

Processo C-54/21

**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1,
do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça**

Data de entrada:

29 de janeiro de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Krajowa Izba Odwoławcza (Secção Nacional de Recurso, Polónia)

Data da decisão de reenvio:

22 de dezembro de 2020

Recorrentes:

ANTEA POLSKA S.A.

«Pectore-Eco» sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy

Parte contrária:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Outras partes no processo:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań
Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Objeto do processo principal

Recurso no âmbito de um procedimento de contratação pública para o «desenvolvimento dos projetos da II.^a atualização dos planos de gestão da bacia hidrográfica (II aPGW), incluindo as metodologias», relativo aos atos praticados ou omitidos pela entidade adjudicante, a Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa pública de gestão das águas polacas, Polónia), no decurso do processo em causa.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

A questão em causa comporta duas séries de questões, a primeira relativa à reserva de informação pelos operadores económicos como sendo segredo comercial, e a segunda relativa à fixação pela entidade adjudicante de critérios de avaliação diferentes do preço das propostas e do seu modo de avaliação.

O pedido foi apresentado nos termos do artigo 267.º TFUE.

Questões prejudiciais

Primeira questão: Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (a seguir «Diretiva 2014/24/UE»), da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, permitem uma interpretação do artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva (UE) 2016/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais (a seguir «Diretiva 2016/943»), em especial das expressões nele contidas «na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, não serem geralmente conhecidas [...] ou não serem facilmente acessíveis» e «terem valor comercial pelo facto de serem secretas» e da indicação de que «a autoridade adjudicante não pode divulgar as informações que lhe tenham sido comunicadas a título confidencial pelos operadores económicos», em resultado da qual um operador económico pode reservar como segredo comercial qualquer informação com o fundamento de que não deseja revelar essa informação aos seus concorrentes?

Segunda questão: Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, permitem uma interpretação do artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943, em resultado da qual os operadores económicos que concorrem a um contrato público podem reservar os documentos indicados nos artigos 59.º e 60.º da Diretiva 2014/24/UE e no anexo XII à

Diretiva 2014/24/UE, no todo ou em parte, como segredo comercial, nomeadamente no que respeita à lista de experiências, referências, à lista de pessoas propostas para a execução do contrato e respetivas qualificações profissionais, nomes e capacidades das entidades cujo potencial seja invocado ou dos subcontratantes, caso esses documentos sejam exigidos para comprovar o cumprimento das condições de participação no processo, ou para apreciação segundo os critérios de avaliação da proposta, ou para efeitos da declaração da conformidade da proposta com outros requisitos da entidade adjudicante contidos na documentação do processo (anúncio de concurso, caderno de encargos)?

Terceira questão: Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, em conjugação com o artigo 58.º, n.º 1, o artigo 63.º, n.º 1 e o artigo 67.º, n.º 2, da alínea b), da Diretiva 2014/24/UE, permitem à entidade adjudicante aceitar simultaneamente a declaração do operador económico de que dispõe dos recursos humanos exigidos ou por si declarados, das entidades com cujos recursos pretende contar ou dos subcontratantes, que, por força das disposições legais, deve demonstrar à entidade adjudicante, e a declaração de que a simples comunicação aos operadores económicos concorrentes dos dados relativos a essas pessoas ou entidades (nome, apelido, experiência, qualificações) pode resultar na sua «aquisição» por esses contratantes, tornando necessário que essa informação seja abrangida pelo segredo comercial? Nestas condições, pode considerar-se que uma ligação tão ténue entre o operador económico e essas pessoas e entidades constitui a prova de que dispõe desses recursos e, em especial, permite a atribuição de pontos adicionais ao operador económico ao abrigo dos critérios de avaliação das propostas?

Quarta questão: Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, permitem uma interpretação do artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943, em resultado da qual os operadores económicos que concorrem a um contrato público podem reservar, enquanto segredos comerciais, os documentos exigidos para verificar a conformidade da proposta com o caderno de encargos (incluindo a descrição do objeto do contrato) ou para efeitos de apreciação de uma proposta com base nos critérios de avaliação das propostas, em especial quando esses documentos digam respeito ao cumprimento dos critérios estabelecidos pela entidade adjudicante incluídos no caderno de encargos, nas disposições de direito ou noutros documentos amplamente disponíveis ou acessíveis aos interessados, e sobretudo se essa avaliação não for feita segundo modelos objetivamente comparáveis, ou segundo indicadores mensuráveis e matematicamente ou fisicamente comparáveis, mas segundo a avaliação individual da entidade adjudicante? Consequentemente, podem o artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e o artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943, ser interpretados no sentido de que a declaração feita por um determinado operador económico no âmbito de uma proposta de execução de um determinado objeto de contrato, segundo as indicações da entidade adjudicante constantes do caderno de

encargos, por ela controladas e apreciadas à luz da conformidade com esses requisitos, se pode considerar um segredo comercial, mesmo que caiba ao operador económico escolher os métodos que permitem alcançar o resultado exigido pela entidade adjudicante (objeto do contrato)?

Quinta questão: Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, em conjugação com o artigo 67.º, n.º 4.º da Diretiva 2014/24/UE, que estabelece que os critérios de adjudicação não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, devem assegurar a possibilidade de concorrência efetiva e permitir verificar efetivamente a informação fornecida pelos proponentes, a fim de avaliar até que ponto cumprem os critérios de adjudicação, permitem à entidade adjudicante estabelecer um determinado critério de avaliação das propostas, nomeadamente um critério analisado segundo a apreciação individual da entidade adjudicante, mesmo que logo no momento em que é fixado esse critério seja evidente que a parte da proposta a ele relativa abrange um segredo comercial, algo a que a autoridade adjudicante não se opõe, pelo que os operadores económicos em concurso, não podendo verificar as propostas dos concorrentes e compará-las com as suas, podem ficar com a impressão que a autoridade adjudicante tem uma discricionariedade ilimitada para apreciar e verificar as propostas?

Sexta questão: Os princípios expressos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE, da igualdade de tratamento e da não-discriminação dos operadores económicos, e o princípio da transparência, em conjugação com o artigo 67.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, que estabelece que os critérios de adjudicação não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, devem assegurar a possibilidade de concorrência efetiva e permitir verificar efetivamente a informação fornecida pelos proponentes, a fim de avaliar até que ponto cumprem os critérios de adjudicação, podem ser interpretados no sentido de que permitem à entidade adjudicante estabelecer determinado critério de avaliação das propostas, como no processo em apreço, o critério do «conceito de desenvolvimento» e da «descrição do modo de execução do contrato»?

Sétima questão: Deve o artigo 1.º, pontos 1 e 3, da Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que altera as Diretivas do Conselho 89/665/CEE e 92/13/CEE no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos (a seguir «Diretiva recursos»), que obriga os Estados-Membros a garantir aos operadores económicos a possibilidade de interpor recurso efetivo das decisões tomadas pelas entidades adjudicantes e o acesso aos processos de recurso a entidades que têm interesse em obter determinado contrato e que sofreram ou podem sofrer um prejuízo em resultado de uma alegada violação, ser também entendido no sentido de que a declaração pela autoridade adjudicante de que os documentos reservados pelos operadores económicos em determinado procedimento não constituem um

segredo comercial, o que tem por efeito que a mesma ordene a sua divulgação e a sua disponibilização aos concorrentes dos operadores económicos, caso esse efeito não resulte diretamente das disposições legislativas, tem por consequência que a autoridade adjudicante tem obrigação de adotar uma decisão cujo conteúdo permita ao operador económico interpor novo recurso, no âmbito resultante desses documentos de que inicialmente não teve conhecimento, razão pela qual não pôde eficazmente beneficiar de uma tutela jurisdicional efetiva, quanto a um ato não suscetível de recurso, tendo em conta o termo do prazo para a sua interposição, por exemplo, por via da anulação dos atos de apreciação e avaliação das propostas a que dizem respeito os documentos em causa, reservados como segredo comercial?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2014/24/UE: artigo 18.º, n.º 1, artigo 21.º, n.º 1, artigo 55.º, n.ºs 2 e 3, artigo 56.º, n.ºs 1 e 2, artigo 58.º, n.º 4, artigo 59.º, artigo 60.º, n.º 1, artigo 63.º, n.º 1, artigo 67.º, artigo 71.º, n.º 2.

Diretiva 2016/943: artigo 2.º, ponto 1.

Diretiva 2007/66: artigo 1.º, pontos 1 e 3.

Disposições de direito nacional invocadas

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Lei de 29 de janeiro de 2004, relativa aos Contratos Públicos] (Dz. U. 2004, n.º 19, posição 177)

Artigo 7.º

A entidade adjudicante deve preparar e conduzir o procedimento de contratação de modo a garantir a concorrência leal e a igualdade de tratamento dos operadores económicos, em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da transparência.

Artigo 8.º

1. O procedimento de contratação é público.
2. A entidade adjudicante só pode limitar o acesso a informação relativa ao procedimento de contratação nos casos previstos na lei.
 - 2a. A entidade adjudicante pode determinar, no caderno de encargos, as exigências relativas à manutenção do carácter confidencial das informações comunicadas pelo operador económico durante o processo.

3. As informações que constituem segredos comerciais na aceção da legislação relativa à concorrência desleal não são divulgadas se o operador económico, o mais tardar no prazo de apresentação das propostas ou do pedido de participação no processo, tiver precisado que não podem ser disponibilizadas, e tiver demonstrado que as informações reservadas constituem segredos comerciais. O operador económico não pode reservar a informação a que se refere o artigo 86.º, n.º 4. Esta disposição aplica-se *mutatis mutandis* aos concursos.

Artigo 36b.º, n.º 1

A entidade adjudicante pede ao operador económico que indique a parte do contrato que tenciona adjudicar a subcontratantes e a que empresas subcontratadas.

Artigo 91.º

1. A entidade adjudicante seleciona a proposta mais vantajosa com base nos critérios de avaliação das propostas definidos no caderno de encargos.

2. Os critérios de avaliação das propostas são o preço e o custo ou o preço e o custo e outros critérios relativos ao objeto do contrato, nomeadamente:

1) a qualidade, incluindo parâmetros técnicos, características estéticas e funcionais;

2) aspetos sociais, incluindo a integração profissional e social das pessoas referidas no artigo 22.º, n.º 2, acesso a pessoas com deficiência ou a tomada em consideração das necessidades dos utilizadores;

3) aspetos ambientais, incluindo a eficiência energética do objeto do contrato;

4) aspetos de inovação;

5) organização, qualificações profissionais e experiência das pessoas encarregadas da execução do contrato, sempre que possam ter um impacto significativo na qualidade da execução do contrato;

6) serviço e assistência técnica pós-venda e condições de entrega, tais como o prazo e o modo de entrega e o tempo até à entrega ou a execução.

[...]

2d. A entidade adjudicante define os critérios de avaliação das propostas de forma inequívoca e inteligível, permitindo verificar as informações fornecidas pelos operadores económicos.

[...]

Artigo 96.º

1. No decurso do procedimento de contratação, a entidade adjudicante deve elaborar um relatório que inclua, pelo menos: [...]

5) o nome próprio e apelido ou a firma do operador económico cuja proposta tenha sido escolhida como a mais vantajosa, e as razões da escolha da sua proposta, bem como, quando for conhecida, a indicação da parte do contrato ou do contrato-quadro que este tenciona subcontratar a terceiros e, na medida em que disso haja conhecimento nesse momento, os nomes próprios e apelidos ou as firmas dos eventuais subcontratantes; [...]

7) se for caso disso, o resultado da análise das causas de exclusão, a avaliação do cumprimento das condições de participação no processo ou dos critérios de seleção, incluindo:

a) o nome e apelido ou firma dos operadores económicos que não estão excluídos, que demonstraram que preenchem as condições de participação no processo ou os critérios de seleção e as razões da sua escolha;

b) o nome e apelido ou firma dos operadores económicos que estão excluídos, não demonstraram que preenchem as condições de participação no processo ou critérios de seleção e as razões pelas quais não foram convidados a participar no processo;

8) os motivos de rejeição das propostas; [...]

2. A proposta, o parecer de peritos, as declarações, a informação reunida na reunião referida no artigo 38.º, n.º 3, as notificações, os pedidos, os outros documentos e informações apresentados pela entidade adjudicante e os operadores económicos e o contrato público constituem anexos do relatório.

3. O relatório e seus anexos são públicos. Os anexos do relatório serão disponibilizados após ter sido selecionada a proposta economicamente mais vantajosa ou quando da anulação do processo, sendo que as propostas são disponibilizadas desde a sua abertura, as propostas preliminares a partir do dia do convite à apresentação de propostas e os pedidos de participação no processo a contar da data de notificação dos resultados da avaliação do cumprimento das condições de participação no processo.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Lei de 16 de abril de 1993, relativa à concorrência desleal] (Dz.U. de 2020, posição 1913)

Artigo 11.º, n.º 2

Entende-se por segredo comercial a informação técnica, tecnológica, organizacional de uma empresa ou outras informações com valor económico que, no seu conjunto ou numa parte específica dos seus elementos não sejam geralmente do conhecimento das pessoas que normalmente se ocupam deste tipo

de informações ou não sejam facilmente acessíveis a essas pessoas, desde que a pessoa habilitada a utilizar a informação ou a geri-la tenha tomado medidas, com a devida diligência, para as manter confidenciais.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia [Regulamento do Ministro do Desenvolvimento de 26 de julho de 2016 relativo aos tipos de documentos que a entidade adjudicante pode solicitar a um operador económico no âmbito de um procedimento de contratação (Dz.U. de 2020, posição 1282)

§.º 2, n.º 4

Para certificar que um operador económico preenche as condições de participação no processo ou reúne os critérios de seleção relativos à capacidade técnica ou profissional, a entidade adjudicante pode solicitar os seguintes documentos:

- 1) [...]
- 2) a lista dos fornecimentos ou dos serviços efetuados e, relativamente às prestações periódicas ou continuadas igualmente efetuadas, nos três últimos anos antes do termo do prazo de apresentação das propostas ou dos pedidos de participação no processo e, se a duração da atividade for mais curta, durante esse período, com indicação do valor, objeto, datas de execução e entidades a quem foram feitos fornecimentos ou prestados serviços, bem como a inclusão de documentos comprovativos de que esses fornecimentos ou prestações foram ou são devidamente prestados, sendo que se as provas referidas forem referências, bem como outros documentos apresentados pela entidade à qual foram realizados os fornecimentos ou prestados os serviços e, no que diz respeito às prestações periódicas ou continuadas, à qual o são, uma declaração do operador económico, no caso de, por um motivo justificado de carácter objetivo, não poder obter esses documentos; no caso de prestações temporárias ou continuadas ainda efetuadas, as referências ou outros documentos justificativos devem ser emitidos, no máximo, três meses antes do termo do prazo para a apresentação das propostas ou dos pedidos de participação no processo;
- 3) a lista das ferramentas, equipamentos da instalação ou equipamentos técnicos de que o operador económico dispõe para a execução do contrato público, incluindo informações sobre o fundamento da disponibilização desses recursos;
- 4) a descrição dos equipamentos técnicos e dos meios organizacionais e técnicos utilizados pelo operador económico para assegurar a qualidade e a descrição dos meios de estudo e de investigação detidos pelo operador económico ou postos à sua disposição;

5) a lista dos sistemas de gestão e rastreabilidade da cadeia de abastecimento que o operador económico poderá utilizar aquando da execução do contrato público; [...]

10) a lista das pessoas designadas pelo operador económico para a execução do contrato público, nomeadamente as encarregadas da prestação de serviços, do controlo da qualidade ou da direção da empreitada, juntamente com informações sobre as suas qualificações profissionais, competências, experiência e formação necessárias à execução do contrato público, bem como o âmbito da sua atividade e informação sobre o fundamento da disponibilização dessas pessoas.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O litígio no presente processo diz respeito ao procedimento de contratação pública, anunciado pelo Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Empresa pública de gestão das águas polacas, Polónia), relativo ao «desenvolvimento do projeto da II.^a atualização dos planos de gestão de bacia hidrográfica (II aPGW), incluindo as metodologias», organizado mediante concurso aberto. O anúncio de concurso foi publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* com a referência 2019/S 245-603343.
- 2 Os planos de gestão de bacias hidrográficas fazem parte dos documentos essenciais de planeamento cuja elaboração e atualização é exigida pelas disposições da Diretiva-Quadro da Água (Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000, que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água, JO 2000, L 327, p. 1), e da ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne [Lei de 20 de julho de 2017, relativa à água] (Dz. U. de 2018, posição 2268, conforme alterada). Estes documentos constituem o fundamento das decisões que definem o estado e a gestão dos recursos hídricos no futuro. Visam coordenar as atividades relativas ao estado das águas e aos ecossistemas, aos recursos hídricos, à utilização da água, às substâncias aplicadas na água ou solo suscetíveis de ter um impacto negativo na água, à proteção contra inundações e ao combate dos efeitos da seca. O contrato tem por objeto a atualização cíclica destes planos e devia ser implementado em quatro etapas: etapa I: Desenvolvimento dos projetos da II.^a aPGW, incluindo as metodologias; etapa II: Consulta pública sobre os projetos da II.^a aPGW e a realização de uma avaliação de impacto ambiental estratégica; etapa III: Desenvolvimento de projetos de gestão da II.^a aPGW; etapa IV: Elaboração de um relatório para a Comissão Europeia e gestão da base de dados da II.^a aPGW.
- 3 No caderno de encargos, a entidade adjudicante indicou que a experiência mínima devia ser provada pelo operador económico candidato à adjudicação e especificou a equipa exigida para a execução do contrato, indicando aí a experiência, formação e qualificações mínimas dos seus membros. A entidade adjudicante recordou igualmente que um operador económico que utiliza recursos de outras entidades deve provar que disporá dos meios necessários para a execução do

contrato, nomeadamente através da apresentação do compromisso dessas entidades de pôr à sua disposição as pessoas necessárias à execução do contrato. Os operadores económicos foram obrigados a apresentar documentos padrão nos procedimentos de contratação pública: Documento Europeu Único de Contratação Pública, listas de contratos executados com referências, pessoas designadas para a execução do contrato, entidades que põem recursos à disposição do operador económico. Nos termos da exigência decorrente do artigo 36b.º, n.º 1, da ustawa Prawo zamówień publicznych, a entidade adjudicante pediu ao operador económico que indicasse se para executar o contrato contaria com a participação de subcontratantes, e que referisse a empresa (nome) do subcontratante e a parte do contrato que lhe seria adjudicada. No formulário de proposta deviam ser indicados os documentos que podem ser obtidos em bases de dados gratuitas e acessíveis ao público (nome e endereço da página na Internet).

- 4 No âmbito do processo de adjudicação apresentaram propostas: 1. os operadores económicos concorrendo conjuntamente à adjudicação do contrato: ANTEA POLSKA Spółka akcyjna (sociedade anónima), com sede em Katowice, «Pectore-Eco» Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (sociedade de responsabilidade limitada), com sede em Gliwice e o Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie (Instituto de Proteção Ambiental – Instituto Público de Investigação), com sede em Varsóvia (a seguir «recorrentes»); 2. ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (sociedade de responsabilidade limitada), com sede em Varsóvia (a seguir «Arup»); 3. CDM Smithska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sociedade de responsabilidade limitada, com sede em Varsóvia (a seguir «CDM»); 4. os operadores económicos concorrendo conjuntamente à adjudicação do contrato: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (sociedade de responsabilidade limitada), com sede em Varsóvia, ARCADIS, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (sociedade de responsabilidade limitada), com sede em Varsóvia, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych (sociedade de responsabilidade limitada, Centro de Estudo e Investigação Hidrogeológica e Geofísica), com sede em Varsóvia (a seguir «Multiconsult»).
- 5 As propostas foram avaliadas segundo os critérios de adjudicação (dois critérios de qualidade — «conceito de desenvolvimento», valor: 42 ou «descrição do modo de execução do contrato», valor: 18; critério do preço – valor: 40).
- 6 Segundo o critério «Conceito de desenvolvimento», a proposta devia descrever os modos de execução do contrato:
 1. abordagem metodológica para desenvolver um conjunto de medidas (em relação a determinadas medidas, a forma de: avaliar a eficácia e a viabilidade, a fim de alcançar os objetivos ambientais de cada massa de água, efetuar uma análise custo-eficácia, determinar os efeitos socioeconómicos nas massas de água situadas a jusante/montante identificar os custos de implementação e as fontes de financiamento tendo em conta os recursos nacionais e europeus, realizar um

balanço climático dos programas, determinar os efeitos socioeconómicos da implementação, estabelecer prioridades nas medidas, determinar potenciais sinergias resultantes da existência de outros documentos de planeamento, avaliar se o conjunto de medidas propostas para determinada massa de água permite a realização dos objetivos ambientais, tendo em consideração a implementação das medidas planeadas para as massas de água vizinhas).

2. abordagem metodológica para identificar as medidas de conservação da continuidade morfológica no contexto dos objetivos ambientais previstos para as massas de água superficiais, incluindo a forma de analisar/avaliar o funcionamento das instalações existentes de migração dos peixes (incluindo a abordagem metodológica para identificar as estruturas que constituam um obstáculo à migração, determinar se as estruturas identificadas estão equipadas com instalações que permitam a migração dos peixes, avaliar o funcionamento das instalações existentes no contexto da realização dos objetivos ambientais, identificação das medidas nesse âmbito);
 3. conceito para identificação das derrogações à realização dos objetivos ambientais juntamente com a sua fundamentação;
 4. abordagem quanto à representação no mapa da situação das massas de água superficiais e das massas de água subterrâneas de modo a que possa ser localizada a utilização pontual das águas relativa, pelo menos, às localidades mencionadas no ponto 28, alínea r), da etapa IV da descrição do objeto do contrato.
- 7 Em contrapartida, segundo o critério «Descrição do modo de execução do contrato», a proposta devia conter:
1. uma descrição dos riscos potenciais para a boa execução das diferentes tarefas em cada fase do contrato, as modalidades de prevenção e de combate desses riscos, sob a forma de um registo dos riscos, com uma estimativa da probabilidade de ocorrerem e do nível de risco,
 2. a estrutura organizacional do conjunto: papéis, âmbito da responsabilidade em relação às competências materiais declaradas; fluxo de informação,
 3. as propostas de valores adicionadas, não incluídas na descrição pormenorizada do objeto do contrato, que tenham impacto na qualidade e na execução do objeto do contrato.
- 8 Os subcritérios no âmbito dos critérios eram avaliados segundo tabelas com avaliações descritivas correspondentes a um certo número de pontos. As avaliações descritivas indicavam se as exigências da documentação do concurso tinham sido cumpridas, se tinham sido cometidos erros substanciais, se todos os elementos do subcritério tinham sido descritos, quantos desses critérios tinham sido descritos de forma clara e completa, e quantas das soluções propostas para determinado subcritério eram ótimas e garantiam um nível elevado de qualidade e

fiabilidade dos trabalhos, e quantos valores acrescentados figuravam na descrição, não estando incluídos na descrição detalhada do objeto do contrato, com impacto na qualidade e na execução do objeto do contrato.

- 9 As propostas obtiveram a seguinte pontuação:
1. CDM – preço (21.517.620 PLN): 33,61 pontos, conceito de desenvolvimento: 29 pontos, descrição do modo de execução do contrato: 12 pontos, total: 74,61 pontos (proposta mais vantajosa),
 2. Recorrentes – preço (18.081.000 PLN): 40 pontos, conceito de desenvolvimento: 7 pontos, descrição do modo de execução do contrato: 15 pontos, total: 62 pontos,
 3. Multiconsult – preço (20.662.770 PLN): 35 pontos, conceito de desenvolvimento: 14 pontos, descrição do modo de execução do contrato: 9 pontos, total: 58 pontos,
 4. Arup – preço (18.240.900 PLN): 39,65 pontos, conceito de desenvolvimento: 9 pontos, descrição do modo de execução do contrato: 6 pontos, total: 54,65 pontos.
- 10 Os recorrentes interpuseram recurso junto do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (Presidente da Secção de Recurso Nacional) a fim de obter a anulação da escolha da proposta do operador económico CDM, uma nova análise e avaliação das propostas, juntamente com a divulgação e a disponibilização dos documentos e informações reservados como segredos comerciais pela CDM, pela Multiconsult e pela Arup, no âmbito dos critérios «conceito de desenvolvimento» e «descrição do modo de execução do contrato», e dos documentos e informações reservados pela CDM (lista de serviços, lista de pessoas, referências, pontos 5 e 13 do formulário da proposta), a alteração da pontuação em benefício dos recorrentes e em detrimento da CDM, a disponibilização da fundamentação factual do número de pontos atribuídos à CDM, à Multiconsult e à Arup, e a escolha da proposta apresentada pelos recorrentes como sendo a mais vantajosa.
- 11 A Arup, a CDM e a Multiconsult juntaram-se ao processo apoiando a entidade adjudicante.
- 12 Os recorrentes invocaram os seguintes fundamentos:
- não desclassificação das informações com base nas quais foram atribuídos pontos nos critérios de qualidade e outras informações que não foram efetivamente reservadas por segredo comercial pela CDM, o que constitui uma violação do artigo 7.º, n.ºs 1 e 3, em conjugação com o artigo 8.º, n.ºs 1, 2 e 3, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos), em conjugação com o artigo 11.º, n.º 2, da ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Lei de 16 de abril de 1993, relativa à concorrência desleal);

- avaliação não devidamente fundamentada dos critérios de qualidade, o que constitui uma violação do artigo 92.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 7.º, n.º 1, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos);
- não avaliação das propostas apresentadas pelos recorrentes e pela CDM em conformidade com os critérios de avaliação das propostas, e seleção da proposta apresentada pela CDM como mais vantajosa, quando, segundo os critérios de avaliação das propostas, devia ter sido escolhida como a proposta mais vantajosa a proposta apresentada pelos recorrentes, o que constitui uma violação do artigo 92.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 7.º, n.º 1, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos).

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 13 Na fundamentação, os recorrentes indicaram, no que respeita à acusação relativa à não desclassificação de informações reservadas de forma incorreta como segredo comercial pela CDM, pela Multiconsult e pela Arup, que o princípio da divulgação de informação pública é um dos princípios fundamentais do sistema jurídico da República da Polónia, decorrente dos artigos 54.º e 61.º da Constituição da República da Polónia e das disposições da ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Lei de 6 de setembro de 2001, relativa ao acesso a informação pública) (Dz. U. n.º 112, posição 1198). Com efeito, a possibilidade de excluir a divulgação de um procedimento de contratação pública não pode ser alvo de utilização abusiva ou entendida de forma lata, uma vez que o princípio da divulgação de um processo é o princípio dominante e as exceções ao mesmo não podem ser interpretadas de uma forma que o restrinja. Esta possibilidade não pode ser simplesmente aplicada ao jogo concorrencial dos operadores económicos, mas estritamente dentro dos limites da definição contida no artigo 11.º, n.º 2, da ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Lei relativa à concorrência desleal). Segundo o artigo 96.º, n.º 3, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos), o relatório e o anexo são públicos e devem ser postos à disposição de todas as pessoas interessadas, independentemente de terem ou não um interesse jurídico ou factual. Os operadores económicos concorrentes a um contrato público devem contar com o facto de que as suas propostas são, em princípio, públicas e estar conscientes das consequências associadas à participação em procedimentos previstos pelas disposições sobre os contratos públicos.
- 14 A fundamentação apresentada pelos operadores económicos CDM, Multiconsult e Arup sobre a inclusão em segredo comercial é lacónica e limita-se, essencialmente, a citar jurisprudência. Das disposições do artigo 8.º, n.º 3, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos) resulta inequivocamente que é possível manter em segredo comercial apenas informações que constituem segredos e não documentos no qual essas informações possam ser parcialmente incluídas. Ora, os operadores económicos CDA, Multiconsult e Arup

reservaram em segredo comercial conjuntos de documentos, sem demonstrar devidamente a legalidade dessa diligência. A entidade adjudicante deve verificar em pormenor se, e em que medida, o segredo comercial foi validamente reservado, tanto mais que esses documentos são diretamente transponíveis para a avaliação das propostas, constituindo no total até 60 % dos critérios de avaliação das propostas. Em vez disso, aceitou acriticamente as explicações dos operadores económicos, o que dificulta aos recorrentes abordar a justeza da atribuição a esses operadores económicos do número de pontos em causa. Tal diligência vai claramente contra o princípio da publicidade do procedimento de concurso público.

- 15 No que se refere aos diferentes documentos e informações reservados pelos concorrentes, os recorrentes alegaram que o concorrente em causa divulgara, no passado, informações desse tipo nos processos a cuja adjudicação concorrera; que foram reservados documentos publicados em páginas da Internet; que os contratos incluídos na lista restrita eram serviços realizados a entidades adjudicantes obrigadas a aplicar a ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos), o que significa que são informações públicas; que o operador económico em causa não tomou as medidas adequadas para manter a confidencialidade, apesar da declaração apresentada à entidade adjudicante.
- 16 Quanto à alegação de ausência de justificação completa dos pontos atribuídos aos operadores económicos CDM, Multiconsult e Arup, os recorrentes indicaram que, na falta de fundamentação factual da decisão quanto ao número de pontos atribuídos aos operadores económicos, não podia referir-se de forma precisa à apreciação da entidade adjudicante. O laconismo da fundamentação da decisão da entidade adjudicante que foi comunicada aos operadores económicos constitui um obstáculo ao controlo da regularidade das atividades da entidade adjudicante e ao exercício das vias de recurso.
- 17 A entidade adjudicante sublinhou que o direito do operador económico de abranger pelo segredo comercial uma parte da proposta deve ser equiparado ao princípio da publicidade do processo. A entidade que reserva as informações deve procurar explicar de forma fidedigna a razão pela qual as informações reservadas merecem ser protegidas por segredo comercial, as alegações a este respeito devem ser plausíveis, os argumentos convincentes, coerentes e lógicas, tendo em conta as características do processo e as informações reservadas. Tal foi cumprido por todos os operadores económicos.
- 18 Um dos operadores concorrentes alegou que a Diretiva 2016/943 tinha sido adotada para proteger as informações que têm valor comercial baseado no conhecimento e numa vantagem concorrencial. Estas informações são tratadas pelas empresas como as patentes e outras formas de propriedade intelectual. Resulta claramente do considerando 18 dessa diretiva que esta não deverá dispensar as autoridades públicas das obrigações de confidencialidade a que estão sujeitas em relação às informações transmitidas pelos titulares dos segredos comerciais, no âmbito de processos de adjudicação de contratos públicos. A

obrigação de respeitar a confidencialidade das informações que lhe tenham sido comunicadas pelos operadores económicos enquanto segredo de empresa decorre do artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE. Uma exceção ao princípio geral da publicidade do processo de adjudicação de contratos públicos (artigo 8.º, n.º 1, da ustawa Prawo zamówień publicznych [Lei relativa aos Contratos Públicos]) é o da proteção das informações que constituem um segredo comercial na aceção das disposições relativas à concorrência desleal (artigo 8.º, n.º 3, da ustawa Prawo zamówień publicznych [Lei relativa aos Contratos Públicos]). A definição de segredo comercial consta do artigo 11.º, n.º 2, da ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Lei relativa à concorrência desleal). O princípio da publicidade do processo de adjudicação de um contrato público não é absoluto. A entidade adjudicante avalia o que constitui ou não uma informação juridicamente protegida e toma, em função dessa decisão, medidas de proteção suplementares. Os atos da entidade adjudicante não devem expor os operadores económicos ao risco de sofrer um prejuízo resultante da revelação da informação.

- 19 Quanto à exigência de as informações terem valor comercial para serem secretas, nos termos do artigo 39.º do TRIPS (Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, de 15 de abril de 1994, que constitui o anexo do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio), as informações com valor comercial são protegidas pelo facto serem confidenciais. Isto significa que a informação em causa deve apresentar determinado valor económico para o operador económico precisamente por se manter confidencial.
- 20 Quanto à reserva dos documentos sujeitos a avaliação no âmbito dos critérios de qualidade, resulta da argumentação da entidade adjudicante e dos operadores económicos concorrentes que constituem uma criação de um autor e uma espécie de propriedade intelectual de certos operadores económicos, o seu *know-how*. Constituem uma obra, na aceção da ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych [Lei de 4 de fevereiro de 1994, relativa aos direitos de autor e aos direitos conexos] (Dz U. 1994, n.º 24, posição 83), que o autor – o operador económico – tem o direito exclusivo de utilizar e da qual pode dispor em todos os âmbitos de exploração, incluindo o direito de supervisionar a forma como a obra é utilizada e o direito de decidir sobre a primeira colocação à disposição da mesma obra. A divulgação dos documentos referidos poderia prejudicar gravemente os interesses dos operadores económicos uma vez que têm valor económico e os operadores económicos tomaram as medidas necessárias para não os divulgar ao público, através de, entre outros, um procedimento interno adequado; cláusulas de confidencialidade; regulamento de trabalho; controlo de acesso ao edifício; segurança dos documentos eletrónicos (*login* e palavra-passe) e segurança dos documentos físicos (cacifo).
- 21 A entidade adjudicante esclareceu que cada uma das conceções apresentadas pelos operadores económicos é elaborada para efeitos do processo em causa e contém soluções únicas. Em contrapartida, as ideias nelas contidas não são inovadoras porque a entidade adjudicante não tem expectativas de inovação, mas sim de

cumprimento dos requisitos do caderno de encargos, de forma a que as soluções visem os melhores resultados e sejam corretas. A divulgação do conceito pode prejudicar os interesses do seu autor visto que outro operador económico pode propor um prazo de realização mais curto ou um preço de execução mais baixo; o conceito pode ser utilizado por não ser um projeto único, uma vez que o contrato em causa se sobrepõe a outros contratos e os especialistas ou as empresas podem atuar em diferentes mercados; com base no conceito o concorrente pode avaliar quem participará na realização e a pessoa em causa pode ser «adquirida».

- 22 Quanto à reserva da lista de serviços e referências, as informações mencionadas na lista dos serviços constituem conhecimentos que permitiriam à concorrência ter acesso a numerosos aspetos da atividade do operador económico (traçar o seu perfil de atividade em determinado momento, os tipos de contratos realizados, os destinatários dos serviços). A lista dos serviços também põe em evidência o volume de negócios gerado pela realização dos serviços, o que também é um segredo comercial.
- 23 Quanto à reserva da lista de pessoas, figuram nela dados que permitem identificar as pessoas, o que pode expor o operador económico a um prejuízo caso a concorrência tente alcançar essas pessoas. Do mesmo modo, os dados do formulário de proposta contêm contactos detalhados de terceiros que disponibilizam recursos, que têm valor comercial. A atividade dos operadores económicos consiste essencialmente na prestação de serviços de consultoria e não dispõe de outros bens para além dos bens de propriedade intelectual criados pelos trabalhadores. O caderno de encargos dos serviços em causa exige que se disponha de pessoal altamente qualificado e que se proteja a informação relativa às pessoas que devem executar os contratos. Os dados sobre os recursos humanos têm importância comercial para os operadores económicos e dizem respeito às regras de funcionamento da empresa do operador económico, à sua estrutura interna e à organização da sua atividade.
- 24 Além disso, resulta da posição da entidade adjudicante apresentada na audiência que é regra nos procedimentos ocultar este tipo de documento. Os operadores económicos utilizam justificações-modelo para reservar informação como secreta. Os documentos exigidos pela entidade adjudicante estão relacionados entre si e são indissociáveis.
- 25 Quanto à alegação de falta de fundamentação completa no que respeita aos pontos atribuídos, a entidade adjudicante afirma que avaliou cada questão, subcritério e critério em conformidade com o procedimento e com os princípios enunciados no caderno de encargos. Cada uma das propostas foi objeto de uma análise aprofundada, e a avaliação acompanhada de uma fundamentação detalhada, transmitida aos operadores económicos em 12 de março de 2020. As razões de pormenor apresentadas a todos os operadores económicos permitem verificar sem dificuldade a exatidão do número de pontos atribuídos e contabilizar em quantos casos a questão em causa avaliada foi considerada descrita de forma clara e completa e que valor acrescentado a entidade adjudicante considerou que tinha.

Era condição para essa verificação conhecer em pormenor e compreender os princípios de avaliação das propostas, o que não aconteceu no caso dos recorrentes, como demonstram as alegações e a interpretação errada de vários fragmentos da fundamentação da avaliação das propostas. Depreende-se da argumentação dos recorrentes que estes não compreendem a construção da avaliação dos diferentes critérios e subcritérios e formulam, com base nisso, teses e conclusões erradas como fundamento da alegada irregularidade por parte da entidade adjudicante, ou da sua parcialidade. A pontuação nos subcritérios dependia do número de questões que satisfaziam requisitos especificados: otimização das soluções e garantia de um elevado nível de qualidade e fiabilidade dos resultados do trabalho, bem como o número de elementos que iam além da descrição do objeto do contrato e que foram considerados como tendo um impacto positivo na qualidade de execução do contrato. Além disso, na tabela que define as modalidades de atribuição dos pontos, a entidade adjudicante precisou que, pela expressão «soluções ótimas que garantam um elevado nível de qualidade e fiabilidade dos resultados dos trabalhos» entende «a utilização pelo operador económico de um nível adequado de pormenor da análise e/ou de ferramentas adequadas e/ou da realização de uma verificação eficaz e substancial dos dados de base e/ou da adoção de medidas eficazes para garantir a exaustividade dos dados e análises». Os princípios acima referidos foram constantemente aplicados pela comissão de avaliação de cada uma das propostas e não suscitaram quaisquer dúvidas aos recorrentes ou a outros operadores económicos na fase de concurso. Quanto ao modo de avaliação das propostas adotado pela entidade adjudicante não havia dúvidas, uma vez que não foi colocada uma única questão sobre o caderno de encargos, e também não houve pedidos de alteração a este respeito. Assim, a entidade adjudicante considera que este foi redigido corretamente.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 26 A primeira série de questões submetidas no reenvio prejudicial diz respeito à reserva de informação pelos operadores económicos enquanto segredo comercial.
- 27 Segundo o Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de março de 2012, no processo C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., a autoridade adjudicante deve tratar todos os candidatos de forma igual e leal, de modo que o pedido de esclarecimentos não possa ser visto, no termo do processo de seleção das propostas e em face do seu resultado, como tendo indevidamente favorecido ou desfavorecido o candidato ou candidatos. A obtenção deste efeito está diretamente ligada à transparência da adjudicação dos contratos, o que implica, por sua vez, a sua divulgação às partes no processo. A divulgação pode ser limitada, mas o direito nacional não introduziu tais limitações em relação aos princípios enunciados no artigo 7.º, n.º 1, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos), a saber, a concorrência leal, a igualdade de tratamento e a transparência do processo. Do mesmo modo, as disposições do artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e do artigo do artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943 não

devem ter por efeito a inobservância dos princípios enunciados no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE.

- 28 Na ordem jurídica polaca, os operadores económicos têm, em princípio, pleno acesso aos documentos do procedimento de contratação pública (artigo 96.º da ustawa Prawo zamówień publicznych [Lei relativa aos Contratos Públicos]). A inexistência ou a limitação desse acesso tem por efeito pôr em causa a confiança dos operadores económicos nas decisões das entidades adjudicantes e, portanto, de todo o sistema de adjudicação de contratos públicos, resultante da falta de publicidade e da possibilidade de verificar as atividades da entidade adjudicante e dos concorrentes. Isso torna também mais difícil, ou mesmo impossível, para os operadores económicos o recurso a uma tutela jurisdicional efetiva.
- 29 O acompanhamento do desenrolar do processo pelos operadores económicos, a consulta das propostas dos concorrentes bem como a verificação dessas propostas e das informações prestadas à entidade adjudicante constituem uma prática corrente nos contratos nacionais e surge sob a forma de recursos interpostos na Secção, nos quais são predominantes as alegações relativas à não rejeição das propostas irregulares e à não exclusão de operadores económicos que não demonstraram que as condições de participação no procedimento estão preenchidas ou que forneceram informações falsas à entidade adjudicante. Frequentemente, os operadores económicos dispõem de um conhecimento profissional muito superior ao das entidades adjudicantes sobre o objeto do contrato e a situação no setor em causa e utilizam de bom grado igualmente o seu acesso à informação pública para verificar as informações fornecidas pelos concorrentes, o que conduz frequentemente a uma alteração do resultado do processo.
- 30 Ganha força a prática que visa combater o acima exposto, na forma de reserva de documentos apresentados no processo, ou de parte destes, por conterem segredos comerciais. É o que sucede com os documentos solicitados pelas entidades adjudicantes relativos aos motivos de exclusão dos operadores económicos, ao cumprimento das condições de participação no procedimento, à conformidade da proposta com as condições do caderno de encargos e aos critérios de avaliação das propostas. A reserva deste tipo de documentos é vista como a vontade de ocultar o conteúdo desses documentos dos concorrentes, para que não tenham conhecimento dos motivos de exclusão do operador económico do processo ou de rejeição da proposta, que a própria entidade adjudicante não iria desvendar, nem, eventualmente, contestem a avaliação da proposta efetuada segundo os critérios de avaliação.
- 31 Segundo uma decisão de 2005 do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal), a reserva de informações enquanto segredo comercial, quando o não é, não tem por efeito a rejeição da proposta por ser contrária à lei, resultando apenas na obrigação de a entidade adjudicante verificar as reservas e divulgar essas informações. Os operadores económicos começaram, portanto, progressivamente a reservar um número crescente de informações, pois isso não envolve nenhuma consequência

negativa para eles. A reserva de informação é feita de modo oportunista, isto é, os operadores económicos reservam a mesma informação quando lhes é favorável e divulgam-na quando tal lhes convém. Os operadores económicos reservam frequentemente a totalidade dos documentos, e ao serem convidados na audiência a indicar os vários excertos que incluem concretamente segredos e por que razão assim é, não conseguem responder ou indicam apenas dados isolados ou pequenos excertos curtos.

- 32 Por um lado, as entidades adjudicantes receiam divulgar os documentos reservados, mesmo que considerem que estes não constituem segredos comerciais, temendo eventuais problemas e pedidos de indemnização. Por outro lado, tal é confortável para eles, uma vez que graças a isso os outros operadores económicos não têm acesso a esses documentos, o que não lhes permite contestar eficazmente as decisões das entidades adjudicantes e limita a interposição de recursos das mesmas.
- 33 Uma tentativa de combater o problema descrito constitui a alteração ao artigo 8.º, n.º 3, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos) de 2014, que introduziu a obrigação de os operadores económicos demonstrarem que as informações reservadas constituem segredos comerciais.
- 34 Nos últimos anos, surgiu regulamentação, tanto na Diretiva 2014/24/UE como na Diretiva 2016/943, suscetível de criar maior incerteza para as entidades adjudicantes e para autoridades decisoras, que é a possibilidade efetiva de os operadores económicos reservarem informações no âmbito de um procedimento de contratação pública. Estas dúvidas prendem-se principalmente com as definições utilizadas nessas diretivas.
- 35 No artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/27/UE, indica-se que a autoridade adjudicante não pode divulgar as informações que lhe tenham sido comunicadas a título confidencial pelos operadores económicos, incluindo, nomeadamente, os segredos técnicos ou comerciais e os aspetos confidenciais das propostas. Por sua vez, o artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943, define o segredo comercial como as informações que «na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, não s[ão] geralmente conhecidas [...], ou não s[ão] facilmente acessíveis» e «t[ê]m valor comercial pelo facto de serem secretas». Nessas disposições sublinhou-se portanto o facto de a informação ser mantida em segredo pela empresa, e não a natureza da informação. As disposições das diretivas também não acentuam a obrigação de o operador económico demonstrar que a informação ou o documento em causa constitui um segredo de empresa, ou a obrigação de a entidade adjudicante verificar se a reserva emitida é justificada.
- 36 Os operadores económicos tentam tirar partido da redação muito geral das disposições das diretivas e interpretá-las, nomeadamente, o artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2016/943, como a possibilidade de reservar qualquer informação ou documento que não desejam divulgar aos outros operadores económicos. Pode ser qualquer documento preparado separadamente para o concurso, qualquer

elemento constitutivo da proposta que seja importante. Para os operadores económicos, o valor comercial dessas informações resulta precisamente do facto de estarem abrangidas pelo segredo, pois se não o estivessem os seus concorrentes poderiam encontrar falhas nas propostas. No entanto, este não parece ser o objetivo da possibilidade de oferecer aos operadores económicos a proteção da informação que comunicam, que o artigo 21.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE e a Diretiva 2016/493 introduzem. Tal também não corresponde ao entendimento comum de atuar em condições de concorrência leal.

- 37 No presente processo, é contestada a reserva de dois tipos de documentos: os que descrevem a situação do operador económico escolhido relacionada com a sua experiência, as entidades e o pessoal propostos para executar o contrato, e os referentes ao modo de execução do contrato.
- 38 No que respeita aos documentos que descrevem a situação do operador económico escolhido, relacionada com a sua experiência, as entidades e o pessoal proposto para executar o contrato, a entidade adjudicante deve exigir os documentos e informações oficiais e padrão definidos nas disposições dos artigos 59.º e 60.º, e na parte II do anexo XII da Diretiva 2014/24/UE, bem como na ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos), e no rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów (regulamento relativo aos tipos de documentos) que a entidade adjudicante pode solicitar ao operador económico no âmbito de um procedimento de contratação.
- 39 Tendo em conta o facto de o legislador da União ter identificado informações concretas que devem ser apresentadas à entidade adjudicante, pode deduzir-se que parte do princípio de que não se trata de informações que tenham a natureza de segredo comercial. O âmbito destas informações é determinado pelas exigências da entidade adjudicante, sem que esta tenha exigido que sejam dados pormenores sobre o contrato, especialmente dados financeiros e outros dados sensíveis.
- 40 No que respeita às informações sobre os projetos bem-sucedidos juntamente com as referências dos operadores económicos, bem como sobre as qualificações específicas do pessoal ou dos académicos, estas são muitas vezes publicitadas e exibidas em páginas da Internet a fim de obter futuros clientes e de ganhar prestígio. Não revestem, portanto, o carácter de segredo comercial.
- 41 A indicação pelos operadores económicos de que a razão da reserva das informações em causa reside na possibilidade de quer as pessoas propostas para a equipa encarregada da execução do contrato, quer os fornecedores dos seus recursos/subcontratantes, serem contratados ou «adquiridos» suscita dúvidas quanto aos laços reais entre o operador económico e a pessoa ou entidade que foi indicada e a capacidade efetiva de dispor dessa pessoa ou entidade e dos seus recursos. O operador económico deve decidir se de facto pode afirmar que dispõe efetivamente dos recursos indicados, que no caso do processo em apreço não dizem apenas respeito ao cumprimento de requisitos mínimos da entidade adjudicante mas também aos critérios de avaliação da proposta. Trata-se de

pessoas que são indicadas no âmbito do critério avaliado e por cuja participação no processo de apresentação de propostas são atribuídos pontos adicionais.

- 42 Na prática, a Secção não declarou haver no mercado dos contratos públicos «aquisições» de pessoal ou de terceiros/subcontratantes enquanto problema real desse mercado, nem de outras práticas que não se enquadrem nos limites do fluxo natural do pessoal ou da liberdade contratual dos empresários. Os profissionais do setor em causa, sobretudo numa área de especialização muito específica, são frequentemente conhecidos, e o interessado está em condições de os contactar, havendo também empresas especializadas em RH. Os autores dos projetos não dissimulam o seu desempenho profissional e fazem frequentemente prova pública das suas investigações, nomeadamente quando desenvolvem trabalho académico. Além disso, se uma tarefa é interessante e prestigiosa do ponto de vista profissional ou do rendimento, essas pessoas desejam realizá-las, seja qual for a entidade para a qual sejam chamadas a trabalhar. O mesmo se aplica aos subcontratantes. Também não é proibido que a mesma pessoa, o mesmo subcontratante ou o mesmo operador económico que disponibiliza a sua experiência seja indicado por mais de um operador económico — em última instância, o contrato será adjudicado a um único operador económico. Por conseguinte, é determinante sobretudo o facto de a qual operador público é adjudicado determinado contrato e as condições de cooperação que propõe. Como resulta da Diretiva 2016/943, esta não deverá ser entendida como limitando a liberdade de estabelecimento, a livre circulação dos trabalhadores ou a mobilidade dos trabalhadores (artigo 1.º, ponto 3, e considerando 13 do preâmbulo).
- 43 Além disso, esse tipo de dados contidos numa proposta pode efetivamente constituir segredos comerciais, mas antes da apresentação dessa proposta, quando os operadores económicos procuram pessoal, subcontratantes, entidades que disponibilizam recursos, etc. Todavia, após a apresentação das propostas, e dada a proibição de alterar o conteúdo destas (artigo 87.º, n.º 1, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos), o conhecimento sobre o pessoal ou as entidades com as quais o concorrente pretende colaborar não tem utilidade. Por sua vez, a utilidade dessas pessoas no futuro depende da questão de saber se satisfazem as exigências concretas de outros contratos.
- 44 O segundo tipo de documentos reservados pelos operadores económicos são os estudos exigidos pela entidade adjudicante e utilizados na avaliação das propostas em função de critérios de qualidade, ou seja, «Conceito de desenvolvimento» e «Descrição do modo de execução do contrato». Os operadores económicos concorrentes, bem como as entidades adjudicantes, ao invocar os fundamentos de contestação dos documentos em causa, invocaram essencialmente o facto de estas constituírem trabalhos originais, obras com valor intelectual.
- 45 A Secção tem dúvidas quanto a saber se o simples facto de determinada parte de uma proposta poder ser considerada como tendo valor intelectual equivale a considerar que pode estar abrangida pelo segredo comercial. É certo que poderia sê-lo se tivesse sido concebida para utilização própria pela empresa do operador

económico. Todavia, a proposta é elaborada com base no caderno de encargos para servir de fundamento ao exame da conformidade da proposta com o mesmo (descrição do objeto do contrato) e à avaliação da proposta segundo os critérios de avaliação das mesmas. Sem este objetivo, é difícil atribuir um qualquer valor a esses estudos. O simples facto de poder ser considerada uma obra intelectual de um operador económico também não implica que seja um segredo, uma vez que as obras são tornadas públicas, com a menção do seu autor. Também não foi contestada a afirmação da entidade adjudicante relativa à ausência, nos estudos, de soluções inovadoras para a indústria, contendo conhecimento à disposição dos profissionais. Por conseguinte, é questionável se a simples capacidade de descrever cabalmente uma questão pode ser considerada um segredo comercial.

- 46 A argumentação dos operadores económicos relativa à vantagem concorrencial poderia ser aplicada a qualquer processo de concurso. Admitir que a simples formulação de propostas que satisfaçam simultaneamente as exigências da entidade adjudicante e que obtenham uma avaliação elevada nos critérios de avaliação das propostas corresponde ao *know-how* do operador económico que constitui um segredo comercial, equivaleria a que os operadores económicos reservassem todos os pormenores da proposta.
- 47 Segundo o considerando 14 do preâmbulo da Diretiva 2016/943, as informações podem ser consideradas segredo comercial sempre que haja um interesse legítimo em mantê-las confidenciais e uma expectativa legítima de preservação dessa confidencialidade. Esse *know-how* ou essas informações deverão ter um valor comercial real ou potencial. Em contrapartida, nas tomadas de posição da entidade adjudicante e dos operadores económicos concorrentes há demasiados pressupostos hipotéticos e contrários aos argumentos invocados, para que não haja dúvidas quanto a saber se as razões invocadas para a reserva de informações são reais e se os documentos reservados têm um valor comercial real, como indicado no considerando 14 do preâmbulo. Por outro lado, contudo, os operadores económicos manifestam uma oposição concertada e firme à divulgação das informações. A redação das disposições da Diretiva 2016/943 suscita dúvidas quanto ao que é permitido a este respeito, faltando também uma linha de jurisprudência uniforme e assente quanto à possibilidade de reservar esse tipo de informação como segredos comerciais. Por conseguinte, segundo a Secção, o que importa é saber se é legítima a expectativa dos operadores económicos de os referidos documentos não serem divulgados pela entidade adjudicante.
- 48 A reserva de determinadas informações enquanto segredo comercial tem igualmente por efeito limitar – e frequentemente impedir – outros operadores económicos de beneficiarem de vias de recurso, como ilustram os fundamentos e os argumentos do presente recurso, nos quais os recorrentes indicam que não estão em condições de apresentar uma fundamentação mais completa devido à falta de acesso às informações.

- 49 Outra questão relativa ao exercício das vias de recurso é que, por força da Diretiva recursos e da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos), este é limitado tanto no tempo como quanto ao objeto.
- 50 Relativamente ao aspeto temporal, o artigo 182.º da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos contratos públicos) contém prazos dentro dos quais se pode interpor recurso de atos da entidade adjudicante. No caso em apreço, o recurso só pode ser interposto no prazo de dez dias a contar da comunicação pela entidade adjudicante da escolha da proposta mais vantajosa, bem como do resultado do exame e da avaliação das propostas por ela fixadas e, em seguida, o operador económico perde o direito de interpor recurso e esse prazo não pode ser alterado (nenhuma disposição prevê a sua alteração).
- 51 Com efeito, os recorrentes interpuseram um recurso relativo à reserva de informação em relação a todas as outras propostas, mesmo as que ocupavam uma posição inferior na classificação das propostas, uma vez que depois não podiam pôr em causa esta reserva, mesmo que a classificação das propostas fosse alterada, e formularam objeções à avaliação da proposta da CDM, apesar de ignorarem os fundamentos dessa avaliação.
- 52 A limitação material das vias de recurso reside no facto de, segundo o artigo 189.º, n.º 2, pontos 4 e 5, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei relativa aos Contratos Públicos), a Secção negar provimento ao recurso quando constata que os recorrentes apenas invocaram factos idênticos aos que foram objeto da sua decisão noutro recurso relativo ao mesmo processo, interposto pelos mesmos recorrentes, ou quando o recurso diz respeito a um ato que a entidade adjudicante executou em conformidade com os termos da decisão da Secção ou de um tribunal ou, se os fundamentos do recurso forem julgados procedentes, em conformidade com os pedidos do recurso. Assim, se, no seu recurso, o operador económico invocar várias alegações, como no caso em apreço, e a Secção considerar que apenas algumas delas procedem, por exemplo, a não divulgação dos documentos, e não a relativa à avaliação das propostas, a entidade adjudicante apenas é obrigada a divulgar os documentos, mantendo-se a escolha da proposta, sendo que o operador económico deixa de a poder contestar após ter tomado conhecimento da totalidade do seu conteúdo.
- 53 A Secção interroga-se sobre a questão de saber se, caso se considere que os documentos reservados não constituem um segredo comercial, o que tem por consequência ordenar a sua divulgação pela entidade adjudicante, esta constatação implica para o operador económico que pode interpor novo recurso na medida resultante do seu conteúdo, do qual não tinha previamente conhecimento, não podendo beneficiar eficazmente das vias de recurso. Assim, se essa possibilidade não resultar diretamente das disposições da lei (do seu conteúdo ou interpretação), a Secção deve, na sua decisão, dar essa possibilidade ao operador económico, por exemplo, ordenando não só a divulgação desses documentos, mas também a anulação do ato de seleção da proposta mais vantajosa, o que permitiria interpor recurso da nova seleção da proposta? A título subsidiário, decorre essa

possibilidade diretamente das disposições da Diretiva recursos ou da correta interpretação das mesmas?

- 54 A segunda série de questões que o reenvio prejudicial comporta diz respeito à fixação pela entidade adjudicante de critérios de avaliação das propostas além do preço, e à forma como é feita essa avaliação. O modo de avaliação das propostas segundo esses critérios pode não ter suscitado dúvidas na fase em que os operadores económicos tomaram conhecimento da sua descrição constante do caderno de encargos, mas podem ter-se revelado falhas no momento em que, com base nelas, a entidade adjudicante procurou proceder a uma avaliação efetiva das propostas.
- 55 Decorre do artigo 67.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, que os critérios de avaliação das propostas não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada e que devem assegurar a possibilidade de concorrência efetiva e ser acompanhados de especificações que permitam verificar efetivamente a informação fornecida pelos proponentes, a fim de avaliar até que ponto estes cumprem os critérios de adjudicação. Isto significa, portanto, que devem garantir igualmente a possibilidade de verificar a avaliação efetuada pela entidade adjudicante. Os critérios diferentes do preço criados pela entidade adjudicante relativos à avaliação da «Conceito de desenvolvimento» e da «Descrição do modo de execução do contrato» suscitam dúvidas a este respeito por várias razões.
- 56 Em primeiro lugar, os critérios referidos não se baseiam em dados facilmente comparáveis e objetivos, medidos de forma matemática ou física, como parâmetros individuais, a eficácia, a solidez, a funcionalidade, etc., mas na avaliação individual descrita pela entidade adjudicante mediante recurso a conceitos indeterminados do tipo: «descrito de forma pouca clara», «descrito de forma clara e completa», «uma parte dos elementos não foi descrita», «as soluções propostas são ótimas e garantem um elevado nível de qualidade e de fiabilidade dos resultados» ou «não garantem um elevado nível de qualidade e de fiabilidade dos resultados», «tem valor acrescentado com impacto na qualidade e na realização do objeto».
- 57 Em segundo lugar, os referidos critérios dependem da convicção individual da entidade adjudicante quanto a estas características. Não é possível nomear um perito para avaliar os estudos realizados pelos operadores económicos, uma vez que não contêm parâmetros verificáveis.
- 58 Em terceiro lugar, a situação deve igualmente ser considerada na perspetiva da questão de saber se os operadores económicos tiveram efetivamente a possibilidade de preparar utilmente as suas propostas segundo um método de avaliação pré-determinado.
- 59 Em quarto lugar, não era possível aos operadores económicos tomarem conhecimento dos elementos apreciados pela entidade adjudicante e da sua

avaliação completa, incluindo a possibilidade de verificar se as características e vantagens comparáveis dos projetos do operador económico foram avaliadas dessa forma.

- 60 Em quinto lugar, no caso de muitos elementos de apreciação não foi possível formular no recurso alegações específicas, o que não foi culpa do recorrente, pelo que os princípios enunciados na Diretiva recursos foram violados. Como decorre do disposto no artigo 192.º, n.º 7, da ustawa Prawo zamówień publicznych (Lei sobre o Direito dos Contratos Públicos), a Secção atua no âmbito das alegações formuladas e não pode, a esse respeito, substituir-se ao recorrente. Os recorrentes não sabiam quais eram as alegações concretas quanto à avaliação da sua própria proposta e ainda menos quanto à proposta da CDM. É certo que a entidade adjudicante fez prova de diligência e preparou várias páginas em que justificava a avaliação efetuada, mas é evidente que a entidade adjudicante não pode disponibilizar uma fundamentação completa da avaliação quando os próprios estudos estão abrangidos pelo segredo comercial. As informações chave foram substituídas pela menção [SEGREDO COMERCIAL].
- 61 Em sexto lugar, o contrato é um contrato de resultados, e não de atuação diligente do operador económico no âmbito da qual deve executar a obra. Todavia, a entidade adjudicante não pediu que os projetos fossem apresentados na forma, por exemplo, de amostras do conceito, mas sim de uma descrição do modo como os operadores económicos procederiam. É, portanto, difícil, na realidade, saber qual será a projeção desses documentos avaliados no projeto final, e há um receio de que se esteja de facto a avaliar a capacidade de realizar os trabalhos que a entidade adjudicante necessita (a seguir «Conceito de desenvolvimento» e «Descrição do modo de execução do contrato») e não a qualidade dos serviços encomendados.
- 62 No âmbito do presente procedimento de contratação, a entidade adjudicante previu, portanto, critérios de avaliação das propostas atendendo ao preço (40 %) e critérios diferentes do preço, na forma de «conceito de desenvolvimento» e «descrição do modo de execução do contrato» com um valor total de 60 %. Esses critérios baseiam-se numa avaliação aberta pela entidade adjudicante, que não se baseia em elementos que podem ser verificados matematicamente ou fisicamente, como os dados numéricos, parâmetros, funcionalidade, etc., o que desde logo dificulta de forma significativa a verificação da avaliação das propostas pela entidade adjudicante. Além disso, todos os operadores económicos incluíram os projetos em questão no segredo comercial, algo que a entidade adjudicante previa ou podia prever ao definir os critérios tendo em conta a reserva prévia de documentos análogos, o que implica não só a impossibilidade de verificar a avaliação das propostas pela entidade adjudicante, mas também as próprias propostas. Por conseguinte, a entidade adjudicante escolheu a proposta com o preço mais elevado de entre as propostas apresentadas, sendo que o preço desta mesma proposta era o único critério disponível e verificável, ao passo que os outros critérios que determinaram a classificação das propostas eram de verificação difícil.