



O Princípio da Igualdade e a Fixação das Especificações Técnicas

Fernando Batista

Jurista

Com este artigo encerra-se a análise dos princípios especialmente aplicáveis à contratação pública, constantes do artigo 1.º n.º 4 do Código dos Contratos Públicos (doravante designado apenas por CCP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

O princípio da igualdade na atividade administrativa, com consagração constitucional (artigo 266.º n.º 2.º da Constituição da República Portuguesa) e comunitária (artigo 10.º da Diretiva 2004/18/CE) visa sobretudo, no que à contratação pública diz respeito, acautelar que não exista qualquer discriminação entre os operadores económicos, potenciando uma igualdade de oportunidades e de livre acesso aos procedimentos pré-contratuais.

Daí que este princípio, por razões óbvias, esteja intimamente ligado ao princípio da concorrência, já analisado no primeiro estudo desta rúbrica, uma vez que qualquer acto violador deste princípio comprometerá uma livre e sã concorrência. Diremos que na legislação comunitária estes dois princípios se encontram umbilicalmente ligados como pilares na criação do denominado mercado comum.

No Decreto-Lei n.º 197/99, de 08 de junho, definia-se o princípio da igualdade da seguinte forma: *“Na formação dos contratos públicos devem proporcionar-se iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, segundo critérios que traduzam juízos de valor dos aspectos decisivos para contratar, coordenados com o objecto específico do contrato; Iniciado o procedimento, não pode ser feita discriminação de qualquer natureza entre os interessados em contratar nem admitir-se qualquer interpretação das regras que disciplinam a contratação que seja susceptível de determinar uma discriminação entre os concorrentes e aqueles que não apresentaram candidaturas ou propostas”*.

Neste breve artigo, iremos centrar as nossas atenções no alcance da primeira parte da definição acima transcrita, ou seja, à actividade administrativa ilegitimamente discriminatória nas regras que enformam o procedimento, *“maxime”* na fixação das



especificações técnicas. Convém não esquecer, porém, que este princípio tem um alcance muito mais vasto, nomeadamente na proibição de tratamentos discriminatórios durante a fase de análise das propostas, como por exemplo, a exclusão de uma proposta por um determinado vício e a aceitação de outra com vício idêntico, ou o pedido de esclarecimentos a um concorrente por dúvidas na sua proposta e o não pedido de esclarecimentos a outro pelas mesmas dúvidas, etc.

Pelo que acabámos de dizer, e mesmo antes de se fazer a ligação deste princípio à fixação das especificações técnicas, importa referir que o princípio da igualdade se confunde em larga medida com o princípio da imparcialidade, uma vez que quer um quer outro impedem a administração pública de adotar quaisquer medidas, que de forma direta ou indireta, sejam discriminatórias para os interessados, candidatos ou concorrentes, suscetíveis de beneficiar ou prejudicar qualquer um deles.

Mas, à semelhança da mulher de César, à Administração não basta ser imparcial e pautar a sua conduta por um tratamento não discriminatório, mas também tem de o parecer. É com este propósito (diremos “preventivo”), que o legislador criou um núcleo normativo de impedimentos e incompatibilidades de quem participa nos processos pré-contratuais, concretamente no Código do Procedimento Administrativo quando se trata dos trabalhadores que exercem funções públicas, mas também no próprio CCP quando se diz que estão impedidos à apresentação de candidaturas ou de propostas aqueles que *“tenham, a qualquer título, prestado, directa ou indirectamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento que lhes confira vantagem que falseie as condições normais de concorrência”* (art.º 55.º alínea j) do CCP). Esta norma tem o manifesto fito de garantir a implementação do princípio da igualdade (e da imparcialidade) pois essa entidade poderia criar nas peças procedimentais (com maior incidência no caderno de encargos) condições propiciadoras de discriminação entre os operadores económicos.

Chegamos então à fixação das especificações técnicas. Conforme reza o artigo 49.º n.º 1 do CCP, *“as especificações técnicas (...) devem constar do caderno de encargos e são fixadas por forma a permitir a participação dos concorrentes **em condições de igualdade** e a promoção da concorrência.”* (negrito nosso).



Como se sabe, o caderno de encargos é a peça do procedimento (existente em todos os procedimentos exceto no ajuste direto no regime simplificado) que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar (artigo 42.º n.º 1 do CCP).

Ora, as especificações técnicas, encontrando-se no caderno de encargos traduzem-se no conjunto das características que deve ter o material, o produto ou o serviço que figurarão no contrato a celebrar de modo a satisfazer o fim a que se destinam.

As especificações técnicas poderão ser aspetos não submetidos à concorrência, - situações em que a sua inclusão no caderno de encargos terá como consequência aferir da adequação da proposta para efeitos da sua aceitabilidade ou exclusão -, como poderão ser aspetos submetidos à concorrência, ou seja, aspectos que irão ser avaliados de acordo com o critério de adjudicação tendo em conta os seus vários níveis de cumprimento. Pelo que se acabou de escrever, fácil será concluir que as especificações técnicas definidas no caderno de encargos têm uma importância determinante para a escolha do adjudicatário e, conseqüentemente, para a escolha do co-contratante.

É também na senda da salvaguarda do princípio de igualdade de tratamento que o legislador estabeleceu no artigo 49.º n.º 2 do CCP que as especificações técnicas deverão ser definidas, preferencialmente, por referência a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais ou a qualquer outro referencial técnico elaborado pelos organismos europeus de normalização, acompanhadas da menção “ou equivalente”. E, ainda que uma proposta apresente um bem ou serviço desconforme com estas especificações técnicas de referência, não poderá ser excluída *“desde que o concorrente demonstre, de forma adequada e suficiente, que as soluções apresentadas satisfazem, de forma equivalente, as exigências definidas por aquelas especificações”*. (artigo 49.º n.º 4 do CCP).

Ou seja, o princípio da igualdade há-de prevalecer mesmo nas situações em que existe uma aparente desigualdade, ficando o concorrente que apresenta um bem ou serviço desconforme com as especificações com o ónus de provar que essa desigualdade é irrelevante (sobre esta questão em particular tem interesse o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul n.º 6859/10, de 27.01.2011).



É igualmente com o propósito de garantir a materialização do princípio da igualdade - e da concorrência, como já vimos – que é proibido fixar especificações técnicas “*que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens*” (artigo 49.º n.º 12 do CCP) e só quando tal não for viável, se poderá excepcionalmente fazer referência a essas menções desde que se acrescente “ou equivalente” (artigo 49.º n.º 13 do CCP). Esta permissão excecional pretende garantir que qualquer operador económico possa, em situações de igualdade, concorrer a um procedimento pré-contratual mesmo que o seu bem não possua qualquer das menções referentes no supra transcrito artigo 49.º n.º 12.

Ora, o que se constata é que algumas entidades adjudicantes, por não possuírem recursos humanos com conhecimentos técnicos suficientes para a fixação das especificações no caderno de encargos, e não pretendendo fazer referência às menções já referidas, optam por transcrever as especificações técnicas de um produto já existente, o que, quanto a nós e sem margem para dúvidas, se traduz numa grosseira violação do princípio da igualdade, com a agravante de se pretender indiciar que todos estão em condições igualdade. Em situações semelhantes, não sendo viável a fixação das especificações técnicas de forma rigorosa e precisa com vista à prossecução do interesse público subjacente ao contrato a celebrar, é sempre preferível fazer referência a uma daquelas menções acrescentando-se “ou equivalente”.