
REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

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

14

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



· U



C ·



Contratação pública – preço anormalmente baixo – contrato – critério de adjudicação – aquisição de serviços

Os três acórdãos sob anotação constituem a primeira (direta) concretização, na jurisprudência nacional, do denominado Acórdão *Ambisig*¹, proferido no âmbito de um reenvio prejudicial formulado pelo STA no processo 0840/13, também sobre anotação.

A questão de facto colocada em todos os processos dizia respeito à utilização, em concurso público lançado pela Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém, de um fator densificador do critério de adjudicação (concretamente, da proposta economicamente mais vantajosa) relativo à “avaliação da equipa” que os concorrentes se propunham afetar à execução do contrato concursado, que tinha como objeto a prestação de serviços de formação e consultoria; o mencionado fator teria em conta, como subfatores, a constituição da equipa, a experiência e o currículo dos seus membros.

No Acórdão *Ambisig* – citado em todas as decisões sob anotação e melhor analisado na secção de doutrina e comentário da presente publicação² – o TJUE declara expressamente que a diretiva 2004/18/CE não se opõe ao estabelecimento de “um critério que permita avaliar a qualidade das equipas concretamente propostas pelos concorrentes para a execução desse contrato, critério esse que tem em conta a constituição da equipa assim como a experiência e o currículo dos seus membros”.

Os arestos que se anotam, proferidos um mês após a prolação do Acórdão pelo TJUE, não são particularmente inovadores em relação à decisão do TJUE:

- No proc. 01248/13, decidiu-se que a interpretação do artigo 75.º do CCP deve ser a mesma que a realizada pelo TJUE a propósito do artigo 53.º da Diretiva 2004/18/CE e, portanto, que a avaliação da equipa técnica

¹ Cf. Acórdão do TJUE de 26.03.2015, proc. C-601/13.

² Cf. 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 adjudicação”, *in*: RCP n.º 14.

“não é uma característica, situação ou qualidade do concorrente mas antes tem a ver com a apreciação da concreta proposta sujeita a concurso”;

- No proc. 0835/13, acrescenta-se a citação de doutrina nacional sobre o tema e conclui-se que as competências dos membros da equipa são “um elemento da própria proposta” e que se relaciona diretamente com a execução do contrato – no caso, com a matéria que essas pessoas iriam ensinar – o que tem, de acordo com o aresto, “reflexos na valia da proposta, independentemente de quem a oferece”, reforçando-se que este tipo de avaliação não põe, por isso, em causa o princípio da objetividade das propostas;
- Por fim, no proc. 0840/13 – em que foi suscitado o reenvio prejudicial – o Tribunal remete para o Acórdão do TJUE e também para o tirado pelo STA no proc. 0835/13, concluindo pela conformidade dos fatores e subfatores de adjudicação adotados no concurso.

Estes Acórdãos do nosso STA tornam absolutamente claro que as entidades adjudicantes podem, na densificação do critério da proposta economicamente mais vantajosa, utilizar fatores que tenham em vista a avaliação dos meios humanos que serão concretamente usados para a execução de um contrato público, nos casos em que essa avaliação seja determinante da qualidade da execução do contrato público a concurso. E isso é particularmente importante já que alguma jurisprudência nacional – como foi o caso das decisões de primeira instância dos Acórdãos anotados – se mostrava restritiva daquela possibilidade, fundamentando tal entendimento numa interpretação estrita do Acórdão *Lianakis*³.

Aliás, de acordo com o Acórdão de reenvio prejudicial (de 24.10.2013), o STA entendia haver contradição entre a jurisprudência fixada no Acórdão *Lianakis* e a (então) proposta de diretiva para os contratos públicos, no que diz respeito à possibilidade de estabelecer um critério que considerasse a aptidão dos operadores económicos.

É nesse contexto – de pouca clareza na leitura da jurisprudência europeia (com reflexos na jurisprudência nacional) – que as decisões sob anotação devem ser analisadas, nomeadamente no que diz respeito à distinção que traçam entre a avaliação de elementos dos concorrentes – que não é admitida

– e a avaliação dos meios humanos que os concorrentes se propõe utilizar na execução do contrato – que é considerada conforme o artigo 75.º, n.º 1 do CCP.

É importante notar que a avaliação dos meios humanos não é, apesar de tudo, absolutamente livre para as entidades adjudicantes; com efeito, e tal como surge melhor explicitado no Acórdão tirado no proc. 0835/13, é necessário que a composição dos meios humanos seja *relevante* para o tipo de prestações contratuais a executar em caso de adjudicação. A este propósito deve salientar-se a redação da alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º da nova diretiva sobre contratos públicos – Diretiva 2014/24/CE – que, admitindo, a título exemplificativo de possíveis critérios qualitativos de adjudicação, a “organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato”, condiciona a sua utilização à verificação de um requisito de *impacto significativo no nível de execução do contrato*. Portanto – e apropriando-nos de algo que resulta claramente do Acórdão *Ambisig* – parece ser necessário que a qualidade da execução do contrato dependa, *de modo significativo*, do valor profissional das pessoas que venham a ser encarregadas de o executar, podendo, então e nesses casos, avaliar-se a sua experiência e formação profissionais.

A exigência desta especial ligação dos critérios de adjudicação com o objeto do contrato é reforçada no considerando 97 da nova diretiva que explicita como tal requisito “exclui os critérios e condições relativos à política empresarial geral [dos concorrentes]”, concretizando ainda que, por essa razão, “as autoridades adjudicantes não deverão poder exigir aos proponentes que possuam determinadas políticas de responsabilidade social ou ambiental”. Mais uma evidência – como se fosse necessário – que a avaliação de características dos concorrentes não tem lugar na contratação pública.

Num outro segmento relacionado com o tema da qualidade do pessoal, a nova diretiva relembra – em mais um dos seus considerandos – que a avaliação dessa qualidade na fase pré-contratual tem projeção na fase de execução, devendo as entidades adjudicantes “assegurar, através dos meios adequados previstos nos contratos que o pessoal encarregado da execução do contrato cumpria efetivamente as normas de qualidade especificados e só possa ser substituído com o consentimento da autoridade adjudicante, que verificará se a substituição do pessoal proporciona um nível de qualidade equivalente” (cf. considerando 94)⁴.

⁴ A este propósito, Ana ROBIN DE ANDRADE e Débora MELO FERNANDES consideram que um bom teste para a aferição concreta da admissibilidade da avaliação da experiência da

³ Cf. Acórdão do TJUE de 24.01.2008 proc. C-523/06

Voltando ao plano das normas, há mais uma referência na nova diretiva ao pessoal encarregue da execução do contrato no § 2.º do n.º 1 do artigo 19.º, preceito onde se admite 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”. Constituinte mais uma norma inequívoca no sentido da admissibilidade da análise do pessoal encarregue da execução do contrato, a menção à possibilidade de serem exigidos os nomes do pessoal encarregue da execução do contrato suscita alguma perplexidade.

De facto, nos casos de concursos sem fase de qualificação a exigência da apresentação do nome das pessoas – e não só de aspetos das suas qualificações – deverá exigir dos operadores económicos que, ainda na fase de elaboração das propostas, assegurem algum nível de vinculação desses profissionais com a sua proposta. Ora, essa possível exigência das entidades adjudicantes significará que, para a execução de certos contratos (em que o universo de possíveis executantes é muito restrito ou auferire retribuições muito elevadas) os operadores económicos poderão ter custos elevados para efeito de apresentação de uma proposta (*rectius*, de uma proposta qualitativamente competitiva), antes sequer de terem qualquer expectativa de adjudicação, circunstância que tem a virtualidade de limitar, de forma substancial e porventura – depende de cada caso concreto – desproporcionada, o mercado com capacidade para participar no concreto procedimento de contratação assim condicionando o seu resultado.

PEDRO MATIAS PEREIRA

equipa técnica poderá ser a análise das consequências dessa substituição no valor do contrato – cf., *idem*, julgamos que se tratará, mais exatamente, de analisar as consequências no valor económico da prestação contratual a cargo do cocontratante, o que teria reflexos no valor económico da proposta (é o que parece resultar, aliás, das Conclusões do Advogado Geral no processo que culminou na prolação do Acórdão *Ambisig*).

ACÓRDÃO TCAS – 14/05/2015, P. 11910/15

Acordos-quadro – fase de negociação – exclusão de propostas

No seu Acórdão de 14.05.2015, proferido no processo n.º 11910/15, o Tribunal Central Administrativo (“TCA”) Sul foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se, no âmbito de um procedimento pré-contratual com fase de negociação promovido ao abrigo de um acordo-quadro, deveriam ou não ser excluídas propostas cujas versões iniciais apresentassem preços superiores aos permitidos pelo caderno de encargos desse mesmo acordo-quadro.

Em termos sucintos, estava em causa um procedimento lançado pelo Instituto Nacional de Estatística, IP (“INE”) para a aquisição de serviço móvel de voz e dados, no qual o júri convidou para a fase de negociações, entre outros, um concorrente cujo preço unitário proposto para “SMS roaming enviada a partir de um país pertencente à Zona 3” excedia o preço máximo previsto nas peças do antecedente acordo-quadro, aprovadas pela ESPAP. Nessa fase – na qual o fator “preço” era o único atributo sujeito a negociação –, o mesmo concorrente alterou a proposta inicialmente apresentada e propôs um novo preço de tal modo vantajoso que a proposta acabou por ser adjudicada pelo INE.

A decisão de adjudicação veio a ser impugnada por outro concorrente, argumentando que a proposta vencedora deveria ter sido liminarmente excluída do procedimento por violar um aspeto imperativo definido nas peças do acordo-quadro, não podendo o respetivo proponente ter sido convidado para a fase de negociações. A necessidade de exclusão da proposta resultaria, em especial, do disposto no n.º 5 do artigo 146.º e no n.º 2 do artigo 149.º do Código dos Contratos Públicos (“CCP”), nos quais se alude a uma fase de negociação “aberta a todos os concorrentes cujas propostas não sejam excluídas”. Por esse motivo, no entender do impugnante, a decisão de adjudicação seria ilegal e deveria ser anulada.

Foi outro, no entanto, o entendimento seguido pelo Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, primeiro, e pelo TCA Sul, depois. Este último, julgando o recurso interposto da sentença proferida em primeira instância, confirmou a inexistência de ilegalidades na decisão de adjudicação proferida pelo INE.

A posição adotada no Acórdão de 14.05.2015 ancora-se, essencialmente, no disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 118.º do CCP, que apenas vedam ao júri