa") e, *ii)* apenas num segundo momento, a análise e avaliação das propostas – só daquelas apresentadas pelos operadores cuja aptidão já haja sido confirmada – de acordo com o critério de adjudicação fixado nos termos previstos no artigo 53.º da Diretiva.

Na formulação que lhe foi dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), "são excluídos como «critérios de adjudicação» os critérios que não visam identificar a proposta economicamente mais vantajosa, mas que estão ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para

executar o contrato em questão" (Acórdão de 24.01.2008 – Proc. C-532/06 [*Lianakis*]). Ou, no dizer do nosso Supremo Tribunal Administrativo, ao definir-se a tramitação do procedimento pré-contratual "deve ser evidente a separação entre a apreciação da capacidade dos concorrentes e a análise das propostas com vista à adjudicação" (Acórdão de 14.03.2002 (Proc. 48.188). Essa regra foi acolhida, em Portugal, pelo n.º 1 do artigo 75.º do CCP.

2. Todavia, esta compartimentação entre as operações de avaliação de *proponentes* e de *propostas* suscitou a séria dúvida de saber se a entidade adjudicante também está proibida de *avaliar, para efeitos de adjudicação*, as *concretas pessoas que o concorrente pretende usar para executar o contrato*. Discute-se se a experiência ou os elementos curriculares dos membros de um *indivíduo* ou de uma *equipa técnica* que o concorrente se compromete a usar para desenvolver as prestações objeto do contrato podem ainda ser considerados no contexto das *condições contratuais* suscetíveis de avaliação ou, pelo contrário, relevam já para a apreciação da *capacidade técnica* da empresa que usa esses meios humanos e que só pode ser verificada no contexto de uma (prévia) *qualificação*.

Um setor da jurisprudência portuguesa chegou a considerar *proibida* a integração destes elementos num critério de adjudicação, considerando que a circunstância de o n.º 1 do artigo 75.º do CCP vedar também a avaliação "*indireta*" de qualidades, características ou elementos dos concorrentes implicaria a recusa da possibilidade de avaliação de meios humanos associados ou utilizados por cada proponente.

3. Esta posição restritiva colocava a seguinte dúvida: tal como resulta da redação do n.º 1 do artigo 75.º, a apreciação de elementos relativos aos concorrentes só é proibida porque os fatores e subfatores a integrar no critério de adjudicação devem incidir sobre "*aspetos da execução do contrato a celebrar*" – isto é, sobre prospetivas *cláusulas contratuais* que os concorrentes projetaram e integraram nas suas propostas para obterem uma melhor pontuação.

Essa proibição legal nunca poderia impedir que a entidade adjudicante aprecie as características, a aptidão ou a experiência *dos indivíduos* que cada concorrente integra numa equipa técnica e que se propõe utilizar para cumprir as suas obrigações contratuais em caso de adjudicação. E isto porque tal fator incide precisamente sobre um dos "*aspetos da execução do contrato*" que, nos termos previstos

no n.º 1 do artigo 75.º do CCP, poderiam ser selecionados para densificar o critério de adjudicação: *os recursos humanos que o concorrente utilizará para executar o contrato*.

4. Aliás, isso não implica uma *sobreposição* (*dupla avaliação*) em face dos elementos que podem ser apreciados numa prévia qualificação. É certo que a entidade adjudicante, no contexto de um concurso limitado, já pode apreciar os "recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos" (cfr. alínea *b)* do n.º 1 do artigo 165.º do CCP). Porém, os dados ou elementos que aprecia nesse momento procedimental dizem respeito aos recursos que cada operador utiliza a qualquer título *no âmbito da sua atividade económica*. Ora, a circunstância de um operador dispor *nos seus quadros* de certos recursos humanos ou tecnológicos nada assegura quanto aos recursos que utilizará *no âmbito do concreto contrato* que se propõe celebrar agora. Assim, é comum que a entidade adjudicante queira avaliar a aptidão dos recursos humanos que cada concorrente pretende utilizar *na execução do contrato* que agora será celebrado – e não dos recursos humanos de que o concorrente dispõe em geral no âmbito da sua atividade económica.

5. Por isso foi inteiramente acertada a solução do novo regime europeu de contratação pública aprovado pela Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, em cujo artigo 67.º, n.º 2, alínea *b)*, se passou a prever que os "critérios [de adjudicação] podem compreender, por exemplo: […] *Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato*". Neste sentido, admitindo que a boa execução de alguns contratos está totalmente dependente dos atributos pessoais do executante (contratos *intuitu personae*), sendo decisivo apreciar os meios humanos propostos por cada concorrente, o legislador europeu confirma a legalidade da avaliação dos meios humanos *afetados a um contrato em concreto*, quando o seu "*impacto*" seja "*significativo*", apenas deixando a avaliação dos *meios gerais* que a empresa tem, independentemente da sua afetação ao contrato, o que somente pode ser apreciado no âmbito da avaliação da capacidade técnica da empresa num concurso limitado por prévia qualificação.

De resto, essa regra é complementada por uma outra, constante do artigo 19.º, n.º 1, § 2.º, que prevê – agora não necessariamente para efeitos de avaliação das propostas, podendo relevar para a sua própria

exclusão – que seja "exigido às pessoas coletivas que indiquem, nas respetivas propostas ou pedidos de participação, os nomes e as habilitações profissionais relevantes do pessoal que ficará encarregado da execução do contrato em questão".

6. Porém, apesar de a nova legislação europeia ter resolvido definitivamente (e no bom sentido) esta dúvida, tal iniciativa legislativa deixou ainda em aberto a solução aplicável *presentemente* no nosso país. Uma vez que a nova Diretiva de 2014 só precisa de ser transposta pelo legislador português até abril de 2016, mantendo o CCP a solução baseada na Diretiva de 2004, a comunidade jurídica mantinha o sério receio de continuar a ser confrontada pela jurisprudência nacional que sufragava a tese da proibição da avaliação dos meios humanos, no contexto do critério de adjudicação, *à luz da legislação hoje vigente*.

Por isso se mostra decisivo que o juiz europeu tenha proferido, no dia 26 de março de 2015, no Processo *Ambisig* (C-601/13) – aliás suscitado em Portugal –, uma pronúncia que, inequivocamente, considera *autorizado* 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*".

Esclarecendo esse entendimento, o TJUE recorda que, sendo as entidades adjudicantes incentivadas a procurar "a melhor relação qualidade/preço", "o que contribui para reforçar o peso da qualidade nos critérios de adjudicação dos contratos públicos", é claro 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*". Ora, "*quando um contrato desse tipo deva ser executado por uma equipa, a competência e a experiência dos seus membros são determinantes para apreciar a qualidade profissional dessa equipa*. Essa qualidade pode ser uma *característica intrínseca da proposta* e estar ligada ao objeto do contrato, na aceção do artigo 53.°, n.° 1, alínea a), da Diretiva 2004/18. Por conseguinte, *a referida qualidade pode constar como critério de adjudicação do anúncio de concurso ou do caderno de encargos em questão*".

De resto, como o Advogado-Geral Melchior Wathelet já havia sublinhado nas Conclusões que apresentou, neste Processo, em 18 de dezembro de 2014, "a indicação dos recursos humanos concretos

que os proponentes afetarão à execução do contrato não constitu[i] evidentemente […] uma qualidade ou uma característica *dos proponentes*, mas *da própria proposta*".

7. Em conclusão, a pronúncia do TJUE dissipa definitivamente as dúvidas suscitadas pela jurisprudência portuguesa quanto ao mérito da avaliação de meios humanos ou de equipas técnicas que serão concretamente usados para a execução de um contrato público, deixando as entidades adjudicantes protegidas para a prossecução mais adequada do interesse público nos casos em que esta depende estritamente da qualidade das pessoas que o cocontratante usa para executar o contrato.

A permissão para a integração desse tipo de fator no critério de adjudicação mostra-se, pois, autorizada já hoje, à luz da legislação em vigor, sem se carecer sequer de se aguardar pela futura revisão do CCP para transposição da Diretiva n.º 2014/24/UE.

Pedro Fernández Sánchez

pfs@servulo.com