



O Princípio da Transparência e o Critério de Adjudicação

Fernando Batista

Jurista

À semelhança do princípio da concorrência, abordado de forma muito sucinta no último boletim destes SSAP, o princípio da transparência, sendo transversal à atuação de toda a administração pública, tem um papel reforçado no Código dos Contratos Públicos (doravante designado apenas por CCP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Junho, uma vez que se encontra materializado no seu artigo 1.º n.º 4.

O princípio da transparência é fundamental, para, preventivamente, serem acautelados outros dois princípios conexos: o princípio da imparcialidade e o princípio da igualdade de tratamento. A sua importância é tal que a ele se faz referência expressa nas directivas comunitárias sobre a matéria da contratação pública (vide p.e. o artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE).

Este princípio tem diversas implicações, nomeadamente na necessidade de se proceder a uma adequada publicitação dos procedimentos contratuais, na fixação de forma clara, rigorosa e simples das regras que enformam cada procedimento, de modo a serem perceptíveis para todos os operadores económicos eventualmente interessados.

Se as peças do procedimento se encontrarem elaboradas de forma tal que os operadores económicos sintam que a discricionariedade da administração poderá resvalar com facilidade para a arbitrariedade, então o princípio da transparência estará definitivamente em crise.

Dito por outras palavras, o princípio da transparência só se encontra salvaguardado se a administração, nas peças procedimentais (essencialmente no convite/programa do procedimento e no caderno de encargos), estabelecer claramente o que pretende contratar, como pretende fazê-lo, quais os requisitos de acesso ao procedimento,



quais os elementos essenciais que deverão constar das candidaturas e/ou propostas, quais os pressupostos de aceitabilidade das mesmas e de que forma serão avaliadas.

Quando se fala em avaliação de propostas, somos reconduzidos, necessariamente, ao conceito de “critério de adjudicação”. Na prática, conforme se pode constatar no artigo 74º do CCP, existem dois critérios de adjudicação à disposição da entidade adjudicante, devendo ser escolhido aquele que, em cada caso concreto, melhor satisfaça a prossecução do interesse público. São eles o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante e o critério do mais baixo preço¹. O primeiro também pode ser designado como um multicritério, na medida em que irão ser avaliados pelo menos dois atributos das propostas, enquanto o segundo será um monocritério uma vez que a concorrência se fará, apenas, pela diferença de preços.

Ora, quando o critério de adjudicação é o da proposta economicamente mais vantajosa, deverão ser fixados os fatores de avaliação e eventualmente os subfatores dentro de cada fator, nenhum dos quais podem, direta ou indiretamente, dizer respeito “a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes” (art.º 75.º n.º 1 do CCP).

Mas não basta enunciar os factores e subfactores que compõem o referido critério. É necessário existir um “modelo de avaliação das propostas” (art.º 139.º do CCP), constituído pela definição dos já mencionados fatores e eventuais subfatores (imaginemos um fator de avaliação de “mérito técnico”. Poderá dentro deste ser criado um subfactor relativo à “capacidade”, outro à “resistência”, outro à “ergonomia”, etc. Dentro de cada um destes subfatores poderão, por sua vez, ser criados outros subfatores. Aos últimos destas “ramificações” o legislador denomina-os como subfatores elementares). Depois desta definição, torna-se necessário atribuir valores de coeficiente de ponderação aos fatores ou aos subfatores elementares. Por sua vez, dentro de cada fator ou subfator é imprescindível a adoção de uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou de níveis qualitativos.

¹ Há dois procedimentos em que não existe possibilidade de escolha do critério de adjudicação: no procedimento de concurso público urgente o critério tem necessariamente de ser o do mais baixo preço (art.º 155º alínea b) do CCP) e no procedimento de diálogo concorrencial o critério tem necessariamente de ser o da proposta economicamente mais vantajosa (art.º 206.º n.º 3 do CCP)



De que forma é que o critério de adjudicação, e concretamente este modelo de avaliação de propostas, se cruza com o princípio da transparência?

Pelo simples facto de todo este modelo dever constar no convite (no ajuste directo) e no programa do procedimento (nos demais procedimentos), peças estas que existem desde o momento em que o procedimento é lançado. Ou seja, através do critério de adjudicação, completamente parametrizado e densificado desde logo nas peças do procedimento, os operadores económicos interessados em concorrer podem retirar desse modelo todas as informações necessárias para apresentarem as suas melhores propostas, numa situação de igualdade, porque lhes é dado a conhecer, desde os primórdios do procedimento, o que aquela entidade adjudicante irá ter em consideração para a avaliação das propostas.

Para ilustrar o que acabámos de dizer, tomamos a liberdade de transcrever o art.º 132º n.º 1 alínea n) do CCP: “O programa do concurso público deve indicar o critério de adjudicação, bem como, quando for adoptado o da proposta economicamente mais vantajosa, o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os factores e os eventuais subfactores relativos aos aspectos de execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respectivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos factores ou subfactores elementares, a respectiva escala de pontuação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais”.

Sem margem de erro, diremos que um convite ou um programa de procedimento que não tenha o critério de adjudicação construído com todos estes elementos, fará com que o respetivo procedimento, e conseqüentemente o contrato que venha a ser celebrado na sua sequência, estejam irremediavelmente feridos de ilegalidade gerando um vício insanável e, como tal, sem recuperação possível.

Acrescentamos que este vício de lei tem subjacente o facto de, em última análise, o princípio da transparência ter sido violentamente atingido.



Nesta fase deste breve texto, importa referir que no ajuste direto, o legislador do CCP referindo-se ao convite, menciona que no mesmo deverá constar “o critério de adjudicação e os eventuais factores e subfactores que o densificam, não sendo, porém, necessário um modelo de avaliação de propostas” (art.º 115º n.º 2 alínea b) do CCP).

Tendo por base a letra deste preceito, o Supremo Tribunal Administrativo, através do acórdão 416/10 STA, decidiu o seguinte: “No procedimento do ajuste directo para a formação de um contrato a fixação da valoração dos aspectos de um determinado critério já depois do conhecimento das propostas, como no caso em sede de Relatório preliminar, não viola o princípio da imparcialidade”.

Com o muito respeito que nos merece aquele Tribunal, não concordamos com a conclusão acima referida, porquanto a fixação de regras procedimentais já depois do procedimento se ter iniciado é atentatória daquele princípio, na medida em que produz uma incerteza nos operadores económicos aquando da elaboração das suas propostas, momento em que não sabem, nem têm possibilidade de saber, de que forma as mesmas irão ser, em concreto, avaliadas.

Em conclusão, é nosso entendimento que em todos os procedimentos, ajuste directo inclusive, sempre que for adotado o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, todo este critério deverá estar densificado e parametrizado, de acordo com um modelo de avaliação das propostas, no programa do procedimento ou no convite, sob pena de se violar irremediável e insanavelmente o princípio da transparência.

Boletim Informativo n.º 13, dezembro 2013