

A experiência e qualificações do pessoal encarregado
da execução do contrato como fator de densificação
do critério de adjudicação

The experience and qualifications of the staff
assigned to the performance of the contract
as an award criteria

RICARDO PRELHAZ FONSECA

VOL. 4 Nº 2 NOVEMBRO 2017

WWW.E-PUBLICA.PT

A EXPERIÊNCIA E QUALIFICAÇÕES DO PESSOAL ENCARREGADO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO COMO FATOR DE DENSIFICAÇÃO DO CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO

THE EXPERIENCE AND QUALIFICATIONS OF THE STAFF ASSIGNED TO THE PERFORMANCE OF THE CONTRACT AS AN AWARD CRITERIA

RICARDO PRELHAZ FONSECA¹

Rua de Santo António, n.º 2^a, 1.

8000-283 Faro

ricardo@prelhaz.com

Resumo: A admissibilidade da consagração da experiência e das qualificações do pessoal enquanto fator de densificação do critério de adjudicação foi objeto de uma ampla discussão na jurisprudência da União Europeia, tendo sido proferidas, nesse contexto, diversas decisões contraditórias. Procurando pôr fim a esta controvérsia e eliminar a incerteza que, quanto a esta matéria, pairava sobre a atividade procedimental das entidades adjudicantes, a Directiva 2014/24/UE veio expressamente admitir a possibilidade de avaliação das qualidades do pessoal encarregado da execução do contrato. Na recente revisão do CCP (operada pelo Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31.08), veio a consagrar-se a mesma solução, ainda que com algumas nuances face ao regime da Directiva. Com o presente artigo pretende-se analisar as soluções consagradas no CCP, procurando tomar posição sobre aspetos menos claros do regime, em particular, sobre o seu âmbito e condições de aplicação e sobre o alegado carácter inovador e excecional da solução ora plasmada.

Sumário: **1.** Introdução; **2.** A distinção entre requisitos de qualificação dos operadores económicos e fatores de densificação do critério de avaliação na jurisprudência da União Europeia **3.** A concorrência e a igualdade entre operadores como razão de ser da separação entre as fases de qualificação e de avaliação das propostas; **4.** A distinção entre requisitos de qualificação e critérios de avaliação de propostas à luz do CCP na versão anterior à revisão de 2017; **5.** As qualificações e experiência do pessoal afeto à execução do contrato na directiva 2014/24/UE e na revisão do Código dos Contratos Públicos promovida pelo DL 111-B/2017.

Palavras chave: “Contratos públicos” / “Contratação Pública” / “Critérios de qualificação” / “Fatores de avaliação” / “Experiência das equipas”

Abstract: The admissibility to consider the qualification and experience of the staff assigned to the contract’s performance as an award criterion has been the object of a profound discussion that took place within the European Union courts and which led to contradictory decisions. With the goal of bringing this

1. Advogado.

controversy to a halt and eliminate the innumerable uncertainties that encircled the activity of the contracting authorities, Directive 2014/24/EU expressly admitted that, under certain conditions, staff's qualification and experience may be considered as an award criterion. This rule was "transposed" in the recent Public Procurement Code's revision (by DL 111-B/2017, 31.08), but some differences can be found in the text when compared to the Directive's. This article intends to analyse the solutions provided and to take a position on the less clear aspects of the new regimen, particularly, its scope and application conditions as well as its apparent innovative and exceptional nature.

Summary: **1.** Introduction; **2.** Distinction between qualification criteria and award criteria in the European Union case law **3.** Competition and equality as the reason to separate the qualification and the bidding phases; **4.** Qualification and award criteria under the former version of PPC; **5.** The experience and qualifications of the staff assigned to the performance of the contract in the Directive 2014/24/EU and in the new PPC.

Keywords: "Public contracts" / "Public procurement" / "Selection Criteria" / "Award Criteria" / "Experience of the staff"

1. Introdução

A faculdade das entidades adjudicantes adotarem, como fator de densificação do critério de adjudicação, a experiência e as qualificações do pessoal encarregado da execução do contrato foi objeto, sobretudo nas últimas duas décadas, de ampla e profunda discussão na jurisprudência dos tribunais da União Europeia. A questão, porém, insere-se num debate bastante mais amplo em que se questiona a razão de ser da distinção entre os aspetos que podem ser apreciados na fase de qualificação e os que o podem ser apenas na fase de avaliação de propostas. Neste plano, discute-se se cada uma das fases possui um campo de atuação exclusivo, estanque e rigidamente delimitado, ou se, pelo contrário, se poderá reconhecer a comunicabilidade entre elas, permitindo-se, em alguns casos, que aspetos respeitantes à capacidade dos concorrentes sejam tidos em consideração enquanto fator de avaliação das propostas e vice-versa.

Até à entrada em vigor da Directiva n.º 2014/24/UE², os textos das directivas europeias relativas à coordenação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, apesar de proclamarem a separação entre as duas fases e a sua sujeição a normas distintas, revelavam incerteza quanto à concreta localização da fronteira entre ambas, bem como em relação à escolha dos critérios relevantes na sua diferenciação. Em particular, não estava cabalmente esclarecida a visão do legislador europeu sobre a suscetibilidade de densificação do critério de avaliação mediante recurso a fatores que se reportem a situações, características e qualidades dos concorrentes, como o são, por exemplo, as qualificações do pessoal ou os meios técnicos disponíveis num operador económico. Ora, esta indefinição foi causa de uma enorme profusão de acórdãos divergentes dos tribunais da União Europeia sobre a matéria, fomentando instabilidade e incerteza jurídicas.

No ordenamento jurídico português, a distinção entre as fases de prévia qualificação e de apresentação de propostas assumiu em 2008, com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (doravante, “CCP”), um interesse e importância acrescidos. Com efeito, o legislador do CCP apartou-se da solução consagrada na Directiva n.º 2004/18/CE³, expurgando do procedimento de concurso público a fase de análise das capacidades técnica e financeira do concorrente⁴, vedando, ao mesmo tempo, a possibilidade de, em tal procedimento, serem tidos em consideração quaisquer aspetos relacionados com

2. Directiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=GA>.

3. Directiva 2004/18/CE, 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, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>.

4. Sobre esta matéria, MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, O concurso público no Código dos Contratos Públicos, in *Estudos de Contratação Pública – I*, org. Pedro Gonçalves, Coimbra, 2008, pp.185-188. Esta Autora chega mesmo a suscitar dúvidas acerca da conformidade da opção consagrada no CCP com as directivas europeias.

as características e qualidades dos operadores económicos⁵. Assim, o debate que no plano europeu incidia “apenas” sobre a distinção entre a fase de qualificação e a fase de avaliação, assume, no nosso ordenamento, uma dimensão acrescida, pois a rigorosa definição do que são características e qualidades dos concorrentes passa a ser fulcral para a distinção entre o concurso público e o concurso limitado por previa qualificação.

Todas as circunstâncias acima descritas obrigam a uma definição muito clara dos aspetos que podem ser tomados em consideração em cada uma das referidas fases (ou procedimentos), o que nem sempre constitui, na prática, uma tarefa acessível. Uma das maiores dificuldades, e que maior controvérsia tem gerado, refere-se, precisamente, à “experiência e qualificações dos elementos das equipas afetas à execução do contrato”, sendo importante aferir se tal se afigura um aspeto revelador da capacidade técnica do concorrente ou, pelo contrário, um aspeto relacionado com a execução do contrato e, nessa medida, passível de constituir fator de densificação do critério de avaliação.

Procurando pôr cobro a esta controvérsia e tendo em vista resolver as inúmeras dúvidas e incertezas que afetavam a atividade procedimental das entidades adjudicantes, a Directiva n.º 2014/24 veio expressamente admitir na alínea b) do n.º 2 do seu artigo 67.º, que o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa pode compreender a “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”. Esta norma tem correspondência na alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP, na redação conferida pelo Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 30 de agosto (doravante, “DL 111-B/2017”), a qual, porém, apresenta alguns cambiantes por comparação com o texto da Directiva.

O presente artigo pretende analisar o modo como a Directiva n.º 2014/24 e o CCP, após a revisão promovida pelo DL 111-B/2017, abordam esta temática, bem como observar as soluções ali preconizadas, existindo, neste âmbito, várias questões que, pela sua novidade, reclamam alguma reflexão. A análise proposta exige, porém, uma visão global do problema, o que obriga a um enquadramento prévio que aborde os antecedentes jurisprudenciais mais significativos e que permita compreender e reconstruir o caminho que conduziu ao regime consagrado na Directiva 2014/18 e, posteriormente, no CCP⁶.

5. Proibição que, no CCP, não se aplica apenas aos fatores de avaliação, estendendo-se, ainda, aos aspetos de execução do contrato fixados pelo caderno de encargos que a entidade adjudicante opte por não submeter à concorrência

6. Quer na redação conferida pelo DL 111-B/2017 quer na redação anterior, conferida pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro.

2. A distinção entre requisitos de qualificação dos operadores económicos e fatores de densificação do critério de avaliação na jurisprudência da união europeia.

A redação pouco cuidada, dúbia, incoerente e, por vezes, contraditória, das normas das directivas sobre contratos públicos aprovadas nas décadas de 70 e 90 e no ano de 2004⁷, não permitiu compreender claramente o posicionamento do legislador europeu sobre a questão de saber se as qualificações do pessoal afeto à execução do contrato constituíam um elemento de qualificação ligado ao concorrente ou um fator de avaliação da qualidade da proposta⁸. Esta indefinição foi causadora de alguma insegurança jurídica, particularmente sentida pelas entidades adjudicantes e pelos operadores económicos, ao mesmo tempo que fomentou uma ampla discussão jurisprudencial ao longo de mais de duas décadas, que se foi desenvolvendo com algumas oscilações, não apenas no que respeita ao teor das concretas decisões tomadas, mas também no que concerne às diferentes abordagens de que tal matéria foi merecendo por parte dos tribunais da União Europeia.

A origem da discussão jurisprudencial pode ser encontrada na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) no Acórdão *Beentjes*⁹. Estava em causa, nesse aresto, a exclusão de um concorrente (a sociedade *Gebroeders Beentjes, BV*) pelo facto de, entre outras razões, a entidade adjudicante ter considerado que o mesmo não tinha capacidade para empregar desempregados de longa duração, o que constituía uma condição cujo cumprimento era exigido pelos documentos do procedimento.

A relevância deste caso provém, primordialmente, do facto do TJUE ter proclamado pela primeira vez de forma tão expressa que, à luz da Directiva em vigor à data (a Directiva n.º 71/305¹⁰), a verificação da aptidão dos concorrentes (qualificação) e a adjudicação (avaliação das propostas) configuravam duas operações distintas¹¹

7. Directiva n.º 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31971L0305>, Directiva n.º 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0050>, Directiva n.º 93/37/CEE do Conselho de 14 de junho de 1993, e 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31993L0037>, e Directiva 2004/18/CE, 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, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>.

8. Identificando, em termos semelhantes, as dificuldades sentidas na interpretação do texto da Directiva n.º 2004/18, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, p. 966.

9. Acórdão do TJUE (Quarta Secção), proferido em 20 de setembro de 1988, no âmbito do processo n.º 31/87 (*Beentjes*), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0031>.

10. V. nota de rodapé n.º 7.

11. Cf. Acórdão *Beentjes*, § 15.

que, apesar de poderem ocorrer em simultâneo¹², estavam sujeitas (cada uma delas) a normas próprias e diferenciadas. Ironicamente, o TJUE acabou por concluir que, no caso em apreço, a condição objeto da análise não constituía nem um requisito de capacidade técnica nem um critério de avaliação, mas sim uma condição particular suplementar que enquadrava como uma espécie de *tertium genus*, cuja admissibilidade no procedimento ficaria apenas dependente do seu caráter não discriminatório em relação aos concorrentes provenientes de outros Estados membros.

Apesar do TJUE ter proclamado no Acórdão *Beentjes* que, no sistema das directivas, a qualificação dos concorrentes e a adjudicação das propostas eram operações distintas, e de ter considerado a experiência do concorrente como um requisito válido de qualificação¹³, não resulta da referida decisão uma proibição expressa de, em sede de avaliação, serem tidos em consideração aspetos relacionados com o concorrente, desde que o fator de avaliação em causa permitisse identificar a proposta economicamente mais vantajosa¹⁴. Ou seja, o silêncio do TJUE parecia apontar para a ideia de que, independentemente do aspeto em causa se relacionar com o concorrente ou com a proposta, o que era decisivo para efeitos da admissibilidade dos fatores de avaliação era a sua aptidão para identificar a melhor proposta.

No Acórdão *Evans Medical*¹⁵, o TJUE veio aceitar como fator de avaliação válido - num procedimento de contratação de um fornecedor de diacetilmorfina - “a capacidade das empresas proponentes de assegurar de modo fiável e constante o abastecimento” de um produto¹⁶. Reconhecendo à entidade adjudicante um poder discricionário na definição do modo de densificação dos critérios de avaliação¹⁷, o TJUE admitiu que todo e qualquer aspeto – independentemente da sua ligação ao concorrente ou à proposta – poderia ser tido em consideração na fase de adjudicação, desde que influísse no valor da proposta e, assim, constituísse um elemento apto a determinar a proposta economicamente mais vantajosa.

Desta forma, o TJUE recusou a ideia de que os requisitos de qualificação e os fatores de avaliação se excluía mutuamente¹⁸, aflorando, pela primeira vez,

12. Cf. Acórdão *Beentjes*, § 16.

13. V. Acórdão *Beentjes*, §24.

14. Neste sentido, PHILIP LEE, Implications of Lianakis Decision, *Public Procurement Law Review*, nr. 2, 2010, pp. 50-51; ANA ROBIN DE ANDRADE / DÉBORA MELO FERNANDES, 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 avaliação, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 14, org. Pedro Costa Gonçalves, Coimbra, 2017, pp. 77-78.

15. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferido em 28 de março de 1995, no âmbito do processo C-324/93 (*The Queen e Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith, Ltd* interveniente *iGenerics (UK) Ltd (Evans Medical)*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A-61993CJ0324>.

16. Acórdão *Evans Medical*, § 50.

17. Que, curiosamente, o TJUE também afirma no Acórdão *Beentjes*.

18. Neste sentido, MARK ORTHMANN, “The experience of the Bidder as Award Criterion in EU Public Procurement Law” in *Humboldt Forum Recht*, 1/2004, disponível em <https://www>.

uma posição que veio a consolidar-se mais tarde na jurisprudência dos tribunais da União Europeia, em particular do Tribunal de Primeira Instância (“TPI”), e que defendia a possibilidade de circulação livre dos aspetos relacionados com o concorrente entre as fases de qualificação e de avaliação de propostas¹⁹. Nessa linha, aproveitando as lacunas evidentes das normas das directivas sobre contratos públicos e a manifesta incoerência do seu sistema, o TJUE rejeitou promover uma visão estanque das duas fases, aceitando como fatores de densificação do critério de adjudicação todos e quaisquer aspetos que se reputassem aptos a influenciar o valor económico das propostas, mesmo que dissessem respeito a qualidades, características e elementos do concorrente.

Um dos arestos que melhor espelha esta perspetiva é o Acórdão *Renco*²⁰ do TPI. Estava em causa um concurso lançado pelo Conselho da União Europeia para a realização de trabalhos de manutenção dos seus edifícios em Bruxelas, no qual, além do “montante da proposta”, foram consagrados outros fatores de cariz qualitativo, tais como, a “experiência e capacidade da equipa permanente para a execução de prestações idênticas às descritas no Caderno de Encargos”, a “experiência e capacidade técnica da empresa” e a “qualidade técnica dos equipamentos materiais propostos”, entre outros. Não obstante ser manifesto que alguns dos fatores de avaliação correspondiam a requisitos de capacidade técnica do concorrente sem qualquer relação com a proposta (o caso mais flagrante era o da “experiência e capacidade técnica da empresa”)²¹, o TPI acabou por aceitar tais critérios sem adiantar justificações e abstendo-se totalmente de abordar o litígio da perspetiva da separação entre a fase de qualificação e fase de avaliação de propostas²².

O ponto de partida do TPI no Acórdão *Renco* é precisamente o mesmo do qual o TJUE havia partido no Acórdão *Evans Medical*, ou seja, o reconhecimento de que a definição dos fatores de avaliação consubstancia o exercício de um poder discricionário da entidade adjudicante²³. Como tal, considerou aceitável a adoção de fatores de avaliação qualitativos, desde que estes fossem aptos a influenciar a execução dos trabalhos e, conseqüentemente, o valor económico da proposta²⁴. Com base nestes dois pressupostos, o TPI considerou que “a experiência e a capacidade técnica de um proponente e da sua equipa (...) são todos elementos

humboldt-forum-recht.de/english/1-2014/beitrag.html#upunkt1.

19. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa, 2013, p. 850.

20. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção), proferido a 25 de fevereiro de 2003, no âmbito do processo T-4/01 (*Renco SpA c. Conselho da União Europeia*), disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62001TJ0004&lang1=en&type=TEXT&ancre=>.

21. Acórdão *Renco*, § 8, al. a), 4.º travessão.

22. O que se afigura estranho, pois um dos argumentos da demandante nesse litígio (a *Renco SpA*) foi precisamente o facto de não caberem no modelo de avaliação critérios “como a experiência e a capacidade técnica da empresa” (§ 37), ainda que tal tenha sido invocado para demonstrar o seu argumento principal – sem relação com esta problemática – e que se referia ao facto de o caderno de encargos fazer referência “a critérios de seleção demasiado vagos que permitem uma margem de apreciação demasiado grande à luz do objeto da empreitada” (§ 35).

23. O que, refira-se, o Acórdão *Beentjes* também sustentou.

24. Acórdão *Renco* § 68.

qualitativos que, se não atingirem o nível exigido pela empreitada, podem gerar atrasos na execução dos trabalhos ou a necessidade de trabalhos suplementares²⁵. Acrescentando, ainda, que “critérios como a experiência e capacidade técnica da empresa (...) são fatores suscetíveis de afetar o valor de uma proposta, sendo adequada, contrariamente ao pretendido pela demandante, a sua presença entre os critérios do caderno de encargos²⁶”.

O TPI parecia, assim, reiterar o entendimento já afluído no Acórdão *Evans Medical* e que viria a ser desenvolvido mais tarde em outros Acórdãos (sobretudo, no Acórdão *Contse*²⁷ do TJUE), o qual que assenta sobre duas ideias essenciais: (i) recusa de uma separação rígida e estanque entre requisitos de qualificação dos concorrentes e critérios de adjudicação; (ii) proclamação da ideia de que todos os elementos que se reputem aptos a influenciar a execução dos trabalhos e, nessa medida, a afetar o valor económico de uma proposta, podem constituir fatores de avaliação, não obstante poderem estar em causa qualidades e características do concorrente.

Seguidamente, no Acórdão *GAT*²⁸, o TJUE volta a repescar a distinção entre as fases de qualificação e de avaliação operada no Acórdão *Beentjes* que tinha, entretanto, sido esquecida (ou deliberadamente omitida). No entanto, e uma vez mais, em lado algum do Acórdão *GAT* se proíbe a consagração de um fator de avaliação diretamente ligado ao concorrente e às suas características²⁹, adotando uma linha de continuidade em relação aos Acórdãos *Evans Medical* e *Renco*. Com efeito, o que se discutia neste aresto era se a entidade adjudicante poderia ter em conta na avaliação das propostas o número de referências relativas aos produtos oferecidos pelos proponentes a outros clientes, sem examinar se a experiência com os produtos adquiridos tinha sido boa ou má³⁰. O Tribunal reconheceu, por um lado, que a dita lista figurava como elemento de prova da capacidade técnica dos concorrentes, nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 23.º da Directiva n.º 93/36 e que por isso poderia ser um requisito de qualificação³¹. Por outro lado, afirmou que tal lista de produtos com número e identidade dos clientes, sem quaisquer outras precisões relativamente aos fornecimentos efetuados, “não dá qualquer indicação que permita identificar a proposta mais vantajosa³²”.

25. Acórdão *Renco*, § 68.

26. Acórdão *Renco*, § 69.

27. Acórdão do TJUE (Terceira Secção), proferido em 27 de outubro de 2005, no âmbito do processo C-234/03 (*Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA c. Insalud*), disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0234&lang1=en&type=TXT&ancre>.

28. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Sexta Secção), proferido em 19 de junho de 2003, no âmbito do processo C-315/01 (*Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) c. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*), disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62001CJ0315&lang1=en&type=TXT&ancre>.

29. O que, vistas bem as coisas, o Acórdão *Beentjes* também não proibia. Com a mesma opinião, ANA ROBIN DE ANDRADE / DÉBORA MELO FERNANDES, Acórdão *Ambisig*, *Revista de Contratos Públicos*, p. 80.

30. Acórdão *GAT*, § 57.

31. Acórdão *GAT*, § 65.

32. Acórdão *GAT*, § 66.

ou, nas palavras do Advogado-Geral L.A. GEELHOED³³, da mesma “não podem ser extraídos quaisquer dados que sejam determinantes para a apreciação das vantagens económicas da proposta”, pelo que “não pode servir como critério de adjudicação”³⁴.

Não obstante reconhecer que a exigência da listagem em causa constituía um aspeto elencado na directiva como requisito de qualificação do concorrente, o TJUE admite neste acórdão que a ponderação de tal listagem seria aceitável na fase de avaliação desde que contivesse outros elementos que pudessem contribuir para a identificação da proposta economicamente mais vantajosa. Ou seja, apesar de não o afirmar expressamente, o TJUE parece acolher implicitamente o entendimento de que um requisito de qualificação dos concorrentes, mesmo consagrado expressamente enquanto tal nas directivas, pode constituir também, e simultaneamente, um critério de avaliação.

Até aqui, foi notório o esforço dos tribunais no sentido de compatibilizar os textos das Directivas com a sua visão mais aberta e menos estanque em relação às fases de qualificação e avaliação. O que se traduziu, por um lado, na recusa em considerar os requisitos de qualificação dos concorrentes como exclusivos da fase da qualificação (ultrapassando as dificuldades que a tendência das Directivas para considerar a experiência como critério de qualificação causava) e, por outro, em reconhecer à entidade adjudicante uma margem de discricionariedade para definir os critérios que lhe permitissem escolher a proposta economicamente mais vantajosa. Esta abordagem permitia aos tribunais europeus adotarem uma visão centrada no critério de avaliação, convocando o princípio da proporcionalidade como o elemento fiscalizador dos fatores de avaliação, sem necessidade de quaisquer indagações quanto à natureza dos mesmos e eventual ligação ao concorrente.

Exemplo do que se acaba de dizer encontra-se no Acórdão *Contse*³⁵, o qual, ainda que não trate concretamente das questões relacionadas com a experiência do concorrente ou da equipa afeta à execução do contrato, constitui decisão muito importante no fornecimento de pistas para uma tomada de posição sobre a matéria.

Estava em causa um procedimento cujas peças estabeleciam como condições de admissão (*rectius*, qualificação), de entre outras, a obrigação de os concorrentes serem proprietários, no momento de apresentação das propostas, de um escritório aberto ao público na capital da província em questão, e como aspetos de valorização da proposta (*rectius*, fatores de avaliação) a propriedade de vários escritórios abertos ao público nas províncias de Cáceres e Badajoz, acessíveis

33. Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed, apresentadas em 10 de outubro de 2002, disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62001CC0315&lang1=en&type=TEXT&ancre>.

34. Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed, § 53.

35. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), proferido em 27 de outubro de 2005, no âmbito do processo C-234/03, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62003CJ0234&lang1=en&type=TEXT&ancre>

pelo menos 8 horas por dia, bem como duas instalações de produção de oxigénio, uma instalação de embalagem de cilindros e uma instalação de armazenamento de oxigénio a menos de 1000km das províncias.

Uma vez mais, o TJUE abstém-se de tratar o tema da perspetiva da distinção entre fase de qualificação e fase de avaliação das propostas, preferindo, ao invés, aferir da compatibilidade dos critérios de qualificação e avaliação consagrados no procedimento com as liberdades garantidas pelo Tratado CE, com o princípio da não discriminação com base na nacionalidade e, também, com o princípio da proporcionalidade.

Assim, e à luz de tais princípios, concluiu o TJUE que as condições de admissão e os critérios de avaliação eram suscetíveis de tornar menos atrativa a apresentação de uma proposta, em particular pelo facto de os concorrentes terem de dispor dos escritórios e das instalações exigidas na data de apresentação da proposta, o que exigia um esforço financeiro elevado e sem garantia de adjudicação e, subsequentemente, da obtenção do retorno financeiro para amortizar o investimento.

Veja-se que o TJUE não afasta a admissibilidade de ser exigido ao concorrente que, em sede de execução, viesse a dispor de escritórios locais, o que constituiria um aspeto de execução exigido pelo caderno de encargos justificável, de acordo com o TJUE, à luz do princípio da proporcionalidade. O que o TJUE efetivamente condenou na situação em apreço foi a manifesta desproporcionalidade da exigência de o concorrente ser proprietário dos escritórios locais à data de apresentação das propostas³⁶.

Mais do que discutir se um determinado aspeto constitui elemento revelador de capacidade técnica ou, por sua vez, critério de adjudicação, o que para o TJUE importava saber era se um determinado requisito exigido se reputava adequado e necessário para, em face do objeto do contrato e do interesse público que cabe às entidades adjudicantes prosseguir, individualizar a proposta economicamente mais vantajosa.

Em face da assunção da não exclusividade daquilo que pertence ao domínio da qualificação dos concorrentes e de avaliação das propostas, o princípio da proporcionalidade permitiria definir concretamente onde alocar os aspetos concretamente exigidos pelas peças do procedimento.

Até aqui, a jurisprudência seguiu uma linha evolutiva coerente, sem grandes sobressaltos e que se traduzia no seguinte:

- i. Reconhecimento de que as Directivas distinguem a fase de qualificação dos concorrentes e de avaliação das propostas, estando, cada uma delas, sujeita a regras diferentes, ainda que possam ser objeto de análise simultânea;

36. Acórdão *Contse*, § 43, 54 e 55.

- ii. Recusa, porém, de uma separação rígida e estanque entre requisitos de qualificação e aspetos que densificam o critério de adjudicação;
- iii. Recusa do entendimento de que os requisitos de qualificação e os critérios de adjudicação se excluem entre si;
- iv. Proclamação da ideia de que todos os elementos que se reputem aptos a influenciar a execução dos trabalhos e, nessa medida, a afetar o valor económico de uma proposta, podem constituir fatores de avaliação desta, independentemente de poderem estar em causa características ligadas ao concorrente.
- v. Aceitação de que a experiência comprovada pelos elementos elencados nas Directivas como identificando a capacidade técnica podem ser levados a critério de avaliação se forem aptos a permitir identificar a proposta economicamente mais vantajosa.

Esta tendência da jurisprudência veio, porém, a ser posta em causa com a decisão do TJUE tomada no Acórdão *Lianakis*³⁷. Tal sucedeu não tanto pelo teor da decisão em si, mas pelas interpretações a que tal aresto deu origem, em particular as que liam no Acórdão a proclamação da proibição de serem tomados em consideração na fase de avaliação das propostas quaisquer aspetos relacionados com a experiência e qualificações, independentemente de estas se referirem ao concorrente ou aos elementos das equipas afetas à execução das prestações do contrato³⁸.

No Acórdão *Lianakis* estava em causa um concurso público para a celebração 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*”³⁹. O anúncio de concurso mencionava, como critérios de adjudicação, (i) a comprovada experiência do perito, adquirida durante estudos realizados no decurso dos três últimos anos, (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 científico⁴⁰.

A questão prejudicial colocada ao TJUE referia-se à possibilidade de serem fixados *a posteriori* (i.e., depois de apresentadas as propostas) coeficientes de ponderação e subcritérios que densificavam o critério da proposta economicamente mais vantajosa. No entanto, a Comissão considerou que, antes de responder à questão

37. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), proferido em 24 de janeiro de 2008, no âmbito do processo C-532/06 (*Emm. G. Lianakis AE e outros c. Dimos Alexandroupolis e outros*), disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62006CJ0532&lang1=en&-type=TEXT&ancre>.

38. Ver a propósito desta discussão os artigos publicados na *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2009, inteiramente dedicada ao Acórdão *Lianakis*, e onde podem ser encontradas diferentes perspetivas sobre o alcance da decisão tomada neste aresto.

39. Acórdão *Lianakis*, § 9.

40. Acórdão *Lianakis*, § 10,

submetida, seria importante apurar previamente se a Directiva 92/50 se opunha a que a entidade adjudicante tivesse em conta, a título de “critério de avaliação”, a experiência dos proponentes, o seu pessoal e o equipamento assim como a capacidade de executarem o contrato no prazo previsto⁴¹, algo a que o TJUE acedeu, tendo, por isso, tomado posição sobre a matéria.

O TJUE considerou, então, que no caso concreto os critérios que haviam sido definidos pela entidade adjudicante como “critérios de adjudicação” se referiam principalmente à experiência, às qualificações e aos meios suscetíveis de garantir uma boa execução do contrato em questão, o que, no entendimento do TJUE, se reconduziam a critérios relacionados com a aptidão dos proponentes para executar o contrato e que, portanto, não teriam a qualidade de “critérios de adjudicação”.

As conclusões a retirar do Acórdão *Lianakis*, podem sintetizar-se da seguinte forma:

- i. Não existe um elenco taxativo dos critérios de avaliação que podem ser definidos pelas entidades adjudicantes, mas a escolha só pode fazer-se entre os critérios que visem identificar a proposta economicamente mais vantajosa⁴²;
- ii. Excluem-se os critérios que estão ligados essencialmente à apreciação da aptidão dos proponentes para executar o contrato em questão⁴³ e, como tal, não identificam a proposta economicamente mais vantajosa;
- iii. Os fatores que densificavam o critério de adjudicação que haviam sido definidos pela entidade adjudicante no procedimento que deu origem ao Acórdão, referem-se à experiência, qualificações e aos meios suscetíveis de garantir uma boa execução do contrato, isto é, dizem respeito à aptidão dos proponentes para executar o contrato, razão pela qual o TJUE concluiu que os mesmos não eram aptos a serem considerados na fase de avaliação das propostas⁴⁴.
- iv. Os artigos 23.º, n.º 1, 32.º e 36.º da Directiva n.º 92/50 opõem-se a que, no quadro de um processo de adjudicação, a entidade adjudicante tenha em conta a experiência dos proponentes, o seu pessoal e equipamento, assim como a capacidade de executarem o contrato no prazo previsto como critério de adjudicação⁴⁵.

O Acórdão *Lianakis* colocou, assim, um travão na tendência maximalista da jurisprudência que sufragava a comunicabilidade entre a qualificação e a avaliação, passando a proibir totalmente, na avaliação das propostas, a consideração de

41. Acórdão *Lianakis*, § 22

42. Acórdão *Lianakis*, § 29.

43. Acórdão *Lianakis*, § 30.

44. Acórdão *Lianakis*, § 31.

45. Acórdão *Lianakis*, § 32.

aspectos relacionados com o concorrente e desprovidas de qualquer relação com as concretas prestações que constituíam o objeto do contrato a celebrar. Deve sublinhar-se, contudo, que nenhuma passagem do Acórdão afirma, nem permite retirar qualquer conclusão implícita, de que a experiência deixou de poder ser considerada, em qualquer circunstância, como elemento a ter em conta na avaliação das propostas. Não será despidendo referir que todos os critérios de adjudicação constantes das peças do procedimento em discussão se referiam à experiência do concorrente e não da equipa técnica afeta à execução do contrato⁴⁶. Consequentemente, sendo incontestável que o Acórdão *Lianakis* adota uma visão estanque quanto aos elementos que podem ser atendidos em cada uma das fases, tal não se afigura impeditivo de se tomar em consideração a experiência e as qualificações enquanto fator de avaliação, desde que aquelas características se reportem à proposta e a aspetos da execução do contrato e não à capacidade genérica do concorrente. Aliás, o Acórdão do TPI *AWWW*⁴⁷, proferido poucos meses depois do *Lianakis*, vai precisamente nesse sentido, sustentando que a informação quanto à experiência, aptidão e as capacidades existentes dos concorrentes poderão ser tidas em consideração desde que tais aspetos sejam relevantes para efeitos do objeto do contrato⁴⁸. Do mesmo modo, no Acórdão *ED c. EMCDDA*⁴⁹ o Tribunal Geral da União Europeia⁵⁰ (“TG”) considerou admissível um fator de avaliação que atendia ao mérito técnico dos recursos humanos afetos à execução das prestações contratuais, concluindo que, neste caso, poderia ser tida em consideração a sua experiência profissional uma vez que a mesma se relacionava com as tarefas a realizar no âmbito da execução do contrato. Acrescenta, ainda, que a experiência em causa não constitui um critério em si mesmo, devendo ser atendido enquanto no âmbito do fator “mérito técnico dos recursos humanos”, uma vez que se trata de um elemento indissociável do mesmo.

Por sua vez, no Acórdão *ED c. Comissão*⁵¹, apesar de reconhecer que em geral

46. Ainda que na situação objeto do Acórdão *Lianakis* o primeiro fator de avaliação se referisse à comprovada experiência do perito em projetos concluídos, facilmente se percebe que o método utilizado para medir a experiência (valor dos projetos) e os parâmetros adotados (de Eur.: 500 000,00 até projetos de valor superior a 12 milhões de euros) não eram adequados a avaliar a experiência da equipa, e visavam sim apreciar a experiência das empresas concorrentes. Neste sentido PHILIP LEE, Implications, *Public Procurement Law Review*, nr. 2, 2010, p. 49.

47. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), proferido em 1 de julho de 2008, no âmbito do processo T-211/07 *AWWW GmbH Arbeits Welt-Working World c. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, indisponível na versão portuguesa, mas disponível na versão inglesa em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67050&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86854>.

48. Acórdão *AWWW*, § 59.

49. Acórdão do Tribunal Geral (Quinta Secção), proferido em 09 de setembro de 2010, no âmbito do processo T-63/06 (*Europaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. European Monitoring Center for Drugs and Drug Addiction*), disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62006TJ0063&lang1=en&type=-TXT&ancre>.

50. O anteriormente designado por Tribunal de Primeira Instância (TPI)

51. Acórdão do Tribunal Geral, proferido em 3 de março de 2011, no âmbito do processo T-589/08 (*Europaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Comissão Europeia (Acórdão ED c. Comissão)*), disponível em <http://curia.europa>.

a experiência deve ser tida em consideração enquanto requisito de qualificação, o TG vem sustentar que no caso *sub judice* a experiência não constituía o fator de avaliação em si mesmo, mas apenas um elemento instrumental de avaliação que justificava a razoabilidade e fiabilidade de um atributo da proposta do concorrente que no seu entendimento seria admissível⁵². Esta decisão traduziu uma hábil forma de contornar a interpretação mais restritiva do Acórdão *Lianakis* sufragada por alguma doutrina.

No Acórdão *ED c. TJUE*⁵³, o TG apesar de ter defendido que a avaliação da experiência não pode constituir critério de avaliação, não deixou de referir que nos casos em que um contrato incida sobre serviços com caráter altamente técnico, as competências técnicas dos membros da equipa podem determinar o valor técnico da proposta e afetar o seu valor económico.

Do mesmo modo no Acórdão *ED c. EFSA*⁵⁴ o TG sustentou que a utilização de *curricula vitae* não deveria, por princípio, ser aceite enquanto fator de avaliação, mas seria de admitir nos casos em que tal servisse para identificar a proposta economicamente mais vantajosa.

Apesar de ter causado alguma perturbação na jurisprudência, causada pelas diversas interpretações que veio a acolher, reitera-se que o Acórdão *Lianakis* não proibia a avaliação de aspetos relacionados com a experiência, mas apenas e só na medida em que tal experiência respeitasse a uma qualidade do concorrente sem qualquer relação com a proposta.

No entanto, esta interpretação só veio a ser definitivamente consolidada pelo TJUE com o Acórdão *Ambisig*⁵⁵. Este aresto teve origem num procedimento destinado à celebração de um contrato de prestação de serviços de consultoria e de formação, tendo a entidade adjudicante consagrado como um dos fatores de avaliação “a avaliação da equipa”, o qual teria em conta a “constituição da equipa, a experiência comprovada e a análise curricular”⁵⁶. Na sua decisão, o TJUE concluiu que “a qualidade da execução de um contrato público pode depender de forma determinante do valor profissional das pessoas encarregadas

[eu/juris/celex.jsf?celex=62008TJ0589&lang1=en&type=TEXT&ancre](http://eur-lex.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008TJ0589&lang1=en&type=TEXT&ancre), § 43

52. Acórdão *ED c. Comissão*, § 43.

53. Acórdão do Tribunal Geral, proferido em 17 de outubro de 2012, no âmbito do processo T-447/10 (*Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Tribunal de Justiça da União Europeia*, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008TJ0589&lang1=en&type=TEXT&ancre>

54. Acórdão do Tribunal Geral, proferido a 12 de dezembro de 2012, no âmbito do processo T-457/07 (*Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contra Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (EFSA)*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62007TA0457>.

55. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) proferido em 26 de março de 2015, no âmbito do processo C-601/13 (*Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, S.A. c. Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém e Núcleo Inicial – Formação e Consultoria, Lda.*), disponível em <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013C-10601&lang1=en&type=TEXT&ancre>.

56. Acórdão *Ambisig*, § 10.

de o executar, valor este constituído pela sua experiência profissional e a sua formação”⁵⁷. Pelo que, “quando um contrato desse tipo”⁵⁸ 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.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 2004/18”⁵⁹daí que possa constar como critério de adjudicação (...)”⁶⁰.

É preciso sublinhar que o Acórdão *Ambisig* não representa qualquer corte com a jurisprudência *Lianakis*, antes afirmando a sua continuidade⁶¹. Na verdade, nesta decisão o TJUE não altera, nem sequer belisca, o entendimento exposto no Acórdão *Lianakis*, procedendo, apenas, a uma clarificação dos seus termos e a uma delimitação mais concreta e rigorosa do seu âmbito.

Conforme o TJUE afirma no Acórdão *Ambisig*, na decisão *Lianakis* os fatores de avaliação diziam respeito “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”⁶². Daí que naquele Acórdão a experiência tenha sido considerada como um aspeto cuja apreciação não era permitida e nesta, por sua vez, tal já não se afigurava correto. Ora, esta precisão é relevante, pois imprime maior rigor na definição da fronteira daquilo que pode ser apreciado enquanto fator de avaliação.

De facto, sendo inegável que o Acórdão *Ambisig* subscreve uma visão das directivas assente numa distinção rígida e estanque entre a fase da qualificação e a fase de avaliação das propostas - linha iniciada no Acórdão *Beentjes* e que foi continuada e desenvolvida no Acórdão *Lianakis* - deixou, porém, claro que as entidades adjudicantes não se encontram impedidas de considerar aspetos que envolvam análise da “experiência” ou “qualificações técnicas”, desde que tais aspetos não se refiram ao concorrente em abstrato, e tenham relevância no modo de execução das prestações do contrato a que o concorrente se compromete - e, por esta razão, digam diretamente respeito à qualidade da proposta.

O Acórdão *Ambisig* aplica o regime consagrado na Directiva 2004/18, mas não deixa de mencionar o regime consagrado na Directiva n.º 2014/24, adotando claramente uma decisão conciliadora da jurisprudência *Lianakis*, com os textos da mais recente directiva.

57. Acórdão *Ambisig*, § 31.

58. O TJUE referia-se a contratos de prestação de serviços de carácter intelectual respeitantes a serviços de formação e consultoria que constituía o objeto do contrato em litígio.

59. Acórdão *Ambisig*, § 33.

60. Acórdão *Ambisig*, § 34.

61. Neste sentido JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública*, Agosto 2016, p. 19, disponível em http://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojecto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf

62. Acórdão *Ambisig*, § 26.

Atualmente, a visão do TJUE sobre esta matéria, atualizada ao Acórdão *Ambisig*, assenta sobre a jurisprudência *Beentjes, Lianakis e Ambisig*, podendo traduzir-se nas seguintes ideias-chave:

- i. De acordo com o texto das directivas, a verificação da aptidão dos concorrentes e a adjudicação constituem duas operações distintas que, apesar de poderem ocorrer em simultâneo, estão sujeitas a normas próprias e diferenciadas;
- ii. Os fatores de densificação do critério da proposta economicamente mais vantajosa consagrados nas directivas não são taxativos;
- iii. A escolha dos fatores que densificam o critério de avaliação constitui uma decisão discricionária da entidade adjudicante, mas a escolha só pode fazer-se entre os critérios que visem identificar a proposta economicamente mais vantajosa;
- iv. Excluem-se, por isso, os critérios que estejam ligados essencialmente aos concorrentes e à sua aptidão para executar o contrato;
- v. A qualidade da execução de um contrato público pode depender do valor profissional das pessoas encarregadas de o executar, o qual é constituído pela sua experiência profissional e a sua formação;
- vi. Quando um contrato deva ser executado por uma equipa, e a competência e a experiência dos seus membros forem determinantes para apreciar a qualidade profissional dessa equipa, essa qualidade pode ser uma característica intrínseca da proposta e estar ligada ao objeto do contrato, sendo admitida enquanto fator de avaliação.

São, pois, estas as premissas em que se alicerçam o artigo 67.º, n.º 2, al. b) da Directiva 2014/24 e, consequentemente, o artigo 75.º, n.º 2, al. b) do CCP, na redação conferida pelo DL 111-B/2017, que transpõe aquela, reputando-se elementos essenciais na interpretação daqueles preceitos.

3. A concorrência e a igualdade entre operadores como razão de ser da separação entre as fases de qualificação e de avaliação das propostas

Do que se deixou exposto *supra*, resulta inegável que, não obstante a forma deficiente como o fizeram, as directivas europeias sempre preconizaram uma distinção rígida entre as fases de qualificação e de avaliação de propostas que, em determinado momento, os tribunais da União Europeia quiseram combater. A rigidez visava evitar que o juízo de avaliação deixasse de se reportar exclusivamente à qualidade intrínseca das propostas e pudesse ser contaminado por considerações relativas aos concorrentes⁶³. Basicamente, as directivas

63. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO / MARCO REAL MARTINS, Documentos de habilitação e docu-

pretendiam assegurar que todo e qualquer concorrente que atingisse os mínimos que a entidade adjudicante considerava necessários para garantir a boa execução do contrato (requisitos de qualificação), deveria estar na fase seguinte em total igualdade de circunstâncias com todos os demais concorrentes, gozando das mesmas hipóteses de ver a sua proposta adjudicada, independentemente da sua dimensão, história, *know-how*, experiência, níveis de desempenho ou outras características ou qualidades do concorrente⁶⁴.

Este propósito é justificável à luz dos objetivos de promoção da concorrência do mercado, uma vez que, pelo menos em tese, cumpridos que estejam, pelos candidatos, os requisitos mínimos de capacidade (se existirem), torna-se irrelevante a identidade e a história de quem apresenta a proposta, apenas importando aquilo que a que o concorrente se compromete concretamente perante a entidade adjudicante. Ao valorizar o “quê” e o “como” em vez do “quem”, as directivas procuram promover a igualdade de oportunidades entre os concorrentes “qualificados”⁶⁵ e, com isso, a promoção da concorrência, conferindo aos novos agentes económicos e àqueles que querem entrar num novo mercado a possibilidade de competirem em igualdade de armas com aqueles que já lá se encontram⁶⁶.

Apesar de a *ratio* subjacente à distinção entre as duas fases ser compreensível, não deixa de ser incontornável que a mesma se reputa totalmente artificial pois alicerça-se no pressuposto errado de que é possível dissociar a proposta do seu proponente. Na verdade, independentemente do maior ou menor grau de fungibilidade do prestador, as qualidades, experiência e *know-how* dos recursos humanos dos concorrentes (independentemente de virem a ser afetos à execução concreta do contrato), a sua organização e estruturação dos recursos humanos, os meios técnicos e instalações de que dispõe (mesmo que não sejam diretamente afetos à execução), entre outras características, terão necessariamente influência quer no conteúdo da proposta (i.e., na definição do modo como o concorrente se compromete a executar as prestações do contrato) quer no modo de execução das prestações que constituem o objeto do contrato. Com efeito, as propostas são sempre o reflexo da experiência e do saber dos concorrentes, aplicados, em cada procedimento, às exigências específicas impostas pelo caderno de encargos, o que, por sua vez, influirá o modo de execução do contrato. Por isso é que, sempre que estejam em causa atributos de carácter qualitativo que confirmam aos concorrentes alguma margem de conformação do seu conteúdo na elaboração da proposta, é virtualmente impossível existirem duas propostas totalmente iguais.

mentos de qualificação nos procedimentos de formação de contratos públicos, in *Estudos sobre contratos públicos*, Lisboa, 2010, p. 246.

64. Neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, 2013, p. 848; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, p. 966.

65. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO / MARCO REAL MARTINS, Documentos de habilitação, 2010, p. 246.

66. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, 2013, p. 849; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, p. 966.

O reverso do que se acaba de dizer também é verdadeiro, pois é inegável que a experiência concreta dos membros da equipa é também, em si mesma, uma garantia de “solvabilidade técnica” em geral da empresa e da sua capacidade genérica para a execução do contrato até ao fim, ainda que tal experiência não tenha sido adquirida na empresa pela qual se apresentam a concurso. Isto sucede, por exemplo, no caso das empresas que chegam a um determinado mercado e que não têm qualquer experiência acumulada enquanto empresa, mas que beneficiam das qualificações e experiência dos técnicos que, entretanto, contrataram para desenvolver a sua atividade.

Muitas vezes, até, a experiência da equipa é bem mais reveladora da “solvabilidade técnica” de um concorrente do que a própria experiência acumulada da empresa. Veja-se o exemplo extremo e hipotético de uma empresa nova no mercado e sem qualquer histórico, mas que contrata toda a equipa de outra empresa já estabelecida no mercado e com enorme elenco de trabalhos realizados. Neste caso, é certamente a empresa nova que terá maior capacidade, seja em abstrato seja em concreto, para executar o contrato, ainda que seja a segunda que, para efeitos de qualificação, tenha mais experiência acumulada.

Tudo isto vem reforçar ainda mais aquilo que se afirmou atrás, ou seja, de que a separação entre os requisitos de qualificação e os de avaliação será sempre artificial sem reflexo na realidade prática. Ora, a indissociabilidade entre o concorrente e a sua proposta, bem como, em alguns casos, entre a experiência de cada um dos recursos humanos e a experiência da empresa, torna muito difícil estabelecer critérios distintivos claros e rigorosos que sejam aptos a distinguir o campo da qualificação do da avaliação. O que explica, muito provavelmente, a indefinição e incoerência no tratamento desta matéria, pelo menos até 2004, a qual se pode encontrar nos textos das directivas sobre contratos públicos.

Dificuldades acrescidas surgem, ainda, quando, em determinadas situações em que se avaliam a experiência e qualificações da equipa técnica, se verifica uma total coincidência entre o objeto da qualificação e o objeto da avaliação. Tal sucederá no caso das pessoas individuais⁶⁷ prestadoras de serviços que concorram, individualmente ou em consórcio de pessoas individuais, a um determinado procedimento, assumindo, necessariamente, o papel de concorrente e, em simultâneo, de equipa técnica. Ou, ainda, no caso das microempresas de tipo familiar em que todos (ou quase todos) os seus recursos humanos tenham adquirido experiência naquela empresa e sejam concomitantemente seus sócios fundadores, gerentes e trabalhadores, ao mesmo tempo que constituem a equipa técnica a afetar a todos os contratos que celebrem.

Em qualquer um destes exemplos (seja o prestador individual, sejam as microempresas), avaliar a proposta é, também, avaliar o concorrente. No entanto, como a validade ou invalidade do critério de adjudicação não pode depender das características específicas dos concorrentes que apresentam proposta (ou possam

67. V. MÁRIO COMBA, Selection and award criteria in Italian public procurement law, *Public Procurement Law Review* nr. 3, 2009, pp. 122 e 125.

potencialmente vir a apresentá-la), a manutenção da rigidez na separação entre as duas fases exigiria uma solução radical e totalmente desprovida de sentido, que, no limite, poderia passar por (i) ou proibir concorrentes individuais de concorrer a procedimentos em que se reputasse adequado e necessário avaliar a qualidade da equipa encarregue da execução – o que seria ilegal por violação do princípio da igualdade, da proporcionalidade e, ainda, por ser restritivo da concorrência; ou (ii) proibir a avaliação da experiência e qualificações das equipas técnicas afetas à execução do contrato – o que é inadmissível por ser excessivamente limitador da margem de discricionariedade que a entidade adjudicante possui aquando da definição dos fatores de avaliação⁶⁸.

O reconhecimento da artificialidade da distinção entre seleção e avaliação, e de todas as dificuldades e incertezas que a mesma criava, levou a que alguma doutrina⁶⁹ e jurisprudência sufragassem posições onde admitiam a “circulação” hipotética dos aspetos a ter em consideração pelos diversos campos da avaliação do concorrente, da avaliação da proposta ou dos aspetos da execução do contrato⁷⁰.

No entanto, apesar de tentados a concordar de *jure condendo*⁷¹, há que reconhecer que o pensamento do legislador expresso no texto das Directivas e na sua transposição para o CCP não a permite adotar. A tendência será, aliás, a de manter a distinção rígida, conforme a própria Comissão, antes da aprovação da Directiva n.º 2014/24, expressamente manifestou⁷². O que irá requerer a procura de critérios que permitam, da forma mais rigorosa possível, distinguir os elementos de qualificação dos concorrentes dos critérios de avaliação de propostas.

68. No sentido (que merece a nossa concordância) de que as qualificações do concorrente singular que diretamente realizará as prestações devem ser consideradas como experiência da equipa e não experiência do concorrente, ANA ROBIN DE ANDRADE E DÉBORA MELO FERNANDES, Acórdão *Ambisig*, *Revista de Contratos Públicos*, p. 98-99.

Acórdão *GAT*, § 57.

69. Ver, entre outros, PHILIP LEE, *Implications*, *Public Procurement Law Review*, 2010, pp. 51 e 55; TOTIS KOTSONIS, *Discriminatory Selection Criteria and the Nature of Award Criteria – applying Lianakis ruling in a utilities context: Commission v. Greece (C-199/07)*, *Public Procurement Law Review*, nr. 3, 2010, p. NA85; SUE ARROWSMITH, *Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*, *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 71 e 80

70. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, 2013, p. 850. Para um exemplo paradigmático do que se afirmou, v. Acórdão *Renco*.

71. Em sentido semelhante, apesar de, aparentemente, mais restritivo, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, 2013, p. 852.

72. Cfr. *Non-paper prepared by the commission services (DG Internal Market) on Cluster 2 (strategic Use of Public Procurement) de 20 de janeiro de 2012*, disponível em <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%205369%202012%20INIT> (consultado em dezembro de 2016); PAULA FAUSTINO, *Award Criteria in the new EU Directive on Public Procurement*, *Public Procurement Law Review*, nr. 3, 2014, p. 130.

4. A distinção entre requisitos de qualificação e critérios de avaliação de propostas à luz do CCP na versão anterior à revisão de 2017

O legislador do CCP optou por consagrar, desde a sua versão originária, uma rígida distinção entre requisitos de qualificação e fatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa. Aliás, contrariamente ao que já era pacificamente aceite na jurisprudência europeia, e diferentemente do consagrado na Directiva n.º 2004/18, o CCP, logo na sua primeira versão de 2008, vedou à entidade adjudicante a faculdade de inclusão, num concurso público, de elementos que se referissem à capacidade do concorrente, o que se aplicava não só aos fatores que densificavam o critério de avaliação mas também às cláusulas do caderno de encargos que estabeleciam aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência.

Em face desta nova configuração do procedimento de concurso público, a delimitação entre os aspetos que demonstram as qualidades do concorrente e os que se referem à qualidade da proposta passa a relevar enquanto elemento distintivo dos referidos procedimentos⁷³ exercendo, ainda, um papel decisivo no ato de escolha do procedimento, bem como no controlo da sua validade e da validade das peças do procedimento.

Com esta medida, o CCP reforçou o propósito das directivas europeias relativas aos contratos públicos de garantir que a avaliação das propostas não é influenciada por aspetos relacionados com o concorrente e/ou por outros aspetos sem qualquer ligação ao teor da proposta, assim se garantindo uma posição de igualdade entre os concorrentes no momento de apresentação das propostas. Este desígnio era, pois, assegurado expressamente pelos artigos 184.º, n.º 2, alínea h) e pelo artigo 187.º, n.º 2 (atual 187.º, n.º 5) do CCP, os quais estabeleciam, respetivamente, que no âmbito do concurso limitado por prévia qualificação devem ser excluídas as candidaturas “que sejam constituídas por documentos destinados à qualificação que contenham qualquer referência indiciadora de algum dos atributos da proposta” e que os “candidatos qualificados passam à fase seguinte em condições de igualdade”⁷⁴.

Todavia, foi na 2ª parte do artigo 75.º, n.º 1 do CCP (que corresponde ao n.º 3 do artigo 75.º do CCP, na redação do DL 111-B/2017) que o legislador materializou a linha de fronteira que garante o isolamento entre aquilo que pertence à proposta e o que se refere ao concorrente. Ao prescrever que os fatores que densificam o critério de avaliação não podem dizer “respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”, o legislador veio delimitar negativamente o âmbito exclusivo da avaliação de propostas, expurgando desta fase, sob pena de invalidade das peças do procedimento e/ou do ato de adjudicação, todo e qualquer elemento que se

73. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO / MARCO REAL MARTINS, Documentos de habilitação, 2010, p. 244.

74. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO / MARCO REAL MARTINS, Documentos de habilitação, 2010, p. 246 e p. 249.

refira às qualidades dos concorrentes.

Aqui chegados, parece óbvio concluir que o CCP optou, desde o seu início, por rejeitar a visão de alguma jurisprudência da União Europeia que admitia a inclusão no processo de avaliação das propostas a ponderação de aspetos relativos ao concorrente, desde que os mesmos influenciassem o modo de execução do contrato e viessem a contribuir para a determinação da proposta economicamente mais vantajosa. Ao invés, o CCP optou pela visão contrária, mais inflexível, impondo uma separação de sentido bidirecional entre as duas operações⁷⁵, não permitindo a consideração de aspetos relativos ao concorrente na fase de avaliação das propostas, nem a apreciação de aspetos relacionados com a proposta na fase de qualificação.

Em face desta posição do legislador nacional, a apreciação da validade do ato de decisão de escolha do procedimento, bem como de aprovação das peças do procedimento, exige que se proceda a uma definição rigorosa dos critérios que permitam traçar com rigor a linha de fronteira entre aquelas duas realidades, o que o CCP procura, a nosso ver com sucesso, empreender.

O ponto de partida é, sem dúvida alguma, o n.º 1 do artigo 75.º do CCP, que na sua versão originária prescrevia que os fatores que densificam o critério da proposta economicamente mais vantajosa abrangiam todos, e *apenas*, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos”. Desde logo, resultava manifesto desta norma não ser lícito incluir no modelo de avaliação de propostas aspetos que não se encontrassem ligados ao contrato ou que não dissessem respeito à execução do contrato a celebrar, algo que constituía uma decorrência lógica da noção de proposta consagrada no n.º 1 do artigo 56.º do CCP.

Resultava também daquele preceito que os fatores de avaliação admissíveis se cingissem a aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência, ou seja, deveriam incidir sobre os atributos da proposta que, conforme a definição do n.º 2 do artigo 56.º do CCP, consistem sempre em elementos ou características que dizem respeito a um aspeto da execução do contrato.

Assim, e por força do n.º 1 do artigo 75.º do CCP, na avaliação de propostas só podiam ser tidos em consideração factos, elementos, características e informações que se reportassem e/ou resultassem dos compromissos quanto ao modo de execução das prestações do contrato a que o concorrente especificamente se vinculava na proposta apresentada.

Do mesmo modo, o CCP não permitia a avaliação de aspetos ou elementos que, ainda que pudessem ter influência no desempenho contratual do concorrente, não respeitassem exclusivamente ao contrato a celebrar e que pudessem valer, também, e de forma genérica, para outros contratos que o concorrente pudesse

75. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO / MARCO REAL MARTINS, Documentos de habilitação, 2010, p. 249.

vir a celebrar no âmbito da sua atividade. Esta ideia vinha reforçada, pela negativa, na 2ª parte do n.º 1 do artigo 75.º CCP (atual n.º 3 do artigo 75.º do CCP, na redação do DL 111-B/2017), ao estabelecer a proibição de se avaliarem qualidades e características que dissessem “respeito, direta ou indiretamente” aos concorrentes”. Este preceito era complementado pela enumeração exemplificativa constante do n.º 1 do artigo 165.º do CCP⁷⁶, onde o legislador indicava aquilo que entendia por situações, qualidades e características relativas ao concorrente que, por estarem ligados à capacidade técnica geral do operador económico e não à proposta, não tinham lugar na fase de avaliação.

O elenco constante das primeiras três alíneas do n.º 1 do artigo 165.º do CCP chamava à colação aspetos que envolvem a experiência, os recursos humanos e tecnológicos utilizados. No entanto, o CCP fazia questão de assinalar que se tratava da experiência *dos candidatos*, dos meios humanos, tecnológicos e equipamentos *dos candidatos*, da organização dos *candidatos*, não se limitando a elencar tais elementos em abstrato. O que parece inculcar a ideia de que para o legislador do CCP os mesmos seriam requisitos de capacidade técnica desde que se refiram aos candidatos (i.e., operadores económicos). Ou seja, o legislador, já na primeira versão do CCP, tinha bem presente que a experiência curricular, os recursos humanos e tecnológicos, os equipamentos ou outros, bem como o modelo e capacidade organizacionais, eram aptos, consoante a realidade que concretamente lhes subjazesse e dos factos a que se referissem, revelar ou a capacidade técnica dos operadores ou a qualidade das propostas⁷⁷.

No caso em que se reportassem aos operadores económicos considerados genericamente, independentemente da proposta ou do contrato a celebrar, os elementos em causa constituíam requisito de capacidade técnica. Por seu turno, já se reputariam fatores que densificavam o critério de avaliação se tivessem subjacente as concretas prestações objeto do contrato e o modo de execução das prestações a que o concorrente se comprometeu na proposta.

Esta análise do n.º 1 do artigo 165.º do CCP permite afirmar, com bastante segurança, que o legislador do CCP, já em 2008, reservou aqueles elementos para a fase da qualificação, mas apenas quando se referissem e estivessem ligadas ao operador económico. Ou seja, na primeira versão do CCP não existia qualquer impedimento à avaliação de aspetos relacionados com a experiência quando estes aludissem ao modo de execução das prestações do contrato.

Reconhece-se que nem sempre será fácil identificar na prática quando é que a experiência e as qualificações a considerar se reportam à empresa ou à proposta.

76. O elenco constante do CCP é exemplificativo, contrariamente ao que parece resultar do artigo 48.º da Directiva n.º 2004/18, cuja redação sugere que os meios de comprovação dos critérios de seleção são taxativos.

77. PHILIP LEE, Implications, *Public Procurement Law Review*, 2010, p. 51, parece expressar esta ideia, ainda que num contexto ligeiramente diferente. Referindo-se ao Acórdão *Beentjes*, salienta que nesta decisão o TJUE se limitou a confirmar que a fase de qualificação e a fase de adjudicação eram fases distintas, o que, no entendimento deste autor, não é o mesmo que dizer que não podem existir critérios semelhantes ou critérios iguais, em ambas as fases, mas aplicados a diferentes factos.

Por isso é tão relevante identificar características que permitem, *in casu*, auxiliar o intérprete nesta tarefa de delimitação de cada um dos âmbitos em apreço – é o que se procurará fazer.

Ora, em primeiro lugar, os requisitos de capacidade técnica pretendem assegurar que o candidato detém a “solvência técnica” necessária e suficiente para, de uma forma geral, cumprir os contratos que celebra no âmbito da sua atividade. Como tal, referem-se, por isso, de uma forma genérica, a toda ou parte da atividade contratual da empresa, existindo independentemente das concretas prestações do contrato a celebrar. Ou seja, os aspetos a considerar são estáticos, reportando-se a realidades já constituídas e consumadas à data de apresentação das propostas, não resultando delas qualquer compromisso do concorrente quanto ao modo como se propõe executar o contrato.

Em suma, o concorrente não possui qualquer controlo ou liberdade de conformação quanto à forma de preenchimento de tal requisito, não tendo capacidade de o alterar ou conformar com a realidade do contrato a celebrar. É o caso, por exemplo, de aspetos como o número de contratos celebrados anteriormente, os níveis de desempenho dos concorrentes em contratos anteriores, a experiência na execução de contratos similares, o tipo e número de trabalhadores pertencentes ao quadro da empresa com determinadas qualificações ou experiência, o modo de organização dos recursos humanos.

Por sua vez, os aspetos que podem constituir fatores de avaliação encontram a sua razão de ser nas concretas prestações do contrato. Como tal, tratam-se de compromissos assumidos pelo concorrente na proposta quanto ao modo de execução de algumas prestações⁷⁸, pelo que a sua relevância só se constitui e materializa no futuro, estando dependente da adjudicação da sua proposta. Contrariamente aos elementos de capacidade técnica, os aspetos que podem ser tidos em conta na fase de avaliação das propostas possuem um caráter dinâmico e elástico, exigindo sempre a intermediação do concorrente na sua concreta conformação e adequação às prestações do contrato a celebrar. Ou seja, a experiência do concorrente já existe e pode ser avaliada em qualquer momento, ao passo que a experiência da equipa técnica só se corporiza depois de o concorrente definir concretamente a equipa a afetar à execução do contrato, variando o seu resultado potencial em função das concretas escolhas dos elementos efetuada pelo concorrente.

Conforme referiu o Advogado Geral OTTO LENZ⁷⁹, no litígio *Evans Medical*, na qualificação analisa-se aquilo que um concorrente, tendo em conta o seu histórico, pode assegurar, ao passo que na fase da avaliação se analisam as consequências

78. Neste sentido JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários ao Anteprojecto de Revisão do Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública*, Agosto 2016, p. 55, disponível em http://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojecto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf

79. Conclusões do Advogado Geral OTTO LENZ, apresentadas em 4 de outubro de 1994, no âmbito do processo C-324/93 (*Evans Medical*) §. 77.

futuras da adjudicação atendendo ao modo de realização da prestação a que um concorrente se comprometeu.

Assim, mesmo tendo por base situações, características ou elementos que já existam ou que o operador económico já possua à data de apresentação da proposta, tais elementos só adquirem relevância por força da manifestação de intenção do concorrente de os afetar à execução do contrato, desse modo se criando a intrínseca ligação à proposta.

É de sublinhar, a este propósito, que a circunstância de se exigir algo que o concorrente, à data da apresentação das propostas, “já terá de ter” não transforma tal aspeto num requisito de capacidade do concorrente, mantendo a sua natureza de obrigação contratual a cujo cumprimento futuro o concorrente se compromete na proposta, pelo que será suscetível de avaliação⁸⁰. Até porque a experiência da equipa é independente e não se confunde, em termos abstratos, com a experiência do concorrente. Basta pensar que a experiência que os elementos da equipa possuem não tem necessariamente de ter sido adquirida na empresa pela qual concorrem. É, aliás, esta circunstância que permite que uma empresa acabada de se constituir e que pretenda entrar num determinado mercado, possa, em teoria, concorrer em igualdade de circunstâncias com outros operadores mais “antigos” e mais experientes – o que está em linha com um dos propósitos de promoção da concorrência e abertura do mercado subjacente ao direito europeu.

Cremos que o elemento perturbador nesta discussão reside na circunstância de estarem em causa aspetos como a experiência e qualificações, os quais, historicamente, sempre estiveram muito ligados à demonstração da capacidade técnica do concorrente e são aptos a aplicar-se a realidades coletivas imateriais. Porém, se, por absurdo, substituíssemos, no raciocínio, a experiência e qualificações dos elementos da equipa por características exclusivamente humanas, como por exemplo, a velocidade, ou o grau de visão, já não se colocariam quaisquer dúvidas de que se estava a avaliar as competências dos elementos da equipa individualmente considerados e não já a empresa. E isto aplica-se mesmo nos casos em que o concorrente é obrigado a possuir nos seus quadros, à data de entrega das propostas, os membros da equipa com as características exigidas pelos documentos do procedimento.

Tudo o que se expôs *supra* leva-nos à conclusão inquestionável de que, desde a primeira versão do CCP e mesmo antes da revisão promovida pelo DL 111-B/2017, a experiência e qualificações da equipa técnica afeta à execução das prestações do contrato, bem como o tipo de equipamentos a utilizar para a

80. Em sentido contrário MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação*, 2013, p. 851. Este autor diferencia as situações em que se exige ao concorrente aquilo que ele já possui à data de apresentação das propostas (e que no seu entendimento só poderia ser exigido como requisito de seleção) daquilo que o adjudicatário só precisa de ter em sede de execução do contrato enquanto obrigação contratual. Confirmando este entendimento, o autor vem qualificar a possibilidade de avaliar a estrutura de recursos humanos de que os concorrentes já dispõem à data de apresentação da proposta como uma novidade da Directiva, o que confirma o seu pensamento anteriormente exposto. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, Primeira análise das novas directivas (parte I), *Revista de Contratos Públicos*, Número 9 (setembro-dezembro 2013), p. 57

execução das prestações do contrato, a capacidade do concorrente para cumprir determinadas prestações concretas do contrato a executar, constituem fatores de densificação do critério de avaliação plenamente admissíveis. O que se tinha de assegurar era que os fatores de avaliação se encontrassem ligados ao objeto do contrato e que se referissem a aspetos cuja exigência fosse adequada e necessária para a determinação, em concreto, da proposta economicamente mais vantajosa.

Naturalmente que existem situações em que se verificará uma coincidência total entre as características e elementos relativos ao concorrente e os aspetos de execução da proposta, como é o caso - a que já fizemos referência - das pessoas singulares e microempresas. No entanto, tal não deverá ser impeditivo da sua qualificação enquanto fator de avaliação, pois a natureza dos elementos em causa não se altera em função do tipo de concorrente que se apresente ou possa potencialmente vir a apresentar no procedimento. O facto de existirem situações potenciais em que a experiência da equipa se confunda com a experiência do concorrente não permite desqualificar o critério enquanto fator que densifica o critério da proposta economicamente mais vantajosa, sendo, por isso, de os admitir em toda a sua linha⁸¹.

Questão semelhante e igualmente relevante passa por analisar se o mesmo critério distintivo se deve aplicar aos aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência do mesmo modo que se aplica aos critérios de avaliação. A questão tem importância prática pois, muitas vezes, ao invés de as entidades adjudicantes consagrarem a experiência e qualificações da equipa técnica como um atributo, impõem que a equipa técnica a indicar na proposta seja composta por elementos com um determinado perfil de qualificações técnicas e experiência, satisfazendo-se a entidade adjudicante com o cumprimento, por parte dos concorrentes, dos mínimos fixados nas peças do procedimento, sem se valorizar concretamente as qualificações e experiência que os excedam.

Trata-se no fundo de uma situação com algumas semelhanças com os requisitos de capacidade técnica, pois também aqui são fixados requisitos mínimos que os concorrentes são obrigados a cumprir. No entanto, as duas situações são totalmente distintas. Na verdade, a definição de um perfil enquanto um aspeto da execução do contrato não submetido à concorrência deverá ter o mesmo tratamento aplicável aos elementos de avaliação de propostas, pois estão em causa, nas duas situações, aspetos de execução do contrato cujo cumprimento o concorrente se compromete a realizar no futuro. E tanto assim é que, aliás, as duas opções podem constituir alternativa entre si, podendo esta última ser adotada, por força da aplicação do princípio da proporcionalidade, quando a avaliação da experiência da equipa (e a obrigatória identificação na proposta) se revele excessiva ou desadequada em face do objeto e dos termos do contrato a celebrar, sendo suficiente para a boa execução do contrato a imposição de perfis genéricos que apenas o adjudicatário terá de preencher enquanto obrigação de execução.

81. Neste sentido, ANA ROBIN DE ANDRADE / DÉBORA MELO FERNANDES, Acórdão *Ambisig*, *Revista dos Contratos Públicos*, pp.98-99.

5. As qualificações e experiência do pessoal afeto à execução do contrato na directiva 2014/24/UE e na revisão do Código dos Contratos Públicos promovida pelo DL 111-B/2017

Em face do que se expôs, dúvidas não restam dúvidas de que a experiência e qualificações do pessoal especificamente afeto à execução do contrato não se reconduzem a quaisquer situações, qualidades e características relativas ao concorrente. A sua consagração no caderno de encargos como um aspeto de execução submetido à concorrência não se encontrava, por isso, vedada pela redação do artigo 75.º do CCP⁸² na sua versão originária até à recente revisão promovida pelo DL 111-B/2017.

Não obstante, e por força da obrigatoriedade de transposição da alínea b), do n.º 2 do artigo 67.º da Directiva 2014/24, veio o legislador, no DL 111-B/2017, aditar ao CCP um novo artigo 75.º, n.º 2.

A alínea b), do n.º 2 do artigo 67.º da Directiva n.º 2014/24 prescreve que “a proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante (...) pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa. Estes critérios podem compreender, por exemplo: (...) b) 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”. Por sua vez, a alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP (alterado pelo DL 111-B/2017), que pretende transpor aquela norma da Directiva, vem estatuir que “Os fatores e os eventuais subfatores podem ser, em função dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante, designadamente os seguintes: (...) (b) 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, designadamente, em contratos de serviços de natureza intelectual, tais como a consultoria ou os serviços de projeto de obras”.

Em linha com a posição que se tem vindo a sufragar neste artigo, o reconhecimento da possibilidade de se avaliar a “organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução”, não transporta em si qualquer novidade em relação ao regime que já resultava da versão do CCP anterior ao DL 111-B/2017. Nessa medida, a nova norma constante da alínea b), do n.º 2 do artigo 75.º do CCP não introduz qualquer inovação e relação ao regime que o CCP originariamente havia consagrado⁸³. No entanto, é de assinalar que, não obstante manter a solução

82. No mesmo sentido, considerando legítimo à luz do CCP que possa ser efetuado um juízo de avaliação sobre os recursos efetivamente comprometidos à execução do contrato, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, 2011, p. 968.

83. No mesmo sentido TERESA ALMEIDA *Revista de Contratos Públicos*, Número 13, Coimbra, 2016, p. 135. Em sentido oposto, considerando que a possibilidade de avaliar a estrutura de recursos humanos de que os concorrentes já dispõem à data de apresentação da proposta é

legal (no sentido da suscetibilidade de se avaliarem as qualificações e experiência da equipa) o legislador parece agora adotar, quanto à natureza de tais elementos, uma perspetiva diferente daquela que assumiu na versão do CCP de 2008. De facto, ao prescrever agora no n.º 3 do artigo 75.º CCP que os fatores (e eventuais subfactores) que densificam o critério de adjudicação não podem dizer respeito a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes “sem prejuízo do disposto na alínea b) do número anterior”, o legislador parece defender que as qualificações e experiência das equipas constituem requisitos de qualificação e que a sua suscetibilidade de avaliação constitui uma exceção à regra geral que proíbe a avaliação de qualidades dos concorrentes⁸⁴.

Ora, pelas razões que foram já largamente aduzidas, tal perspetiva contraria profundamente a visão adotada na primeira versão do CCP, muito antes da Directiva n.º 2014/24 e até do Acórdão *Ambisig*. A experiência e qualificação das equipas técnicas sempre constituíram, à luz do diploma, aspetos da execução do contrato suscetíveis de serem avaliados e nunca uma característica abstrata dos concorrentes⁸⁵. Pelo que a redação do n.º 3 do artigo 75.º do CCP, conferida pelo DL 111-B/2017, servirá apenas para repristinar dúvidas que já deveriam encontrar-se integralmente encerradas, o que representa um injustificado retrocesso no tratamento da questão.

Outro aspeto que merece uma análise mais detalhada são diferenças entre o teor da alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º da Directiva e o n.º 2 do artigo 75.º do CCP que supostamente o transpõe. Uma análise perfunctória das duas normas permite entrever que a redação da alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CCP vai bem mais longe que a letra da alínea b), do n.º 2 do artigo 67.º da Directiva n.º 2014/24, acrescentando um segmento final onde é feita referência aos “contratos de serviços de natureza intelectual, tais como a consultoria ou os serviços de projeto de obras”.

Em face disto, algumas dúvidas se poderão suscitar.

Em primeiro lugar, cumpre indagar se a nova norma do CCP consagra uma habilitação genérica que permita à entidade adjudicante, sempre que estejam em causa procedimentos para a contratação de serviços de natureza intelectual, avaliar as qualidades do pessoal afeto à execução do contrato. Basicamente, há que apurar se a utilização do advérbio “designadamente” visa a exemplificação de tipos de contratos em que a qualificação do pessoal empregue, independentemente do concreto objeto do contrato, teria *sempre* um impacto significativo ao nível da execução, desencadeando automaticamente a previsão da norma.

uma verdadeira novidade da directiva, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Primeira análise*, 2013, p. 57.

84. JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários*, Agosto 2016, p. 55, disponível em http://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTOS/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojecto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf.

85. Neste sentido JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários*, agosto 2016, pp. 19 e 55.

A resposta deverá ser negativa.

Desde logo, tal entendimento não tem o mínimo amparo na Directiva n.º 2014/24, que é a sua fonte direta e não faz qualquer referência, no corpo da norma, àquela categoria de contratos. Depois, tal interpretação implicaria assumir o pressuposto de que em todos os contratos de natureza intelectual e, em especial, nos de consultoria ou nos de projeto de obras, a qualidade do pessoal afeto à execução do contrato teria sempre impacto significativo na sua execução, o que não é verdade. Sendo certo que a execução e a *performance* dos contratos com tais objetos são, por norma, bastante sensíveis à maior ou menor qualidade da equipa, certo é que qualquer juízo sobre a relevância (ou ausência dela) das qualificações da equipa técnica para a execução do contrato dependerá sempre do concreto teor das prestações do contrato. Consoante a configuração das prestações concretamente exigidas, o prestador poderá ter maior ou menor amplitude de conformação técnica do modo de execução do contrato, o que influi na maior ou menor relevância atribuída à composição da equipa e às suas características.

Assim, será certamente menos pertinente conhecer a equipa em contratos cujas prestações sejam maioritariamente estandardizadas e/ou em que as prestações, tal como configuradas pela entidade adjudicante, deixem ao prestador pouca ou nenhuma margem de conformação quanto ao modo de execução do contrato. Semelhante irrelevância verificar-se-á quando a metodologia e o modo de execução das concretas prestações do contrato não sejam aptos a afetar o nível de desempenho do prestador nem o resultado final obtido pela entidade adjudicante.

Parece óbvio que, caso as competências da equipa se repute irrelevantes para o resultado final do serviço, a sua consagração não será adequada, não passando, por isso, o crivo da proporcionalidade. Daí que não seja de aceitar um eventual entendimento em que, por definição, seja sempre admissível avaliar as equipas técnicas propostas em todos e quaisquer contratos de prestação de serviços com caráter intelectual e, dentro desses, nos de consultoria e de projetos de obras. A decisão de incluir tais fatores exige uma análise casuística quanto à sua adequação aos desígnios prosseguidos pela entidade adjudicante com o procedimento.

Em segundo lugar, deve ainda questionar-se se o elenco exemplificativo constante da parte final da alínea b), do n.º 2 do novo artigo 75.º do CCP tem um caráter restritivo, circunscrevendo a norma a contratos de serviços de natureza intelectual ou, no limite, apenas a estes e aos que com eles tenham afinidades e semelhanças.

A questão não é despicienda, e uma resposta eventualmente positiva seria consistente com uma leitura restritiva do teor do Acórdão *Ambisig*⁸⁶ e das

86. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 26 de março de 2015, proferido no âmbito do processo n.º C-601/13 (Acórdão AMBISIG), disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=163248&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=1457426>

conclusões a que chegou o advogado-geral MELCHIOR WATHELET⁸⁷. Esta abordagem restritiva excluiria, desde logo, a aplicação da norma a procedimentos de formação de outros tipos de contratos que não de serviços, como seria o caso dos contratos de empreitada de obras públicas, e/ou que, sendo contratos de prestação de serviços, não tivessem uma natureza predominantemente intelectual.

Parece-nos, todavia, que também esta não será a leitura a subscrever, desde logo pela utilização do advérbio designadamente que indicia uma natureza puramente exemplificativa e não exaustiva do elenco de contratos que ali cabem. Por outro lado, a norma correspondente na Directiva n.º 2014/24 não consagra tal restrição. Finalmente, não existem quaisquer razões jurídicas devidamente sustentadas que habilitassem o legislador a excluir, à partida, a aplicação desta norma a outros contratos sem qualquer afinidade com os contratos de natureza intelectual. Sendo certo que o Acórdão *Ambisig* refere expressamente os serviços de carácter intelectual, tal deve-se tão-só ao facto de a questão objeto do reenvio prejudicial se referir especificamente a esses tipos de serviços (de formação e consultoria)⁸⁸, obrigando o TJUE a balizar a sua resposta pela questão que lhe foi concretamente colocada. Até porque, diga-se em abono da verdade, a “experiência e qualificações” dos membros da equipa são possíveis fatores que densificam o critério de adjudicação e possuem a mesma natureza dos demais fatores expressamente elencados na alínea a) do n.º 1 do artigo 53.º da Directiva n.º 2014/24, não existindo qualquer elemento específico ou diferenciador que pudesse explicar um tratamento diferente.

Acresce, ainda, que do mesmo modo que a qualidade da equipa não tem necessariamente um impacto significativo em todos os contratos de natureza predominantemente intelectual, também não será menos verdade que existem outros tipos de contratos e com objeto diferente onde se justifica avaliar as qualificações das equipas. Será o caso, por exemplo, dos contratos de empreitada⁸⁹, pois, atendendo ao tipo, natureza e complexidade das obras a realizar, pode ser justificável a avaliação da experiência de alguns dos elementos da equipa cuja ação se repute fulcral na organização da obra e no modo como a sua execução se irá desenrolar. Mesmo nos contratos de prestações de serviços sem carácter intelectual, é possível encontrar inúmeros exemplos onde a avaliação das qualificações e experiência da equipa se poderá justificar. Por exemplo, em certos tipos de serviços de segurança que envolvam riscos especiais, anormais, pouco frequentes, pode ser relevante avaliar a experiência do coordenador da equipa de segurança e, até mesmo, dos concretos elementos da mesma. O mesmo se poderá dizer no caso de serviços que envolvam o manuseamento de resíduos

87. Conclusões do Advogado Geral MELCHIOR WATHELET, apresentadas em 18 de dezembro de 2014, proferidas no âmbito do processo n.º 601/13 (Acórdão AMBISIG), disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160950&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=1457426>.

88. Cf. pedido de reenvio prejudicial disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=146756&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=1457426>.

89. Com a mesma opinião, JOÃO AMARAL E ALMEIDA / PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Comentários*, agosto 2016, pp. 19.

perigosos que exijam um determinado conhecimento por quem executa o contrato diretamente, de modo a não criar perigo para terceiros. Ou, finalmente, serviços de limpeza em que o objeto da limpeza exija cuidados especiais, uma especial aptidão ou, ainda, reclame a aplicação de métodos específicos e inovadores.

Em todas as situações descritas, o que releva é que a experiência ou qualificações da equipa possam influenciar diretamente a qualidade da prestação do serviço⁹⁰.

Em abono do entendimento exposto, veja-se, ainda, o Considerando 94 da Directiva n.º 2014/24, que foi certamente a inspiração para a inclusão da parte final do disposto na alínea b), do n.º 2 do artigo 75.º do CCP revisto, e que depõe a favor do entendimento aqui sufragado. Com efeito, a expressão “tal poderá ser o caso, por exemplo” é bem ilustrativa disto mesmo, pois o uso do verbo no futuro indica claramente que a relevância da qualidade da equipa não se aplica a todos os contratos de natureza intelectual e a utilização da expressão “por exemplo” sugere que a admissibilidade de avaliação da experiência das equipas não é um exclusivo, nem se esgota, naquele tipo de contratos⁹¹.

Finalmente, e em reforço da conclusão a que se chegou, há que atentar, ainda, no n.º 1 do artigo 19.º da Directiva n.º 2014/24, que vem expressamente autorizar 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”, abrangendo os “contratos públicos de serviços” e aos “contratos de empreitada de obras públicas”. Não se vislumbra outra utilidade nesta identificação que não a de permitir à entidade adjudicante avaliar os aspetos como as habilitações do pessoal encarregado da execução do contrato. Pelo que se confirma que esta norma permite, à partida, a possibilidade de se avaliar a equipa técnica em quaisquer tipos de contratos, independentemente do seu objeto, incluindo, por isso, contratos de empreitada.

Em suma, o novo artigo 75.º, n.º 2, al. b), ainda que com uma redação diferente da sua correspondente na Directiva n.º 2014/24, em nada amplia ou restringe o âmbito desta, conferindo à entidade adjudicante uma faculdade genérica de recorrer à experiência e qualificações da equipa encarregue da execução do contrato sempre que a qualidade do pessoal tenha um impacto significativo ao nível da execução.

Resta analisar, assim, o pressuposto único de aplicação do artigo, o denominado “impacto significativo ao nível da execução”.

90. Neste sentido, ANA ROBIN DE ANDRADE / DÉBORA MELO FERNANDES, Acórdão AMBISIG; *Revista de Contratos Públicos*, n.º 14, p. 100.

91. Neste sentido, OBdulio TABERA PEREZ, *De los medios humanos y la experiencia como criterio de valoración de ofertas en la contratación pública*, disponível em <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.218/relecategoria.208/relemenu.3/chk.4c66a0e8143716a101936531b7e68603>

Como primeiro comentário há que sublinhar que a norma da Directiva e, consequentemente, a do DL 111-B/2017, são menos restritivas e exigentes do que a que resulta da visão preconizada pelo TJUE no Acórdão *Ambisig* onde se estabeleceu como condição de admissibilidade que a qualidade das equipas fosse um fator decisivo na execução dos contratos⁹². O que, refira-se à margem, constituiria uma exigência acrescida e injustificável, a nosso ver.

Outra questão que se pode colocar passa por apurar se o legislador europeu (e, consequentemente, o nacional), ao exigir o “impacto significativo” visou consagrar pressupostos mais exigentes para a utilização deste fator quando comparado com os demais fatores de avaliação suscetíveis de serem aplicados.

A resposta parece-nos ser negativa.

Conforme referido *supra*, a concreta composição da equipa a afetar à execução de qualquer contrato de prestação de serviços ou de empreitada tem sempre influência no modo como o contrato será executado. Com efeito, cada prestador tem o seu método de trabalho e não existem dois prestadores que executem as mesmas prestações exatamente do mesmo modo, ainda que estas possam até ter um grau elevado de standardização.

A questão é que muitas das vezes as diferenças dos prestadores no modo de execução das prestações são pouco relevantes, em nada influenciando na execução e, consequentemente, no resultado final obtido com o cumprimento do contrato. Será o caso dos serviços em que o modo de execução seja essencialmente standardizado, comum, sem envolver quaisquer particularidades ou especificidades, e que, por isso, as especiais apetências de um determinado prestador não alteram ou influenciam o modo de execução das prestações ou, quando os influenciam, será num grau pouco importante para a entidade adjudicante.

Ora, nos casos em que a maior ou menor experiência ou qualificações da equipa tenha um impacto mínimo, pouco significativo para o resultado que a entidade adjudicante espera obter do contrato, a introdução de tais fatores no modelo de avaliação seria inútil e desadequada, violando-se assim o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da adequação. A norma do n.º 2 do artigo 75.º do CCP vem, assim, exigir às entidades adjudicantes que, aquando da elaboração dos documentos do procedimento, realizem de um juízo de prognose através do qual possam demonstrar objetivamente que o nível de execução do contrato aumentará previsivelmente em função da maior experiência dos elementos que compõem as equipas afetas à execução do contrato. Este raciocínio não deve, no

92. Em sentido oposto, considerando que não existe uma divergência substancial entre a decisão proferida no Acórdão *Ambisig* e a formulação da alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º da Directiva n.º 2014/24, v. ADRIAN BROWN, Evaluation of the Quality and Experience of the Team Assigned to Perform a Public Contract: Case C-601/13 *Ambisig*, *Public Procurement Law Review*, nr. 5, 2015, p.NA 155. No entanto este autor acaba por considerar que as entidades adjudicantes podem ter em consideração as qualificações e experiência individuais, mesmo quando a qualidade da equipa não seja um fator decisivo.

entanto, impressionar demasiado, pois tal juízo de prognose a que se fez referência não é exclusivo deste fator nem o torna um fator cuja inclusão no modelo de avaliação esteja sujeita a condições de admissibilidade mais exigentes. Com efeito, a toda e qualquer decisão sobre os concretos fatores a integrar o modelo de avaliação de propostas se encontra subjacente a necessidade de demonstrar a sua aptidão para contribuir para identificar a proposta economicamente mais vantajosa. Pelo que, todos os fatores que densificam o critério da proposta economicamente mais vantajosa só devem ser incluídos no modelo de avaliação quando aquilo que pretendem avaliar tenha um impacto significativo no modo de execução das propostas que seja relevante para os interesses que a entidade adjudicante visa prosseguir com o procedimento.

Claro que deve ser tido em conta que a avaliação das qualificações e a experiência técnica das equipas exige que o concorrente identifique na sua proposta a equipa técnica, ou alguns elementos da equipa técnica, e apresente os seus *curricula vitae*. O que o obriga a saber já, na data de apresentação da proposta, a concreta composição da equipa afeta à execução do contrato e, nessa medida, a ter com tais elementos um vínculo que assegure que os terá à sua disposição em caso de adjudicação da sua proposta. Ora, esta exigência pode conferir vantagens aos concorrentes com maior capacidade técnica e com mais recursos humanos disponíveis, ao mesmo tempo que pode constituir uma exigência demasiado onerosa para potenciais concorrentes com menos recursos financeiros e humanos. Pode ser difícil a um operador económico incorporar novos colaboradores ou contratar prestadores de serviços, sem ter a certeza de que a sua proposta será adjudicada. Pelo que se exige que a consagração de tal fator de avaliação seja sujeita a um teste de proporcionalidade, obrigando a entidade adjudicante a ponderar, em face do objeto do contrato, do seu montante, do seu prazo, do tipo de prestações, do grau de impacto da experiência no modo de execução destas, entre outras, se tal exigência se afigura adequada e necessária para a identificação da melhor proposta, ou pelo contrário, é desadequada e/ou excessiva.

Pode dar-se o caso de, por exemplo, o interesse público na prestação ficar suficientemente assegurado com a consagração de perfis mínimos abstratos como aspetos da execução do contrato não submetido à concorrência, ficando o concorrente obrigado a “possuir” elementos que cumpram com aquelas características, mas apenas no caso de a sua proposta vir a ser adjudicada.

Assim, a expressão “impacto significativo” limita-se a materializar, na norma em causa, o princípio da proporcionalidade nas suas vertentes de adequação e proibição do excesso e que se encontram necessariamente subjacentes à decisão da entidade adjudicante quanto à definição do critério e dos fatores de avaliação. Não resulta, por isso, da norma do CCP, a necessidade de se efetuarem ponderações adicionais que já não fossem exigidas na versão anterior do CCP. Daí que se discorde que esteja aqui em causa um juízo de proporcionalidade mais restrito ou exigente do que o aplicável a qualquer outro fator de avaliação⁹³.

93. Em sentido contrário, defendendo que a norma constitui uma exceção à regra geral e que, por isso, deve ser aplicada de forma estrita e sujeita a um juízo de proporcionalidade es-

Em conclusão, considerar-se-á existir um impacto significativo para efeitos da norma quando seja previsível que o nível de desempenho do contrato possa variar consoante a maior ou menor experiência e qualificações dos membros da equipa técnica, desde que tal variação seja relevante para os interesses que a entidade adjudicante visa prosseguir com o concreto procedimento. Tal ocorrerá nas situações em que a qualidade da execução seja dependente e esteja especialmente ligada aos recursos concretos que os concorrentes se comprometam a disponibilizar para o efeito, devendo ser objetivamente demonstrável, em face das prestações em causa, que o nível de execução do contrato e o desempenho do prestador melhorará, com grande probabilidade, na medida da maior experiência e/ou qualificações dos elementos da equipa técnica encarregue da prestação, aumentando assim o valor económico da proposta.

trita, v. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *CJEU keeps Lianakis interpretation relevant under Directive 2014/24 (C-641/13)*, disponível em <http://www.howtocrackanut.com/blog/2014/10/cjeu-keeps-lianakis-interpretation.html> (consulta em dezembro de 2016).