

Contratos Públicos: Recusa de visto do Tribunal de Contas por requisitos de qualificação restritivos da concorrência

Análise do Acórdão n.º 44/2024, 1.ª S/SS, de 26 de novembro, proc. n.º 1802/2024

28 Fevereiro 2025

A. ENQUADRAMENTO

O **Acórdão n.º 44/2024**, proferido pela 1.ª Secção do Tribunal de Contas em 26 de novembro de 2024, no âmbito do processo n.º 1802/2024, teve por objeto principal a **fiscalização prévia** do contrato celebrado entre o Município de Loures e a EcoAmbiente – Serviços e Meio Ambiente, S.A., com o valor de 3.775.986,00€, acrescido de IVA, e prazo de execução de 66 meses.

O sobredito contrato visava a **Aquisição de Serviços para o Desenvolvimento de um Projeto Piloto de Monitorização de Indicadores de Sustentabilidade Ambiental, mediante soluções tecnológicas integradas, aplicáveis em seis zonas-piloto do concelho, promovendo uma gestão eficiente de recursos, economia circular e descarbonização do território.**

Dado o valor contratual do procedimento, nos termos e para os efeitos do artigo 48.º *a contrario* da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto (LOPTC), que estabelece a organização e processo do Tribunal de Contas, a eficácia jurídica do procedimento pré-contratual em apreço encontrava-se sujeita à oposição de visto por parte do Tribunal de Contas.

Importa recordar que, conforme estabelece o n.º 1 do artigo 44.º da LOPTC, «A fiscalização prévia tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria.»

Ora, foi justamente através desta análise, que o Tribunal de Contas **analisou a legalidade de determinados critérios de qualificação técnica exigidos no concurso, concluindo que os mesmos se afiguravam desproporcionais e violadores dos princípios da concorrência e da proporcionalidade**, conforme de seguida se evidenciará.

2

B. QUESTÕES EM ANÁLISE

A análise do Tribunal de Contas baseou-se, concretamente, nas exigências previstas nas alíneas a) e b) do n.º 2 da Cláusula 11.ª do Programa do Concurso, a saber:

- 1. Experiência mínima na operacionalização de plataformas de gestão de resíduos sólidos urbanos em, pelo menos, cinco municípios;**
- 2. Experiência mínima de três anos na prestação de serviços de recolha e transporte de resíduos urbanos abrangendo, no mínimo, 40.000 habitantes;**

tendo como intuito verificar se as mesmas eram de facto compatíveis com os princípios da concorrência e da proporcionalidade previstos no n.º 1 do artigo 1.º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP), bem como com as demais regras aplicáveis ao caso em sede de contratação pública, sendo, em caso de conformidade, lícitas e capazes de merecer a aposição do visto do Tribunal de Contas.

C. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E ANÁLISE DO TRIBUNAL

O Tribunal de Contas inicia a sua argumentação jurídica sublinhando que a contratação pública apresenta como um dos seus pilares fundamentais o **princípio da concorrência**, conforme disposto no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP. Este princípio destina-se a garantir que os procedimentos contratuais sejam acessíveis ao maior número possível de operadores económicos, promovendo uma competição efetiva e assegurando a obtenção da melhor relação custo-benefício para o interesse público.

Neste seguimento, sublinha o Tribunal que **as exigências de qualificação técnica não podem ter como efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas**, pois isso comprometeria a igualdade de acesso ao mercado e o objetivo da contratação pública, já que *«Se fossem introduzidas limitações injustificadas ou desproporcionadas para o fim que se visa alcançar, seria frustrado o objetivo de obtenção de melhores bens e serviços ao menor custo.»*

É, aliás, neste contexto que o Tribunal reforça que o princípio da concorrência está indissociavelmente ligado ao **princípio da proporcionalidade**, o qual determina que qualquer restrição ao universo concorrencial **deve ser justificada e limitada ao necessário** para alcançar os objetivos do contrato. A necessidade deste equilíbrio entre a prossecução do interesse público e a promoção da concorrência é enfatizada pelo Tribunal quando esclarece *«(...) deverá ser assegurada pelo princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão: subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.»*

O Tribunal de Contas prossegue a sua análise jurídica enquadrando o regime do **concurso limitado por prévia qualificação**, estabelecido nos artigos 162.º e seguintes do CCP. Diferentemente do concurso público, onde qualquer interessado pode apresentar uma proposta, o **concurso limitado exige uma fase prévia de qualificação, na qual os candidatos devem demonstrar que cumprem os requisitos mínimos técnicos e financeiros exigidos em sede de concurso, por forma a ser-lhes reconhecida a possibilidade de apresentarem proposta.**

«Com efeito, neste tipo de procedimentos, verifica-se assim uma **limitação do universo concorrencial, a qual é admitida pelo legislador em face de um maior grau de exigência da entidade adjudicante na satisfação do interesse público**. Ainda que em causa esteja um procedimento concorrencial aberto, em que o acesso ao procedimento depende da resposta e do interesse dos operadores económicos perante o anúncio publicado, dependendo assim de uma prévia escolha discricionária da entidade adjudicante, **a definição de requisitos de qualificação importará sempre uma restrição do número de potenciais operadores económicos adjudicatários.**» (realce nosso).

No entanto, o Tribunal enfatiza que **a introdução desses requisitos não pode restringir indevidamente a concorrência** «(...) **na medida em que [a] limita[ção] [d]o universo concorrencial, terá de assegurar um equilíbrio entre a referida exigência e a sua justificação.**» (realce nosso). Também por isso, recorde-se o disposto no artigo 38.º do CCP, o qual determina que «A decisão de escolha do procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no presente Código, **deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar.**» (realce nosso), fundamentação essa que deverá apresentar um maior grau de detalhe quando o procedimento pré-contratual escolhido limita o universo de concorrentes, como é o caso aqui *sub judice*.

Para que a mencionada limitação seja lícita terão de se justificar, devidamente, «*outros interesses ligados às necessidades públicas que se visam satisfazer*. Nomeadamente, pela sua articulação com a boa gestão da coisa pública, se elas num caso específico conduzirem, **por via da limitação da concorrência, à melhor satisfação dos interesses públicos envolvidos.**» (realce nosso).

Cumpra agora analisar, concretamente, os critérios de qualificação exigidos em sede do procedimento *sub judice*.

❖ Exigência de experiência mínima em cinco municípios

A primeira exigência analisada foi a obrigatoriedade de os candidatos terem experiência mínima na operacionalização de plataformas de gestão de resíduos sólidos urbanos em **cinco municípios distintos**.

Note-se que, o critério acima referido configura, em abstrato, um parâmetro passível de ser considerado adequado para a avaliação da capacidade técnica dos interessados, nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 165.º do CCP. Porém, e como esclarece o douto Tribunal de Contas «(...) **a admissibilidade, em concreto, da definição de tais critérios enquanto demonstrativos da capacidade técnica dos candidatos, dependerá de uma justificação técnica, e objetiva, que justifique o fundamento e a necessidade da restrição introduzida.**» (realce nosso).

5

Para justificar o mencionado critério, o Município de Loures argumentou, sinteticamente, que a experiência prévia em múltiplos municípios garantiria que o adjudicatário estivesse preparado para lidar com os desafios específicos da implementação do projeto.

Porém, o Tribunal rejeitou esta argumentação, destacando, por um lado que a **própria natureza inovadora do projeto tornava questionável a necessidade desta exigência** e, por outro, que a justificação apresentada para a escolha do número de cinco municípios, em concreto, não se qualifica como **técnica e objetiva**.

Paralelamente, entendeu o Tribunal que este critério não garantia, por si só, que o adjudicatário estivesse mais qualificado, «Com efeito, poder-se-á dar o caso de termos interessados com uma experiência mínima com a implementação de plataformas semelhantes em 5 municípios, sendo todos eles de dimensão reduzida, e mesmo inferior, no seu somatório, à população que se pretende abrangida pelo programa aqui em causa.» como também se poderia verificar que a existência de candidatos com experiência num menor número de municípios, mas com maior dimensão populacional e desafios técnicos mais complexos «(...) e que tenha, por isso, gerido

plataformas que lhe tenham colocado vários desafios e exigências, que o prepararam para um bom desempenho em caso de adjudicação.».

Por tudo o que se expôs, concluiu o Tribunal que **este critério era desproporcional e violador do princípio da concorrência**, uma vez que «*a exigência de uma experiência semelhante em cerca de 5 municípios, para além de não se poder concluir como sendo ou não adequada, não se mostra necessária ou indispensável à boa implementação do programa, na qual poderá até ser mais adequadamente assegurada através de um candidato que conte apenas com uma experiência de um município, mas que, fruto dos concretos desafios ali surgidos, nomeadamente por servir uma maior população, se mostra mais qualificado para responder de modo mais eficaz e capaz aos desafios específicos que possa vir a ter de enfrentar na execução do contrato sob fiscalização.*» (realce nosso), devendo, nesta medida ser considerado **ilegal**.

6

❖ **Exigência de experiência mínima de três anos na prestação de serviços de recolha e transporte de resíduos urbanos**

O segundo critério analisado foi a exigência de que os candidatos tivessem, nos últimos três anos, celebrado e mantido contratos de prestação de serviços de recolha e transporte de resíduos urbanos para um mínimo de 40.000 habitantes.

Para justificar o antedito critério, o Município de Loures argumentou que este requisito visava garantir que os candidatos possuíssem experiência suficiente para lidar com a complexidade do projeto, já que – e nas palavras do Tribunal quando se refere à explicação do Município de Loures –, «*a implementação do sistema requer tempo para que os dados recolhidos se possam estabilizar, definindo como 3 anos o período necessário para a identificação de problemas iniciais (...).*»

No entanto, entendeu o douto Tribunal que «(...) *mesmo que se admita que na implementação de um sistema como aquele aqui em causa se verifiquem problemas numa fase inicial, não é possível aferir da alegação do ML em que medida o prazo de 3 anos de experiência se mostra adequado, necessário e proporcional.*».

Além disso, o Tribunal destacou que, mesmo que se admitisse que **os primeiros anos de implementação do projeto fossem mais exigentes**, isso não justificaria a restrição da concorrência como um critério de tempo específico.

«*Simultaneamente, a alegação de uma verificação de um maior número de ocorrências e dificuldades na implementação de um sistema como aquele aqui em causa nos 3 primeiros anos, atenta a argumentação apresentada, mostra-se **completamente desprovida de prova**, não sendo apresentados quaisquer elementos que pudessem indiciar que tal assim fosse, nomeadamente uma outra experiência conhecida num outro município, experiência essa que, atento o carácter inovador no caso, o ML não terá.*» (realce nosso).

Assim – reiterando, nesta medida, o que se disse quanto ao critério determinado na alínea a) do n.º 2 da Cláusula 11.ª do Programa de Concurso aqui em apreço –, concluiu o Tribunal que esta exigência «**não aparece como justificada**, não garantindo que o candidato que cumprir o mesmo requisito se mostre mais capacitado para executar o contrato objeto de fiscalização, do que um outro interessado que, beneficiando de uma experiência menor, tenha uma experiência mais rica.» (realce nosso), pelo que, mais uma vez, se entende que tal parâmetro não respeita o princípio da proporcionalidade e restringe indevidamente a concorrência, devendo, por isso, concluir-se pela **ilegalidade** do mesmo.

D. IMPACTO NA DECISÃO EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA

Perante as ilegalidades identificadas pelo Tribunal quanto aos critérios em causa, foi necessário aferir se as mesmas se enquadravam no artigo 44.º, n.º 3 da LOPTC.

Nesta medida, importa ter presente o pautado no n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC o qual determina que: «*Constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos atos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique: a) Nulidade; b) Encargos sem cabimento em verba orçamental própria ou violação direta de normas financeiras; c) Ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro.*».

Concluiu o Tribunal que o presente caso enquadrava-se na causa de recusa de visto prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, uma vez que «*Em causa a introdução de um requisito de qualificação violador do princípio da proporcionalidade e da concorrência, o mesmo é ilegal, ao contrariar a disposição legal prevista no artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP.*», a qual afetou, pelo menos potencialmente, o resultado financeiro do contrato, na medida em que restringiu o **universo de concorrentes**.

Em face do exposto, decidiu o Tribunal **recusar o visto**, impedindo a sua execução nos termos em que foi celebrado.

E. CONCLUSÃO

À luz da análise realizada, o Tribunal de Contas, no Acórdão n.º 44/2024, identificou a existência de ilegalidades substanciais nos critérios de qualificação técnica previstos no concurso celebrado entre o Município de Loures e a EcoAmbiente – Serviços e Meio Ambiente, S.A., nomeadamente a exigência de experiência mínima em cinco municípios e a obrigatoriedade de três anos de experiência na prestação de serviços de recolha e transporte de resíduos urbanos para um mínimo de 40.000 habitantes.

O Tribunal considerou que tais requisitos não se coadunavam com os princípios da concorrência e da proporcionalidade, previstos no artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP, uma vez que constituíam uma limitação indevida ao universo de candidatos, sem a devida justificação técnica e objetiva, tendo, por essa razão, concluído que os critérios de qualificação não eram necessários nem adequados, comprometendo a concorrência e a seleção do melhor candidato, em detrimento do interesse público, qualificando-as, em consequência, como ilegais.

Face a tais ilegalidades, o Tribunal de Contas decidiu recusar o visto prévio do contrato, com base no artigo 44.º, n.º 3, alínea c) da LOPTC. Tal decisão impede a execução do contrato nos termos em que foi inicialmente celebrado, sublinhando a necessidade de que todos os procedimentos contratuais respeitem os princípios da legalidade, da transparência e da concorrência.

9

O presente flash informativo não dispensa a leitura do texto integral do [Acórdão n.º 44/2024, de 26 de novembro, processo n.º 1802/2024.](#)

Este News Flash foi preparado pela equipa de Direito Público (Hugo Dantas/ Joana Varajão).

Contacto:

Manuel Gouveia Pereira

Sócio, Responsável pela Área de Público

manuel.gouveiapereira@gpasa.pt