

Acórdãos STA**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo**

Processo:	0657/15
Data do Acórdão:	03-12-2015
Tribunal:	1 SECÇÃO
Relator:	ANA PAULA PORTELA
Descritores:	EXCLUSÃO DE PROPOSTAS PREÇO ANORMALMENTE BAIXO
Sumário:	I - A exclusão de uma proposta por violação do disposto na alínea f) do nº2 do artigo 70º apenas se reporta a direitos e deveres que tenham a sua própria causa e dimensão jurídica no contrato a celebrar e não em qualquer outro título. II - O facto de uma proposta refletir um preço que implicaria um custo inferior aos custos que derivam da aplicação de uma série de leis do trabalho não implica que, face ao teor da proposta, a entidade adjudicatária não vá cumprir qualquer legislação vigente e nomeadamente a referida legislação de trabalho.
Nº Convencional:	JSTA00069454
Nº do Documento:	SA1201512030657
Data de Entrada:	27-08-2015
Recorrente:	A....., S.A.
Recorrido 1:	PARQUE ESCOLAR, EPE E B....., S.A.
Votação:	MAIORIA COM 1 VOT VENC
Meio Processual:	REC REVISTA EXCEPC
Objecto:	AC TCAS DE 2015/01/29.
Decisão:	NEGA PROVIMENTO
Área Temática 1:	DIR ADM ECON - APROVISIONAMENTO BENS SERVIÇOS ADM. DIR ADM CONT.
Legislação Nacional:	CONST05 ART61. CCP ART70 N2 A F G ART71 N1 N3 ART112 ART115 N3 ART129 ART259 ART266 ART284 N1 N2. DL 143/10 DE 2010/12/31.
Jurisprudência Nacional:	AC STA PROC0912/12 DE 2013/02/14.; AC TCAS PROC09611/12 DE 2013/02/07.
Aditamento:	

▼ Texto Integral**Texto Integral: I. Relatório**

1. A....., S.A., devidamente identificada nos autos, interpõe «recurso de revista» do acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo Sul [TCAS], em 29.01.2015, que negou provimento ao «recurso de apelação» que interpusera do acórdão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada [TAF], que, por sua vez, tinha julgado improcedente esta «acção de contencioso pré-contratual» em que demandara a ré PARQUE ESCOLAR, E.P.E. [PARQUE ESCOLAR], e a contra-interessada B....., S.A. [B.....], pedindo a declaração de nulidade ou a anulação da adjudicação, e do contrato, proferida e celebrado no ajuste directo da prestação de serviços de vigilância e segurança na Escola Secundária, no Seixal, e a condenação da PARQUE ESCOLAR a adjudicar-lhe o contrato a ela.

2. Conclui assim as suas alegações:

«Da admissibilidade do presente recurso de revista

A) São cinco as questões cuja apreciação pelo Supremo Tribunal Administrativo entende a Recorrente ser essencial para uma melhor aplicação do direito e sobre as quais ainda não houve qualquer pronúncia por parte deste Tribunal:

1. Atenta a definição de proposta [constante do artigo 56º do CCP] e as causas de exclusão das mesmas [previstas no artigo 70º do CCP], os concorrentes podem fixar livremente os preços, apresentando preços abaixo dos custos inerentes à prestação de serviços que se pretende contratar?
2. Deve considerar-se um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71º, nº2, e do artigo 70º, nº 2 alínea e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço?
3. Deve considerar-se a adjudicação de uma proposta cujo preço não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70º, nº 2 alínea f), do CCP?
4. Quando um concorrente se encontre legalmente dispensado de suportar determinados custos, encontra-se o mesmo obrigado, atenta a definição de proposta [constante do artigo 56º do CCP] e as causas de exclusão das mesmas [previstas no artigo 70º do CCP], a demonstrá-lo perante o Júri do procedimento quando apresenta uma proposta?
5. Um concorrente, cuja proposta de preço apresentada seja inferior ao custo mínimo inerente à prestação de serviços que se pretende contratar, pode, atenta a definição de proposta [constante do artigo 56º do CCP] e as causas de exclusão das mesmas [previstas no artigo 70º do CCP], apresentar como justificação do preço apresentado o benefício de «Medidas de Apoio à Contratação» cuja concessão, para os profissionais a afectar ao serviço em causa, ainda não estejam aprovadas?

B) Cada uma destas questões, autonomamente considerada, revela-se de importância fundamental, quer pela sua relevância jurídica quer pela sua relevância social. Globalmente, e numa perspectiva jurídica, é importante saber [i] se um determinado concorrente pode apresentar o preço que entender mesmo que isso impossibilite que o preço assim cobrado não seja suficiente para cobrir os custos com a prestação de serviços objecto do procedimento; e [ii] se a distorção da concorrência daí resultante é compatível com as normas que regem a contratação pública. A resposta a esta questão condiciona todo o sistema de contratação pública, designadamente a forma como os concorrentes apresentarão a sua proposta e as entidades adjudicantes tratarão as propostas e os concorrentes;

C) Além disso, sendo questões que se poderão suscitar em qualquer procedimento de contratação pública, a possibilidade de as mesmas se expandirem para outros casos é significativa, como demonstra a proliferação de acções judiciais com esse objecto;

D) Ainda de uma forma global, socialmente, a matéria em análise é, igualmente, de extrema relevância na medida em que está em causa uma das matérias que em termos de concorrência, e de relacionamento do Estado com os particulares, maior impacto tem - a contratação pública;

E) Mas cada uma das questões é, autonomamente, matéria de profunda importância;

F) Quanto à primeira questão, apesar de ser aparentemente atractivo para a administração a aceitação de propostas de preço muito baixas, essa aceitação importa óbvios e necessários riscos. De facto, a celebração de contratos tendo em conta esses preços aumenta o risco de incumprimento ou cumprimento defeituoso dos contratos, a pressão dos adjudicatários para renegociar os contratos, a distorção do mercado, a conivência da administração com práticas ilícitas e o efeito multiplicador da ilicitude;

G) A relevância da questão anterior reflecte-se, necessariamente, na segunda e na terceira questões. Efectivamente, saber se se deve considerar [i] um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71º, nº 2, e do artigo 70º, nº 2 alínea e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço; e [ii] a adjudicação de uma proposta cujo preço não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70º, nº 2 alínea f) do CCP; reveste-se da mesma relevância que a de saber se os concorrentes podem propor preços inferiores ao custo inerente à prestação dos serviços;

H) Relativamente à quarta questão, a simples possibilidade, em abstracto, de alguém poder beneficiar de medidas legais que permitissem não suportar determinados custos sem que nunca tivesse de o alegar na proposta perante o júri do procedimento e sem que nunca o tivesse de demonstrar, permitiria obviar a qualquer controlo sobre o preço apresentado. Assim se revela que, adoptando-se o entendimento expresso pelo «Acórdão Recorrido», seria, na prática, permitido a qualquer concorrente que apresentasse o preço que bem entendesse sob o pretexto de beneficiar de medidas legais que permitiriam não ter de suportar determinados custos. Pela ausência de qualquer possibilidade de controlo da actuação do concorrente, fácil é perceber que todos os concorrentes, em todos os procedimentos, poderiam invocar tal circunstância, afectando dessa forma todos os procedimentos e o princípio da concorrência de forma irrevogável;

I) No que concerne à quinta questão tratando-se de um apoio que só é concedido após a contratação dos trabalhadores a afectar à prestação de um serviço - facto que apenas ocorrerá após a adjudicação - a medida em causa apresenta-se como não certa à data da apresentação da proposta;

J) Finalmente, cumpre salientar que, tanto quanto é do conhecimento da Recorrente, o Supremo Tribunal Administrativo nunca se pronunciou, na vigência do Código dos Contratos Públicos, sobre as questões que se suscitam no presente recurso;

Da impossibilidade de os concorrentes fixarem livremente os preços quando os mesmos se consubstanciem num valor inferior ao inerente aos custos do

serviço a contratar.

K) A primeira questão à qual, no entender da Recorrente, cumpre dar resposta é a de saber se, atenta a definição de proposta [constante do artigo 56º do CCP] e as causas de exclusão das mesmas [previstas no artigo 70º do CCP], os concorrentes num procedimento de contratação pública de aquisição de serviços de vigilância e segurança humana podem fixar livremente os preços, apresentando preços abaixo dos custos inerentes à prestação de serviços que se pretende contratar. No entender da Recorrente a resposta é, tem de ser, negativa por aplicação de uma liberdade - de iniciativa económica - e de um princípio fundamental - o da concorrência;

L) Em primeiro lugar, isso mesmo impõe o direito comunitário, na medida em que, não obstante erigir como alicerce da sua regulamentação a promoção da liberdade económica, designadamente através da afirmação peremptória das liberdades de circulação de bens e capitais, vai mais longe na defesa do mercado. Como afirmam Rui Medeiros e João Amaral Almeida [entre outros], «as coordenadas que emergem do ordenamento comunitário apontam no sentido de conciliar a promoção da livre iniciativa económica como motor de um mercado altamente concorrencial com a regulação desse mesmo mercado, em termos que impeçam a distorção da concorrência gerada. E, em consequência, a disciplina jurídica da contratação pública, de inspiração comunitária, não poderá, por isso, deixar de ser lida em termos que a compatibilizem com ambas as directrizes que emergem dos tratados fundadores da União» [página 22 do Parecer];

M) Em segundo lugar, a legislação nacional impõe a mesma conclusão. Apesar de a CRP consagrar a liberdade de iniciativa económica [artigo 61º da CRP], é a mesma Constituição que limita essa liberdade, quer por referência a outras disposições da Constituição e da lei [ver nº 1 do artigo 61º da CRP] quer por imposição, ao Estado, da incumbência de «assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas» [artigo 81º alínea f) da CRP];

N) Em face dos comandos constitucionais supra identificados, o legislador criou várias restrições à «liberdade de iniciativa económica» aplicáveis à formação dos preços propostos em procedimentos pré-contratuais públicos e que, no que diz respeito ao sector da segurança privada, são os seguintes:

a) Os contratos colectivos celebrados entre [i] a AES - Associação de Empresas de Segurança e outra e a FETESE - Federação dos Sindicatos da Indústria e Serviços e outros, com o texto publicado no Boletim do Trabalho e do Emprego [BTE], nº 8, de 28.02.2011, mas já objecto de recente revisão global em 28.07.2014, que foi publicada no BTE, nº 32, de 29.08.2014; e entre [ii] as mesmas associações de empregadores e o STAD - Sindicato dos Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância e Limpeza, publicado no BTE, nº 17, de 08.05.2012, e cujos efeitos foram estendidos às relações de trabalho entre empregadores e, ou, trabalhadores não filiados nas associações de empregadores ou sindicais outorgantes daqueles contratos colectivos, pela Portaria nº 131/2012, de 07.05;

b) Os artigos 44º, 46º e 53º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei nº 110/2009, de 16.09, com as alterações posteriormente introduzidas;

- c) Os artigos 234º e 269º, nº 2, do Código de Trabalho;
- d) Os artigos 103º e seguintes da Lei nº 102/2009, de 10.09;
- e) O artigo 3º da Portaria nº1085/2009, de 11.09;
- f) Os artigos 6º, 7º nº 1, 8º nº 1, 9º, 10º, 11º, 12º, 14º, 18º, 23º, 26º nºs 1 e 2, alíneas a), c), e), f) e g) e 33º do DL nº35/2004, de 21.02, republicado pelo DL nº114/2011, de 30.11;
- g) O artigo 2º, nº 2, da Portaria nº131/2012, de 07.05;
- O) O respeito por estas normas tem de ter, necessariamente, reflexos na contratação pública;
- P) Finalmente, a própria jurisprudência nacional tem apontado no mesmo sentido [ver AC de 02.06.2005, processo nº 00748/05, pelo TCAS, AC RCAN de 19.07.2007, processo nº 3162/06.0BEPRT, AC TCAS de 21.10.2010, processo nº 6613/10, e o AC TCAN de 12.06.2013, processo nº 02363/12.6BELSB];
- Q) Em face do exposto parece-nos evidente que todas as restrições à liberdade de iniciativa económica legalmente previstas têm de ser tidas em conta e respeitadas na elaboração de uma proposta. Caso assim não fosse, permitir-se-ia que a contratação pública existisse em violação dessas regras, distorcendo o mercado e estimulando, com o beneplácito [senão mesmo o incentivo] das entidades públicas, do Estado, a violação pelas empresas dos direitos dos trabalhadores e das obrigações tributárias [entre outras];
- R) Assim, o acórdão recorrido, ao entender que cada concorrente pode fixar livremente o preço que propõe num procedimento de contratação pública, ainda que em desrespeito pelos encargos sociais obrigatórios, interpretou e aplicou incorrectamente os artigos 61º e 81º, alínea f), da CRP, os Contratos Colectivos de Trabalho, a Portaria nº 131/2012, de 07.05, os artigos 44º, 46º e 53º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei nº 110/2009, de 16.09, os artigos 234º e 269º, nº2, do Código de Trabalho, os artigos 103º e seguintes da Lei nº102/2009, de 10.09, o artigo 3º da Portaria nº 1085/2009, de 01.09, os artigos 6º, 7º, nº 1, 8º, nº 1, 9º, 10º, 11º, 12º, 14º, 18º, 23º, 26º, nºs 1 e 2, alíneas a), c), e), f) e g) e 33º do DL nº 35/2004, de 21.02, republicado pelo DL nº 114/2011, de 30.11, o artigo 2º, nº 2, da Portaria nº 131/2012, de 07.05, os artigos 56º e 70º do CCP. Estas normas, conjuntamente consideradas, devem ser interpretadas no sentido de considerar que uma proposta apresentada no âmbito de um procedimento de contratação pública tem de ter em consideração, na formação do preço, os custos inerentes à prestação de serviços, não podendo o preço proposto ser inferior a estes;
- Da apresentação de uma proposta de preço de valor inferior ao custo inerente aos custos do serviço a contratar como preço anormalmente baixo [nos termos e para os efeitos do artigo 71º, nº 2, e do artigo 70º, nº 2 alínea e), ambos do CCP];
- S) A segunda questão à qual, no entender da recorrente, cumpre dar resposta é a de saber se se deve considerar um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71º, nº 2, e do artigo 70º, nº 2 alínea e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço;

T) Na sequência das restrições à liberdade de iniciativa económica que abordámos supra, surge a possibilidade de imposição de um limite de anomalia do preço proposto num procedimento pré-contratual e, em geral, a possibilidade de qualificação de um preço como anormalmente baixo, com as características e consequências previstas no artigo 55º da Directiva 2004/18/CE e na alínea e) do nº 2 do artigo 70º do CCP;

U) Esta possibilidade tem o efeito de desincentivar os operadores económicos de apresentarem propostas abaixo do preço de mercado, justificável apenas pela intenção de tutelar os riscos associados à adjudicação de uma proposta de preço excessivamente baixo;

V) Assim, o regime do preço anormalmente baixo originado no Direito da União Europeia [e consagrado no artigo 55º da Directiva 2004/18/CE] visa conciliar a tutela de três interesses contrapostos: por um lado, o interesse da entidade adjudicante em que seja adjudicada a proposta de preço mais baixo [obtendo assim as poupanças económicas que procura]; por outro lado, o interesse público em que a execução do contrato seja afastada do risco do seu incumprimento ou do seu cumprimento defeituoso por força da adjudicação de uma proposta de preço excessivamente baixo; por último, a tutela do mercado e da sã concorrência, garantindo aos demais operadores económicos que nele actuam a possibilidade de apresentarem propostas que, apesar de serem extremamente competitivas, cobrem integralmente os custos implicados na prestação do serviço [e ainda lhes permitem retirar uma adequada margem de lucro];

W) Embora a legislação comunitária não fixe um critério concretizador do conceito de preço anormalmente baixo, a única concepção desse conceito que, sendo simultaneamente compatível com o regime actual desse instituto jurídico, com o elemento literal da norma do artigo 55º da Directiva 2004/18/CE e com a jurisprudência comunitária, é coerente com a teleologia da norma e acolhe as orientações da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu é a de que uma proposta de preço anormalmente baixo é aquela que é insuficiente para cobrir a totalidade dos custos inerentes à prestação a contratar, resultando numa prática de *dumping*;

X) Trata-se, por isso, de um instituto jurídico específico do Direito da Contratação Pública que, embora transporte preocupações de protecção de uma sã concorrência, não se identifica plenamente com a figura do preço predatório própria do Direito da Concorrência, não só porque a qualificação de um preço como anormalmente baixo prescinde da detenção pelo concorrente de uma posição dominante no mercado, mas igualmente porque o preenchimento desse conceito não depende da sua virtualidade para eliminar empresas tão eficientes quanto a empresa dominante;

Y) O sistema de contratação pública europeu e nacional, munido que está de um instituto jurídico que lhe permite eliminar propostas de preço anómalo não [adequadamente] justificado, tem, naturalmente, na sua raiz uma regra de inadmissibilidade de propostas de preço abaixo de custo, não se compadecendo com a adjudicação de uma proposta de preço inferior ao conjunto dos encargos inerentes à execução das obrigações abarcadas pelo objecto contratual;

Z) Fazendo uso da liberdade que lhe foi conferida pelo legislador comunitário, o legislador nacional adoptou no artigo 71º do CCP um sistema misto, nos termos do qual o conceito de preço anormalmente baixo pode ser preenchido

por uma de três vias: a) por imposição legal, através da presunção de anomalia do preço quando este se situa abaixo dos limiares fixados nas alíneas a) ou b) do nº 1 do artigo 71º do CCP face ao preço base fixado no caderno de encargos; b) por autolimitação da margem de livre apreciação da entidade adjudicante, através da fixação no programa do concurso de «um valor a partir do qual o preço total proposto é considerado anormalmente baixo» [ver nº2 do artigo 71º do CCP]; e c) por decisão proferida pela entidade adjudicante, já depois de recebidas as propostas, assente num juízo de prognose ou valorativo sobre a falta de seriedade ou de congruência do preço à luz das circunstâncias individuais e concretas [ver o mesmo nº2 do artigo 71º];

AA) A norma do nº 2 do artigo 71º do CCP deve ser interpretada de modo a permitir que, mesmo fora dos casos literalmente tratados no artigo 71º, a entidade adjudicante mantém sempre a competência [e a consequente habilitação legal] para qualificar como anormalmente baixo os preços constantes de propostas que, não obstante situadas acima do limiar previamente fixado, suscitam sérias dúvidas sobre a sua seriedade ou congruência. De facto, essa interpretação extensiva do nº 2 do artigo 71º do CCP é imposta desde logo pela vocação positiva do princípio da sã concorrência, sendo que a vocação negativa do mesmo princípio produz o efeito de afastar a aplicação da regra contida literalmente nessa disposição;

BB) O poder-dever previsto no nº 2 do artigo 71º do CCP insere-se na margem de livre apreciação administrativa e exige à Administração a concretização casuística do conteúdo do mencionado conceito perante os concretos termos das propostas apresentadas, convocando o decisor administrativo para a resolução de uma colisão entre os conteúdos normativos do princípio da concretização do interesse público financeiro de adjudicação da proposta mais económica, do princípio da tutela do interesse público no cumprimento integral e perfeito do contrato e do princípio da sã concorrência;

CC) A razão de ser do disposto no nº 2 do artigo 71º do CCP consiste justamente em conferir ao decisor administrativo um poder funcional, isto é, um poder funcionalizado à melhor optimização possível das exigências impostas por cada um daqueles três princípios conflituantes, que crie a norma-do-caso, a norma que responda a esta pergunta: deve ou não determinada proposta de preço ser qualificada como anormalmente baixa e sujeita a um procedimento de verificação da anomalia?

DD) A resposta a esta pergunta depende do preenchimento do conceito de preço anormalmente baixo, operação em que o decisor administrativo deve forçosamente recorrer às coordenadas que se extraem por interpretação do *hard law* e do *soft law* comunitários, delas resultando que o efectivo critério de decisão que o legislador não fixou e que subjaz à norma-do-caso a criar pelo decisor administrativo é a suficiência ou insuficiência do preço proposto para custear a totalidade dos encargos inerentes à prestação a contratar e remunerar ainda o concorrente com uma adequada margem de lucro;

EE) O exercício desse poder funcional, integrado que está na margem de livre apreciação administrativa, está sujeito a condicionantes [já não a determinantes] jurídicas, tais como o respeito pela competência subjectiva para o exercício desse poder-dever e a existência de habilitação legal para o exercício de poder discricionário, bem como aos limites imanentes ou internos da margem de livre apreciação administrativa, a saber, a prossecução do interesse público que justificou a concessão do poder funcional pelo legislador e os demais princípios

da actividade administrativa, os princípios da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares, da justiça, da igualdade, da imparcialidade, da boa fé e da proporcionalidade [nas suas vertentes de adequação, necessidade e estrita proporcionalidade];

FF) Ou seja, a sua dimensão de dever de prossecução dos fins visados pelo legislador com a atribuição de uma margem de livre decisão à Administração aniquila qualquer veleidade de equacionar este como um espaço de livre escolha extrajurídica insusceptível de fiscalização judicial, donde o exercício do poder de formular ou não formular um juízo de anomalia sobre uma determinada proposta de preço está sujeito a um controlo votado, designadamente, a aferir o nível de satisfação dos fins a que se encontra funcionalizado;

GG) Para indagar sobre a [in]suficiência dos preços propostos para suportar a totalidade dos custos implicados na execução do contrato, a entidade adjudicante pode recorrer, não apenas aos valores mínimos dos encargos laborais e sociais que emergem das disposições legais e regulamentares aplicáveis, como igualmente aos valores médios das outras componentes de custos variáveis ou, até, dos custos fixos a suportar pelo adjudicatário, publicados por quaisquer entidades públicas ou privadas com conhecimento sobre a realidade do sector económico em causa, nomeadamente, os parceiros sociais [associações patronais e sindicais] e as entidades reguladoras das condições de trabalho;

HH) Sempre que a entidade adjudicante se confronta com a suspeita de insuficiência de uma proposta de preço para suportar a totalidade dos custos variáveis e, ou, fixos implicados na execução do contrato, a decisão de não formular um juízo de anomalia não atende nem pondera adequadamente as exigências e objectivos do dever de boa administração, isto é, do dever de prosseguir os interesses públicos da melhor maneira possível - razão pela qual essa é uma medida inapta e desadequada a uma prossecução [razoável] dos princípios da [sã] concorrência e da tutela do interesse público na integral e perfeita execução contratual;

II) Uma tal medida é ainda manifestamente desproporcional e irrazoável, pois a compressão ou restrição dos princípios da sã concorrência e da tutela do interesse público na integral e atempada execução contratual, que resulta da não formulação desse juízo e da não sujeição da proposta ao procedimento de verificação da anomalia, não é objectivamente justificada e compensada por qualquer incremento relevante do grau de concretização dos objectivos estritamente financeiros da entidade adjudicante, podendo ser inclusivamente contraproducente à satisfação desses mesmos objectivos por forçar a entidade contratante a custear mais tarde tanto ou mais do que inicialmente tinha perspectivado poupar;

JJ) Por outro lado, sempre que exista uma mínima margem para suspeita, o próprio exercício do poder-dever de formular um juízo de anomalia funciona como instrumento da dimensão objectiva da imparcialidade, pois o procedimento de verificação da anomalia é, em si mesmo, um meio privilegiado de recolha e ponderação de todos os elementos necessários e convenientes à tomada da decisão de exclusão ou não exclusão de uma proposta - donde, a opção pela formulação de um juízo de anomalia e pela consequente sujeição da proposta a um procedimento de verificação dessa anomalia evita que a decisão de avaliação e ordenação da proposta em causa incorra em violação

do princípio da imparcialidade na modalidade de défice de material de ponderação;

KK) Perante a existência de indícios de apresentação de uma proposta de preço abaixo de custo, a ponderação e harmonização dos princípios da sã concorrência e da tutela da execução integral e perfeita do contrato, por um lado, e da prossecução do interesse público financeiro, por outro, aqui destinada à maximização otimizada dos seus objectivos contraditórios, quando devidamente equacionadas à luz das circunstâncias do caso e dos princípios gerais da actividade administrativa, apontam uma única opção ao decisor: a qualificação do preço proposto como anormalmente baixo e a sujeição dessa proposta a um contraditório direccionado susceptível de confirmar ou desmentir as razões que fundamentam a suspeita;

LL) Em situações em que, como no presente caso, o preço proposto pela Contra-Interessada é inferior aos custos mínimos inerentes à prestação do serviço, opera-se uma redução da margem de livre decisão a zero e o poder funcional de qualificar certa proposta de preço como anómala convola-se num verdadeiro e estrito dever de formular esse juízo de anomalia, de produzir a respectiva notificação e, em consequência, de promover o subprocedimento de verificação dessa anomalia, sob pena de manifesto erro de apreciação das circunstâncias do caso e violação ostensiva dos princípios da sã concorrência e da tutela da execução perfeita e integral do contrato, da proporcionalidade e da imparcialidade na sua dimensão objectiva de ónus de ponderação de todos os interesses públicos e privados;

MM) Em face do exposto, resulta que a insuficiência do preço proposto para custear a globalidade das despesas inerentes à execução das obrigações abarcadas pelo objecto contratual constitui causa de exclusão da respectiva proposta e as propostas de preço abaixo de custo serão sempre juridicamente enquadráveis na figura do preço anormalmente baixo e excluídas à luz do disposto na alínea e) do nº 2 do artigo 70º do CCP. Ao entender de forma diferente, o acórdão recorrido interpretou e aplicou incorrectamente o mencionado preceito;

Da apresentação de uma proposta de preço de valor inferior ao inerente aos custos do serviço a contratar como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70º, nº 2 alínea f), do CCP;

NN) A terceira questão à qual, no entender da recorrente, cumpre dar resposta é a de saber se se deve considerar a adjudicação de uma proposta cujo preço não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço, como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70º, nº 2 alínea f) do CCP;

OO) Sem prejuízo da cláusula de exclusão de propostas de preço abaixo de custo presente na alínea e) do nº 2 do artigo 70º do CCP, a entidade adjudicante pode mesmo ser dispensada de iniciar o procedimento de contraditório previsto nos nºs 3 e 4 do artigo 71º, destinado a confirmar ou a infirmar os indícios relativos à possível formação ilícita do preço proposto, nos casos em que a proposta analisada se subsuma na previsão da cláusula - autónoma e não confundível com a anterior - constante da alínea f) do nº 2 do artigo 70º do CCP;

PP) Essa causa de exclusão é aplicável, entre outros, nos casos em que se haja demonstrado objectivamente, à luz da informação que consta dos respectivos documentos - dos documentos iniciais ou de posteriores esclarecimentos prestados nos termos do artigo 72º do CCP - que uma dada proposta, no caso de sobre ela recair a adjudicação, daria origem à celebração de um contrato cujo preço seria inferior ao montante necessário para que o adjudicatário cobrisse rigorosamente todos os custos decorrentes de normas legais ou regulamentares vinculativas e aplicáveis a tal contrato, independentemente de tais normas serem ou objecto de referência expressa nas peças do procedimento;

QQ) Tal solução não implica qualquer extravasação das atribuições de uma entidade adjudicante que não haja recebido responsabilidades específicas de fiscalização ou supervisão da conduta de entidades privadas nos âmbitos sociais ou laborais. É que o princípio da legalidade, com o conteúdo inerente ao modelo de Estado de Direito e acolhido pelo nº 1 do artigo 266º da CRP, pelo nº 1 do artigo 3º do CPA e pelo artigo 286º do CCP, englobando os subprincípios da preferência de lei e da precedência de lei pressupõe a iniciativa da Administração Pública para adequar positivamente cada regulamento, ato, contrato ou operação material à normatividade que a parametriza, escolhendo, não uma das soluções compatíveis com a lei, mas - sem prejuízo da óbvia subsistência de uma margem de livre decisão nos casos em que a lei lhe confira - a solução que melhor se conforma com a lei;

RR) Assim, nenhuma preterição do princípio da legalidade das competências e das atribuições existe quando uma entidade adjudicante, no exercício das responsabilidades inelimináveis de análise de propostas que o legislador lhe cometeu nos termos previstos nos nºs 1 e 2 do artigo 70º, no nº 1 do artigo 124º, no nº 2 do artigo 146º e nos nºs 1 e 4 do artigo 148º do CCP, se depara com um conjunto de informações que lhe atestam, sem margem para dúvidas, que a adjudicação da proposta que tem em mãos conduziria à celebração de um contrato que não poderia ser executado sem desrespeito por normas legais ou regulamentares que vinculam uma ou ambas as partes;

SS) Se, por conseguinte, a entidade adjudicante confirma que o universo de obrigações a fixar pelo contrato cuja celebração se prepara para aceitar não pode ser cumprido sem violação da legalidade vigente - isto é: confirma que, em face do teor da proposta que tem em mãos, o contrato não pode ser celebrado sem que a execução das suas prestações dê origem a uma ilegalidade - então, dando cumprimento ao disposto na alínea f) do nº 2 do artigo 70º do CCP, é o próprio teor da proposta, de modo explícito ou através da apreciação conjugada dos elementos que dela constam, que contém o fundamento para concluir que «o contrato a celebrar implicaria a violação de [...] vinculações legais ou regulamentares aplicáveis», porque o universo de obrigações contratuais projectado na proposta foi configurado de tal forma que não pode ser executado sem desrespeito por tais vinculações;

TT) Entendimento diverso implicaria admitir que, além da admissão [e possível adjudicação] de uma proposta em violação do disposto na alínea f) do nº 2 do artigo 70º, a entidade adjudicante poderia dispor-se - conscientemente, sabendo do vício em apreço - a celebrar um contrato de teor parcialmente ilegal, desconsiderando o disposto nos nºs 1 e 2 do artigo 284º do CCP - o que configuraria um absurdo inoportável para uma entidade sujeita ao princípio da legalidade e implicaria uma solução incompatível com o disposto no nº 2 do artigo 266º da CRP;

UU) Assim sendo, o acórdão recorrido, ao considerar que uma proposta de preço inferior aos custos mínimos do trabalho inerentes à prestação de serviços é admissível, interpretou e aplicou incorrectamente o artigo 70º, nº 2 alínea f) do CCP. Este preceito deve ser entendido no sentido de determinar a exclusão de uma proposta a qual, no caso de sobre ela recair a adjudicação, daria origem à celebração de um contrato cujo preço seria inferior ao montante necessário para que o adjudicatário cobrisse rigorosamente todos os custos decorrentes de normas legais ou regulamentares vinculativas e aplicáveis a tal contrato;

Da obrigatoriedade de um concorrente demonstrar se e quando beneficia de medidas legais que permitem que não tenha de suportar alguns custos;

VV) A quarta questão à qual, no entender da recorrente, cumpre dar resposta é a de saber se quando um concorrente se encontre legalmente dispensado de suportar determinados custos, o mesmo se encontra obrigado, atenta a definição de proposta [constante do artigo 56º do CCP] e as causas de exclusão das mesmas [previstas no artigo 70º do CCP], a demonstrá-lo perante o Júri do procedimento quando apresenta uma proposta;

WW) Conforme decorre do que se expôs anteriormente, uma vez que o júri de um procedimento verifique que o preço proposto não é suficiente para cobrir os custos inerentes à prestação do serviço, este tem o poder-dever de encetar o procedimento administrativo de verificação da compatibilidade das propostas apresentadas com as regras da concorrência, solicitando os necessários esclarecimentos aos concorrentes e tendo estes o correspectivo dever de os fornecer sob pena de a proposta ser excluída por preço anormalmente baixo;

XX) Assim, a simples possibilidade - nunca invocada e muito menos demonstrada - de um concorrente beneficiar de uma dispensa legal de suportar determinados custos não é suficiente para infirmar a conclusão de que a proposta de preço que não permita suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço deve ser excluída, consoante as circunstâncias, nos termos e para os efeitos do artigo 70º, nº 2 alínea e), do CCP, ou do artigo 70º, nº 2 alínea f) do CCP. Ao entender de forma distinta, o acórdão recorrido interpretou incorrectamente os artigos 1º, nº 4, 56º, 70º, nº 2 alíneas e) e f), e 71º, nº 2, todos do CCP. Estas normas devem ser interpretadas no sentido de considerar que a possibilidade, considerada em abstracto, de um concorrente beneficiar de dispensa legal de suportar determinados custos não é suficiente para obviar à exclusão da proposta;

Da impossibilidade de considerar medidas de apoio à contratação;

YY) A quinta questão à qual, no entender da recorrente, cumpre dar resposta é a de saber se um concorrente, cuja proposta de preço apresentada seja inferior ao custo mínimo inerente à prestação de serviços que se pretende contratar, pode apresentar, atenta a definição de proposta [constante do artigo 56º do CCP] e as causas de exclusão das mesmas [previstas no artigo 70º do CCP], como justificação do preço apresentado o benefício de «Medidas de Apoio à Contratação» cuja concessão, para os profissionais a afectar ao serviço em causa, ainda não estejam aprovadas;

ZZ) É comum que as entidades que praticam preços inferiores aos custos que a prestação de serviços acarreta alegarem que os preços por si propostos não são ilegais, porque: a) encerram condições para beneficiar das medidas de

apoio à contratação previstas na legislação, designadamente no DL n.º 89/95, de 06.05, e na Portaria n.º 106/2013, de 14.03; b) podem, por isso, deduzir esses benefícios aos custos que a prestação dos serviços determina; e c) não necessitam de comprovar a atribuição do benefício no momento de apresentação da proposta;

AAA) A atribuição de tais incentivos/apoios não decorre automaticamente do simples facto de ocorrer a celebração de um contrato com trabalhadores que se encontrem nas situações aí previstas. E independentemente de se poder discutir de que depende a atribuição destes benefícios, a verdade é sempre incontornável: nenhum concorrente pode nem garantir que o apoio é atribuído, nem tão-pouco garantir que o mesmo permanece válido ao longo do período relevante de execução do contrato;

BBB) A falta de certeza [firmeza] que rodeia a atribuição dos benefícios que servem de justificação ao preço inferior ao custo mínimo que a prestação do serviço acarreta, proposto pela Contra-Interessada, não pode ser indiferente para a avaliação feita pelo júri quanto às garantias dadas quanto à execução futura do contrato a celebrar;

CCC) A valer a tese que sustenta a consideração destas medidas na formação do preço constante da proposta, estaríamos remetidos a uma situação em que qualquer concorrente proporia o preço que entendesse e, na eventualidade de ser confrontado [i] com a qualificação de tal preço como anormalmente baixo, [ii] com a suspeita de preço abaixo de custo ou [iii] com a acusação de violação de disposições legais ou regulamentares, bastar-lhe-ia alegar a potencialidade futura [e ainda que incerta] de vir a ser beneficiário de um incentivo à contratação para «justificar» o preço proposto e, assim, afugentar para longe a ameaça da exclusão da sua proposta;

DDD) Teria sido encontrada a forma, astuta e procedimentalmente ágil, de impedir este efeito cominatório, podendo vaticinar-se que as exclusões de propostas com fundamento no preenchimento dos pressupostos previstos nas alíneas e), f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP se converteriam, a breve trecho, em prática caída em desuso;

EEE) Fácil é concluir que a eliminação prática do tecido normativo das alíneas e), f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP - assim convertidas em letra morta - não é um efeito consentido pelo bloco de legalidade, pois nunca qualquer concorrente na mesma situação, foi impedido de recorrer a tais benefícios à contratação ou de os fazer reflectir na sua proposta, apresentando preços mais competitivos, contanto que a disponibilidade dos mesmos possa ser comprovada e que com a sua concessão não seja colocada em causa a concorrência;

FFF) Com efeito, o que deve ser exigido pelo júri, para efeitos de aceitação deste fundamento para apresentação de um preço inferior aos custos que a prestação dos serviços [e admitindo, sem conceder, que esse preço pode ser justificável], é que tal justificação seja efectivamente demonstrada pelo concorrente que dela vai beneficiar e assim apresentar um preço mais baixo face aos restantes operadores económicos alinhados na compita. Exigência que procura acautelar os princípios gerais aplicáveis à contratação pública, designadamente de legalidade, concorrência e de prossecução do interesse público;

GGG) A filosofia subjacente às normas da contratação pública não é a da «concorrência a qualquer preço» sem olhar aos meios utilizados pelos

concorrentes para atingir o mais baixo preço proposto. Pois se assim não fosse não teria o Código plasmado as preocupações do legislador quanto ao cumprimento das obrigações legais e regulamentares ou quanto ao cumprimento dos ditames da legal concorrência plasmados, por exemplo, nas alíneas f) e g) do nº 2 do artigo 70º do CCP;

HHH) Esta filosofia está implantada desde as primeiras directivas sobre contratação pública. E foi em consonância com esta mesma filosofia que o legislador comunitário teve a preocupação de deixar expressa na Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.02.2014, a relevância do cumprimento das obrigações sociais e laborais por parte dos concorrentes [parágrafos 37) e 40) do preâmbulo];

III) E o legislador comunitário, na linha do que vimos defendendo, vai ainda mais longe: deixa expresso que a entidade adjudicante deve fazer este controlo através do mecanismo do preço anormalmente baixo e da exigência de meios de prova quanto ao preço apresentado;

JJJ) É manifestamente insubsistente a alegação de que, na hipótese de ser adjudicada uma proposta cujo preço incorporasse uma [potencial] medida de incentivo à contratação, o risco da não concessão desse auxílio de Estado recairia na esfera jurídica do concorrente adjudicatário, que continuaria obrigada a cumprir as obrigações salariais e sociais, não obstante o incentivo à contratação não tivesse sido concedido. Pois, nessa hipótese, o adjudicatário estaria sempre em incumprimento legal: incorreria na violação das disposições legais e regulamentares que fixam as obrigações salariais, sociais ou fiscais das inerentes à prestação do serviço objecto do contrato. E a entidade adjudicante estaria, em qualquer das hipóteses, a ser conivente com a prática de ilicitudes;

KKK) Portanto, a exigência de comprovação da concessão de medidas de apoio que permitam introduzir poupanças na formação do preço proposto é um requisito inteiramente justificável face àqueles que, já desde os primeiros ensinamentos de MARCELLO CAETANO e repetidos por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, se entendem ser os predicados insofismáveis de uma proposta apresentada num procedimento de formação de um contrato público/administrativo: a seriedade e a firmeza [ver MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, volume I, 10ª edição, páginas 559 e seguintes];

LLL) Além disso, a exigência de comprovação da concessão do incentivo à contratação no momento da apresentação da proposta não é violador do conceito de proposta vertido no nº 1 do artigo 56º do CCP, pois a concessão do incentivo à contratação não é atributo nem termo ou condição da proposta;

MMM) O que é atributo [ou termo ou condição] da proposta é o preço, e, quanto a estes aspectos, a lei [e, em consequência, a entidade adjudicante] basta-se com uma mera declaração de vontade, nos termos predispostos pelo nº 1 do artigo 56º do CCP;

NNN) Em face do exposto, o acórdão recorrido interpretou e aplicou incorrectamente os artigos 1º, nº 4, 56º, 70º nº 2 alíneas e) e f), e 71º nº 2, todos do CCP, os quais impõem a exclusão de uma proposta que contemple, na formação do preço, medidas de apoio à contratação ainda não atribuídas e sem as quais o preço proposto é inferior ao custo mínimo que a prestação de serviços acarreta;

Da aplicação do direito aos factos em resultado da resposta às questões suscitadas perante o STA;

OOO) Conforme se referiu supra, o acórdão recorrido decidiu que a definição do preço mínimo que a prestação de serviços acarreta é «matéria de direito e/ou conclusiva, que resulta da aplicação dos preceitos legais e regulamentares que regem sobre o trabalho prestado e ainda das peças do procedimento, pelo que não tinha de ser levada ao probatório. Acresce que, quer a contra-interessada, quer a entidade demandada impugnaram os artigos da petição inicial em causa». Em face dessa decisão, e tendo em conta o disposto no artigo 150º, nº 3, do CPTA, cumpre analisar se, efectivamente, o preço proposto pela Contra-Interessada é inferior ao custo inerente aos serviços a prestar;

PPP) Os custos dos serviços de vigilância humana podem ser classificados em, pelo menos, três categorias:

1. Os custos directos do trabalho, com ocorrência resultante do disposto na legislação e regulamentação vigentes e com valores também fixados pela lei;
2. Os custos relacionados com o trabalho, também com ocorrência derivada do disposto na legislação e regulamentação vigentes mas com valores que não são integralmente fixados em diplomas legais; e
3. Os outros custos, os quais podem integrar os custos com estrutura, os custos financeiros, os custos com cauções e a remuneração devida à *eSPap* [Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública];

QQQ) A não consideração de algum dos custos aludidos, designadamente os referidos nos parágrafos e 2 do artigo precedente, nos modelos de estabelecimento dos preços propostos, constitui uma ilegalidade que não pode ser ignorada;

RRR) Para definição dos custos que a prestação de serviços acarreta, importa começar por determinar o Número Potencial Máximo de Horas de Trabalho;

SSS) Nos termos da cláusula 16ª do CCT, o período normal de trabalho diário é de 8 horas e o período normal de trabalho semanal é de 40 horas [8 horas x 5 turnos semanais]. Nestes termos, e compreendendo cada ano 52 semanas, se outras disposições legais não existissem, o pessoal da vigilância privada poderia trabalhar anualmente 2.080 horas [40 horas semanais x 52 semanas]. É este o número máximo potencial de horas de trabalho do pessoal da segurança privada;

TTT) Contudo, a esse número de horas deve ser deduzido o Período de Férias [definido no nº 1 da cláusula 20ª do CCT]. Nestes termos, o número anual de horas de férias que o pessoal da segurança privada tem direito a gozar oscila entre um mínimo de 176 [22 dias úteis de férias x 8 horas] e um máximo de 200 [25 dias úteis de férias x 8 horas]. Para efeitos da presente análise toma-se o período mínimo de férias que o pessoal da segurança privada tem direito a gozar, ou seja, 22 dias, a que corresponde 176 horas;

UUU) Além disso, revela-se igualmente necessária a dedução do Período de Formação Contínua dos vigilantes [previsto no artigo 131º do Código do Trabalho]. Nestes termos, para efeitos de cálculo da duração do período de trabalho do

pessoal da segurança privada [e do custo mínimo desse trabalho], em respeito pelo princípio da especialização de exercícios, há necessariamente que considerar que, em cada ano, o pessoal não trabalha 35 horas;

VVV) Em face dos elementos referidos, poderemos agora determinar o Período Normal de Trabalho do Pessoal da Segurança Privada. Conjugando o disposto nas cláusulas 16ª e 20ª do CCT com o estabelecido no nº 2 do artigo 131º do Código do Trabalho, tem-se que o período máximo normal de trabalho do pessoal da segurança privada se eleva, em termos anuais, a 1.869 horas [máximo de 2.080 horas de trabalho potencial - mínimo de 176 horas de férias - mínimo de 35 horas de formação contínua];

WWW) Naturalmente, o número médio mensal de horas de trabalho normal do pessoal da segurança privada é de 155,75 [1.869 horas anuais/12 meses];

XXX) Importa então determinar o número necessário de vigilantes para a prestação do serviço. A prestação dos serviços objecto do Procedimento determina a afectação de um número mínimo de 4,69 vigilantes [8.757,8 horas de serviço a prestar anualmente (16.056 horas de contrato / 22 meses x 12 meses) / 1.869 horas de número máximo de horas de trabalho por vigilante];

YYY) Determinado o número de vigilantes necessários, cumpre então calcular o custo que os mesmos implicam [em função, designadamente, da cláusula 22ª do CCT e mais concretamente o Anexo II daquela convenção]. Ora, por aplicação da fórmula consagrada no nº 3 da cláusula 22ª do CCT, o valor mínimo da hora de trabalho normal dos vigilantes é de 3,70€;

ZZZ) Contudo, o valor da hora de trabalho normal não reflecte o custo efectivo da hora de trabalho normal [CEHTN], uma vez que nos períodos de férias e de formação contínua, os prestadores de serviços têm de remunerar não só o pessoal que se encontra em alguma das situações assinaladas mas também o pessoal que os substitui enquanto se encontrarem de férias ou em acções de formação;

AAAA) Assim, o custo efectivo das horas normais de trabalho é de cerca de 4,12 euros;

BBBB) Importa ainda ter em conta os custos com o Subsídio de Alimentação, fixado na cláusula 22ª do CCT, e que se eleva a 5,69€ por cada turno de 8 horas de trabalho, ou seja, a um valor por hora de trabalho de cerca de 0,71€ [5,69€ / 8horas];

CCCC) Além disso, importa considerar o Acréscimo Remuneratório por Trabalho Nocturno [tendo em conta a cláusula 24ª do CCT] que ascende a 0,93€ [3,70€ x 25%];

DDDD) Também o Acréscimo Remuneratório por Trabalho em Feriado, que, nos termos da cláusula 26ª do CCT, é de 125%, deve ser considerado;

EEEE) Contudo, tendo em conta o nº 4 do artigo 7º da Lei nº 23/2012, de 25.07, o acréscimo remuneratório total devido por trabalho prestado em dia feriado diminuiu de 125% para 50% [artigo 269º do Código do Trabalho];

FFFF) Esta diminuição do acréscimo remuneratório devido por trabalho em dia feriado, resultante da suspensão das cláusulas 25ª e 26ª do CCT, pelos dois anos subsequentes à data da entrada em vigor da Lei nº 23/2012, de 25.07,

ficou temporalmente delimitada entre 1 de Agosto de 2012 e 31 de Julho de 2014, em virtude do Acórdão nº 602/2013, de 20.09.2013 do Tribunal Constitucional;

GGGG) Assim, todas as propostas apresentadas ao Procedimento devem ter em consideração que, por força do disposto no Acórdão, o custo do trabalho prestado em dia feriado aumentará, a partir de 31.07.2014, de 50% para 125% do custo do trabalho prestado em dia não feriado;

HHHH) Assim, os serviços objecto do Procedimento prestados até 31.07.2014 [7 meses] determinarão que se pague aos vigilantes um acréscimo médio devido pelo trabalho a prestar em dias feriados de 50%. Nos restantes 15 meses, esse acréscimo aumentará para 125%. Desta forma, o acréscimo médio a pagar pelo trabalho prestado em dias feriados elevar-se-á a 101,136% [7 meses x 50% + 15 meses x 125%) / 22 meses];

IIII) Finalmente, cumpre ainda ter em conta os Subsídios de Férias e de Natal regulados pelas cláusulas 31ª a 32ª do CCT e que, em conjunto, correspondem a 2/12 de todas as remunerações mensais, com excepção do subsídio de alimentação;

JJJJ) A taxa normal contributiva para a Segurança Social, de responsabilidade das entidades empregadoras com fins lucrativos, é de 23,75% e tem por base de incidência a remuneração ilíquida dos trabalhadores;

KKKK) Em conclusão, e face ao disposto na legislação e regulamentação vigentes, os valores mensais dos custos mínimos directos do trabalho a prestar na execução dos serviços objecto do Procedimento são os seguintes:

Valores Mensais dos Custos Mínimos Directos do Trabalho

Descritivo	Unidade	HHHd	HHHn	HHId	HHIn	Totais
Horas de Serviço e Pessoal						
Horas Contratuais (22 meses)	h	9.765,00	5.259,00	270,00	162,00	16.056,00
Número médio mensal de horas	h / 22m	443,86	266,32	12,27	7,36	729,82
Pessoal	#	2,85	1,74	0,08	0,05	4,69
Custos Médios Mensais						
Remuneração base	€/ mês	1.829,40	1.097,64	59,58	39,35	3.007,98
(+) Acréscimo por trabalho nocturno	€/ mês	0,00	246,57	0,00	6,62	253,39
(+) Acréscimo por trabalho em feriado	€/ mês	0,00	0,00	45,97	27,58	73,55
(+) Subsídios de férias e de natal	€/ mês	304,90	224,04	16,09	10,79	555,82
(-) Contribuição para a Segurança Social	€/ mês	596,90	372,46	26,75	17,54	924,05
(+) Subsídio de alimentação	€/ mês	216,70	189,42	8,73	5,24	519,08
(+) FG Compensação do Trabalho	€/ mês	1,37	0,82	0,04	0,02	2,25
(-) Total dos Custos Mínimos Directos	€/ mês	2.358,27	2.130,95	148,16	98,74	5.336,12

Fontes: Peças do Procedimento e Legislação e Regulamentação Vigentes.

LLLL) Nenhuma empresa de segurança privada poderá incorrer em custos directos do trabalho inferiores a 5.336,12€ mensais na prestação dos serviços

objecto do Procedimento, uma vez que se está na presença de custos «tabelados» na lei;

MMMM) Ora, a Contra-Interessada apresentou uma proposta mensal de 5.198,15€, valor inferior ao custo mínimo mensal que a prestação do serviço determina, o que significa que a B..... não pretende respeitar as vinculações legais e regulamentares vigentes;

NNNN) Além disso, note-se que existem outros custos relacionados com o trabalho que deveriam ainda ter sido considerados pela Contra-Interessada;

OOOO) Tendo em consideração que o preço apresentado pela B..... não permite cobrir os custos directos mínimos do trabalho, pode-se inferir que o concorrente também não considera qualquer dos custos relacionados com o trabalho, supra identificados [o que, aliás, aumenta a evidência da ilegalidade da proposta da Contra-Interessada];

PPPP) Finalmente, a execução dos serviços objecto do Procedimento implica ainda que se incorra no custo relativo à remuneração devida à *eSPap*, com um valor equivalente a 1,0% do preço proposto, conforme o disposto no artigo 26º do «Caderno de Encargos do Acordo Quadro» [junto como documento 9 com a Petição Inicial];

QQQQ) Tendo em consideração que o preço apresentado pela B..... não permite cobrir os custos directos mínimos do trabalho, pode-se inferir que o concorrente também não considerou a remuneração devida à *eSPap*, de valor equivalente a 1,0% do preço proposto, obrigatória para todos os contratos celebrados no âmbito do «Acordo Quadro»;

RRRR) Em suma, a B..... propôs-se praticar um preço predatório de 5.198,15€ mensais pela prestação de um serviço que lhe imporá, no caso de respeitar todas as vinculações legais, regulamentares e contratuais, um custo mínimo mensal de 5.336,12€, correspondente aos custos directos mínimos do trabalho, sem considerar outros custos relacionados com o trabalho e a remuneração da *eSPap*. Ficando assim demonstrada a ilegalidade da proposta da Contra-Interessada;

Do pedido formulado no presente recurso;

SSSS) Na presente acção, a recorrente começa por requerer a declaração de nulidade, ou, caso assim se não entenda, a anulação da decisão de adjudicação proferida no âmbito do ajuste directo para a contratação da prestação de serviços de vigilância e segurança na Escola Secundária [e, subsequentemente, do contrato celebrado com a Contra-Interessada]. Além disso, a recorrente requer a condenação da Entidade Recorrida à adjudicação da proposta apresentada pela recorrente e à celebração do contrato;

TTTT) Anulando-se o acto que determinou a adjudicação da proposta apresentada pela Contra-Interessada, e tendo a recorrente ficado classificada imediatamente a seguir à proposta daquela, e inexistindo qualquer razão que determine a exclusão da proposta da recorrente, impõe-se a adjudicação a esta. Como consequência da adjudicação da proposta apresentada pela recorrente, a Entidade Demandada deve ser condenada, por ser um acto a que legalmente está vinculada, a celebrar o contrato com a recorrente.

Termina pedindo que o presente recurso de revista seja admitido, e revogado o acórdão recorrido, e que, conseqüentemente, seja julgada procedente a acção nos seguintes termos:

a) Declarando a nulidade, caso assim se não entenda, a anulação da decisão de adjudicação proferida no âmbito do ajuste directo para a contratação da prestação de serviços de vigilância e segurança na *Escola Secundária*, e, subsequentemente, a nulidade ou a anulação do contrato celebrado com a Contra-Interessada;

b) Condenando a *Parque Escolar* a adjudicar a proposta apresentada pela recorrente; e,

c) Condenando a *Parque Escolar* a celebrar o contrato com a autora na sequência da adjudicação mencionada no ponto anterior.»

3. A entidade recorrida, PARQUE ESCOLAR, apresentou contra-alegações que conclui assim:

A) O recurso de revista reveste uma natureza excepcional, merecendo, por isso, uma análise rigorosa da questão subjacente, designadamente se a mesma consubstancia uma relevância jurídica ou social ou reveste de importância fundamental, que permita a sua admissibilidade;

B) A decisão da 1ª instância julgou improcedente a acção, considerando que não se verifica a invalidade do acto de adjudicação. O acórdão recorrido confirmou a decisão de legalidade do acto de adjudicação. As questões em apreço para além da sua natureza necessariamente casuística, reportam-se a juízos sobre factos;

C) A recorrente submeteu à apreciação do Supremo Tribunal Administrativo 5 questões teóricas e genéricas, sem qualquer concretização e desligadas dos contornos específicos da situação factual objecto dos autos em apreço, questões novas que não foram questionadas nem na 1ª nem na 2ª instância;

D) O recurso de revista não visa apreciação de questões novas que não tenham integrado o objecto da acção;

E) O Supremo Tribunal Administrativo, por acórdão de 14.02.2013, já apreciou a legalidade da apresentação de preços insuficientes para fazer face aos custos com as remunerações devidas aos trabalhadores necessários à execução do contrato que visa celebrar;

F) Estando a matéria objecto do recurso já esclarecida pelo Supremo Tribunal Administrativo, a eventual relevância jurídica ou social [a qual não se vislumbra sequer existir, pelo menos, fora deste processo] esgota-se;

G) Não foi sequer invocada ou demonstrada a existência de qualquer erro clamoroso de aplicação da lei aos factos e não foram atacados os fundamentos com base nos quais o acórdão ora recorrido decidiu;

H) Por não se verificarem os pressupostos exigidos pelo artigo 150º, nº 1, do CPTA, não deve ser admitido este recurso de revista;

Sem conceder e por mera cautela de patrocínio:

- I) Resultou provado que o preço apresentado pela Contra-interessada não configura um preço anormalmente baixo, sendo que não resultou provado que o preço da proposta vencedora é inferior ao valor dos encargos obrigatórios com pessoal;
- J) Da argumentação apresentada pela recorrente, não se pode, sem mais, concluir que o valor proposto pela Contra-interessada viola normas legislativas e, mais, que se reconduz a uma prática restritiva da concorrência;
- K) As propostas cujo preço reflecte medidas de apoio à contratação [ou qualquer outra iniciativa que permita reduzir, legalmente, os custos] não padecem de qualquer ilegalidade, não carecendo, tal circunstância, de ser demonstrada aquando da apresentação das mesmas, porquanto, o CCP assim não o determinou;
- L) Não pode ser imposto às entidades adjudicantes que sejam considerados não apenas os custos com o trabalho estabelecidos na lei mas também os valores médios dos «outros custos relacionados com a trabalho» tal como divulgados pelos parceiros sociais e pelas entidades reguladoras das condições de trabalho, porquanto estes custos não têm valor mínimo fixado pela lei e são custos, pela sua natureza, variáveis e subjectivos;
- M) O CCP não estipula os termos em que o preço deve ser formado nem a sua decomposição numa determinada estrutura fixa de custos, sendo que o princípio da liberdade de gestão empresarial e da autonomia da estratégia empresarial confere aos concorrentes o direito de organizar a sua actividade como bem entendam;
- N) Não é a execução de cada contrato isoladamente considerado que tem de garantir o pagamento dos encargos legais, mas sim os resultados económicos-financeiros relativos a toda a sua actividade;
- O) O CCP apenas estabeleceu como limite ao princípio da liberdade de formação de preços o preço anormalmente baixo;
- P) Os acordos de preços e a imposição de preços mínimos geram distorções graves no mercado, impedindo que a formação do preço seja ditada pela regra da concorrência;
- Q) Andou bem o júri do procedimento ao não excluir a proposta apresentada pela aqui contra-interessada, não padecendo o acto de adjudicação de qualquer ilegalidade, designadamente não há fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência, pelo que não se encontra indiciada a prática de factos restritivos da concorrência.

Termina pedindo que o recurso de revista não seja admitido, ou, caso assim se não entenda, lhe seja negado provimento, confirmando-se o acórdão recorrido.

4. Também a contra-interessada B..... contra-alegou, concluindo assim:

Da inadmissibilidade da revista

I. A presente acção, tal como delineada pela A..... na petição inicial,

assenta em dois pressupostos errados: [i] a pretensa necessária exclusão de propostas que apresentem preço insuficiente para fazer face aos «custos inerentes à prestação de serviços que pretende contratar» e [ii] a pretensa insuficiência da preço proposto pela B..... no procedimento para fazer face a esses custos;

II. As múltiplas questões que a recorrente pretende que sejam decididas pelo Supremo Tribunal Administrativo e nas quais delimitou o objecto da revista, nos termos da conclusão A) das suas alegações circunscrevem-se à da ilegalidade da apresentação, num procedimento de contratação público, de um preço alegadamente inferior aos custos inerentes à prestação;

III. As demais quatro «questões» eleitas pela recorrente não são mais do que concretizações ou argumentos relativos à questão identificada em II e/ou ficam prejudicadas pela resposta a dar à mesma [já que, decidindo-se pela legalidade da apresentação de preço inferior aos denominados custos terá que se concluir que um preço com tais características não pode ser enquadrado na alínea e) do nº 2 do artigo 70º do CCP pelo que será irrelevante aferir se esse preço pode ser considerado justificado com base em medidas de apoio à contratação ou no facto de o concorrente estar legalmente dispensado de suportar determinados custos];

IV. O Supremo Tribunal Administrativo, em Acórdão de 14.02.2013, processo nº 0912/12, proferido no âmbito de recurso de revista excepcional relativo a uma acção de contencioso pré-contratual, já apreciou a legalidade de fixação de preço base e de apresentação de preços insuficientes para fazer face aos custos com as remunerações devidas aos trabalhadores necessários à execução do contrato que se visava celebrar, por referência ao artigo 70º nº 2 alínea f) do CCP, aos princípios da igualdade, da transparência e da concorrência, ao artigo 3º do DL nº 370/93, de 29.10, e aos instrumentos de regulamentação colectiva;

V. Tendo aí decidido que não é a execução de cada contrato que tem que assegurar o pagamento dos inerentes custos com o pessoal mas sim toda a actividade e todo o património do concorrente, que a apresentação de propostas com preço inferior aos custos não implica a intenção de incumprimento dos encargos legalmente impostos e que algumas empresas, por deterem determinadas condições, podem apresentar preços mais vantajosos que outras, sem que tal implique a violação de qualquer disposição legal ou das regras da concorrência;

VI. O TCAS, no acórdão recorrido, decidiu no mesmo exacto sentido que o STA no referido Acórdão de 14.02.2013, que, inclusivamente, citou;

VII. O acórdão recorrido não revela a existência de interpretação insólita ou de erro manifesto ou grosseiro;

VIII. Estando a matéria objecto do recurso já esclarecida pelo STA e tendo o acórdão recorrido seguido a respectiva linha de entendimento, a problemática elegida pelo recorrente perdeu relevo, não podendo ser já considerada de importância fundamental nem claramente necessária para melhor aplicação do direito [por todos, o AC STA de 15.01.2015, processo 01545/14], pelo que a revista não deve ser admitida;

IX. Por outro lado, não foi decidido, em 1ª ou 2ª instância, que o preço apresentado pela B..... no procedimento fosse inferior aos custos com o trabalho, nem tal resulta da factualidade apurada e fixada pelas instâncias;

X. E nem a recorrente requereu que o STA apreciasse a questão de saber se o preço apresentado pela B..... no procedimento fosse inferior aos custos com os trabalhadores necessários à execução das prestações de vigilância tal como descritas no respectivo Caderno de Encargos;

XI. De qualquer forma, tal questão nunca preencheria os pressupostos do artigo 150º do CPTA porque está intimamente conexcionada com as particularidades deste procedimento pré-contratual, não tendo qualquer tipo de repercussão ou de relevo para além da decisão do caso singular nem contendendo com interesses especialmente importantes da comunidade;

XII. Não tendo sido decidido, ou sequer avaliado, em 1ª e 2ª instância se o preço da B..... era insuficiente para fazer face aos «custos necessários à prestação» qualquer decisão sobre as questões objecto da revista [ainda que no sentido pretendido pela recorrente] não assumirá relevância para a decisão a tomar, pois não determinará a procedência da acção;

XIII. Não pode discutir-se no quadro do recurso de revista excepcional uma questão de direito que não assume relevância no caso concreto, pelo que também por esta razão a revista é inadmissível;

XIV. Para mais, a recorrente não invocou em 1ª ou 2ª instância que a B..... tenha justificado o preço apresentado com base em medidas de apoio à contratação ainda não aprovadas e, ou, em alegações não demonstradas de que estava dispensada de fazer face a certos custos com o pessoal, nem tal resulta da factualidade apurada e fixado pelas instâncias;

XV. A recorrente, em 1ª e 2ª instância, também não questionou a legalidade da proposta da B..... ou da decisão de adjudicação com base nesses fundamentos;

XVI. O recurso não visa a apreciação de questões novas que não tenham integrado o objecto da acção nem questões que não tenham respaldo na matéria de facto julgada provada, pelo que, a 4ª e 5ª questões sempre são inadmissíveis;

XVII. Também a segunda questão [enunciada na conclusão A) sob o nº ii)] não assume relevância no caso concreto [pois tendo as peças processuais fixado preço base - alínea D) dos Factos Provados - a situação enquadra-se no nº 1 e não no nº 2 do artigo 71º do CCP], pelo que também será inadmissível o conhecimento desta nova questão em sede de revista;

XVIII. Mais se diga que questões elencadas na conclusão A) das alegações de recurso não se consubstanciam em verdadeiras questões, mas sim em argumentos sobre uma questão e estão eivadas de conceitos indeterminados, não se especificando concretamente a matéria relativamente à qual se pretende que o STA se pronuncie [designadamente, quais os «custos mínimos inerentes à prestação do serviço» e quais as «medidas de apoio à contratação»];

XIX. Pelo que, por não estarem preenchidos os pressupostos do artigo 150º do CPTA, a revista não deverá ser admitida;

Da improcedência da revista

XX. Não há no CCP qualquer disposição que delimite os termos em que o preço deva ser formado ou que imponha a decomposição do mesmo numa determinada estrutura fixa de custos [Parecer de Mário Esteves de Oliveira];

XXI. Atento o princípio da liberdade de gestão empresarial [artigo 61º da CRP] e da autonomia da estratégia empresarial os operadores têm o direito de organizar a sua actividade como bem entendam, de acordo com os seus próprios critérios e opções;

XXII. Nada obriga o concorrente a organizar a sua gestão de custos de molde a imputar os custos com os trabalhadores nos preços dos contratos celebrados com os clientes aos quais esses trabalhadores serão afectos [AC do STA de 14.02.2013, processo 0912/12];

XXIII. É a totalidade das receitas obtidas pela empresa no cômputo geral da sua actividade ou mesmo a totalidade do seu património que deverá cobrir a totalidade das despesas geradas por essa actividade [AC do STA de 14.02.2013, processo 0912/12];

XXIV. Os critérios e opções dos operadores podem levar a que certos custos sejam considerados e imputados num contrato e não considerados noutros;

XXV. Pelo que o preço proposto pode, simplesmente, espelhar a estratégia comercial do concorrente [AC TCS de 07.02.2013, processo nº 09611/13];

XXVI. Tais razões estratégicas podem levar à apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, sem que isso determine qualquer ilegalidade, designadamente, o incumprimento das obrigações retributivas e contributivas, porque o que releva é que os resultados económico-financeiros da empresa no cômputo geral da sua actividade sejam amplas a garantir esse cumprimento [AC do STA de 14.02.2013, processo 0912/12, e Parecer de Mário Esteves de Oliveira];

XXVII. O legislador do CCP apenas estabeleceu um limite ao princípio da liberdade de formação de preços, prevendo um limiar de anormalidade do preço que os concorrentes estão proibidos de ultrapassar [e, ainda assim, não em termos absolutos mas sob condição da falta de uma justificação racional] sendo o preço anormalmente baixo o único «preço mínimo» legal [AC do TCAS de 07.02.2013, processo nº 09611/13];

XXVIII. Não tendo o legislador ordinário estabelecido qualquer outra limitação ao princípio constitucional da liberdade de formação de preços, as entidades adjudicantes não podem fazê-lo, mesmo nos termos do artigo 132º do CCP, não lhes cabendo imiscuir-se no modo como a empresa vendedora organiza os seus meios de produção e como calcula, imputa ou reparte os custos respectivos [Parecer Mário Esteves de Oliveira];

XXIX. A imposição de um preço mínimo constitui uma barreira manifestamente falseadora e restritiva da concorrência e da liberdade comercial que impede as agentes económicos mais eficazes de apresentar preços mais vantajosos, gerando uma subida artificial dos preços, com o inerente prejuízo para a interesse público [Parecer Mário Esteves de Oliveira e Parecer de Nuno Ruiz];

XXX. Os acordos de preços e a imposição de preços mínimos geram distorções graves no mercado, impedindo que a formação do preço seja ditada

pelo binómio procura/oferta, o que consubstancia infracção da concorrência grave e por objecto, prevista no artigo 9º da Lei nº19/2012 [Parecer de Nuno Ruiz];

XXXI. Contrariamente ao que afirma a recorrente, da apresentação de um preço de valor inferior aos custos salariais e sociais obrigatórios não deriva qualquer incumprimento das normas legais e regulamentares porque a assunção de um contrato nesses termos em nada afecta o dever do concorrente de cumprir as suas obrigações retributivas e contributivas [AC STA de 14.02.2013, processo 0912/12];

XXXII. O conteúdo dum contrato de prestação de serviços de vigilância e segurança humana não tem quaisquer implicações no que respeita às remunerações a que os trabalhadores da empresa de segurança privada legalmente têm direito, nem no que respeita às contribuições obrigatórias para a Segurança Social [Parecer de Mário Esteves de Oliveira];

XXXIII. Não é a execução de cada contrato isoladamente considerado que tem de garantir o pagamento dos encargos legais mas os resultados económico-financeiros da co-contratante reportados a toda a sua actividade pelo que o facto de uma proposta de preço num determinado procedimento não reflectir determinadas encargos, não significa que o concorrente não os suporte/pague [AC do STA de 14.02.2013, processo 0912/12];

XXXIV. Tal situação também não gera qualquer incumprimento de normas concorrenciais porque a venda com prejuízo, no ordenamento jurídico nacional, apenas é proibida nos termos definidos no artigo 5º do DL nº 166/2013, sendo que tal disposição apenas é aplicável às [re]vendas de bens e produtos e não às prestações de serviços, assim o determinando os elementos literal, histórico e teleológico da interpretação [Parecer de Mário Esteves de Oliveira e Parecer de Nuno Ruiz];

XXXV. A apresentação, num procedimento pré-contratual, de um preço mais baixo que o de outro agente económico não constitui acto contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade, isto é, em qualquer acto de concorrência desleal [Parecer de Nuno Ruiz];

XXXVI. A prática de preços predatórios apenas constituiria ilícito anti-concorrencial se o operador tiver uma posição dominante, o que não é o caso da B..... [Parecer da Autoridade da Concorrência];

XXXVII. Do entendimento supra exposto não deriva qualquer desconsideração do legislador nacional pelas problemáticas do cumprimento das obrigações laborais e sociais e do risco da degradação de propostas;

XXXVIII. Porque, as entidades adjudicantes estão vinculadas a verificar se as entidades competentes declararam que o adjudicatário/co-contratante cumpre as suas obrigações retributivas e contributivas, quer na fase da adjudicação [artigos 55º e 81º nº 1 alínea b) do CCP], quer aquando da realização de cada pagamento [artigo 31º-A do DL nº 155/92];

Assim,

XXXIX. O interesse público em não contratar e em não efectuar pagamentos a entidades que não cumprem tais obrigações está devidamente acautelado;

XL. Seria manifestamente despropositado impor às entidades adjudicantes que se investissem no papel de fiscal de todo a ordenamento jurídico e que, ademais, procedessem a exercício de futurologia levando-as a, na fase de análise das propostas, presumir, a montante, o cumprimento ou incumprimento futuro, pelos concorrentes, das suas obrigações retributivas e contributivas [Parecer de Mário Esteves de Oliveira];

Assim,

XLI. O método previsto nos artigos 55º e 81º nº 1 alínea b) do CCP e 31º-A do DL 155/92 é o único estipulado na Lei e ademais é eficaz para assegurar a realização daquele objectivo;

XLII. O interesse público em não aceitar propostas que não sejam sérias ou credíveis também está devidamente assegurado pelo regime do preço anormalmente baixo, nas termos em que este foi fixado no CCP, uma vez que são atribuídos amplos poderes às entidades adjudicantes para fixar o que se entende por preço anormalmente baixo [artigos 115º nº 3, 132º nº 2 e 189º nº 3 do CCP], sendo de presumir que tal decisão foi tomada de forma ponderada e reflectida e de acordo com os particulares conhecimentos de que aquela entidade é titular sobre o mercado/sector em que actua;

XLII. A legislação comunitária apenas prevê uma obrigatoriedade de os Estados-Membros assegurarem que, na execução dos contratos, os operadores cumprem as suas obrigações sociais, laborais e contributivas, o que, como referido nas conclusões XXXVIII e seguintes, está devidamente acautelado pelo legislador nacional;

XLIV. Os demais riscos a que a recorrente alude [incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, pressões para renegociar o contrato ou para rever as preços] para além de especulativos e não demonstrados, também foram assegurados pela legislador nacional que, nos artigos 282º, 300º, 311º e seguintes, 325º e seguintes e 382º, estabeleceu os exactos termos em que tais circunstâncias podem ocorrer e/ou as consequências das mesmas;

Assim,

XLV. Os concorrentes podem fixar livremente os preços que propõem nos procedimentos de contratação pública e,

XLVI. Uma proposta de preço de valor inferior aos custos com o trabalho não integra a previsão da alínea f) do nº 2 do artigo 70º e não viola nem esta última disposição, nem o direito comunitário, nem o Código do Trabalho, nem o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social, nem os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho;

XLVI. O entendimento da recorrente no sentido da interpretação extensiva do artigo 71º nº 2 do CCP viola a letra da lei, que claramente apenas abrange naquela disposição as situações em que as peças concursais não fixam o que se deva entender por preço anormalmente baixo;

XLVIII. Tal entendimento, viola, também, a *ratio* da norma, ao permitir que, ao arrepio do princípio da estabilidade das regras concursais, a entidade adjudicante possa, após a abertura das propostas, alterar as regras que ela mesma delineou nos documentos concursais e às quais se vinculou, e

considerar como anormalmente baixos preços que como tal não estavam qualificados nos documentos concursais;

XLIX. Também o princípio da boa-fé [artigo 6º-A do CPA] e o inerente princípio da tutela da confiança dos administrados determinam a ilegalidade de alterações, na pendência do procedimento pré-contratual, do que se entende por preço anormalmente baixo, por tal violar as legítimas expectativas dos concorrentes que adoptaram uma dada estratégia concorrencial com base nos dados constantes das peças concursais;

L. A previsão do artigo 71º nº 1 do CCP, pressupõe que o valor do preço anormalmente baixo, face ao referido nas peças concursais, é absolutamente certo e determinado e não corre o risco de ser influenciado ou falseado pelos concorrentes;

LI. Pelo que a jurisprudência Lombardini [em que estava em causa um limiar de anomalia baseado na média dos preços das propostas, que, por isso, era desconhecido pela entidade adjudicante na fase de apresentação das propostas e que corria o risco de ser falseado e em que as instâncias comunitárias admitiram que, nessas situações, e atentas esses riscos, a entidade adjudicante pudesse reconsiderar o critério adoptado] não é extrapolável para as situações que se enquadram na previsão do artigo 71º nº 1 do CCP;

LII. No que concerne aos objectivos do legislador comunitário com a instituição do regime do preço anormalmente baixo [evitar a apresentação de propostas não sérias e credíveis e o risco de incumprimento das obrigações sociais e contributivas] remete-se para o referido nas conclusões XXXVIII e seguintes concluindo-se que os mesmos estão assegurados pelo legislador nacional;

LIII. A interpretação defendida pela A....., levaria a que, em teoria, qualquer preço apresentado pudesse ser considerado anormalmente baixo e, conseqüentemente, tivesse que ser justificado sob pena de exclusão, situação que, para além de tudo a referido quanto à violação da liberdade empresarial e do princípio da segurança jurídica, traduzir-se-ia também numa imposição de divulgação de segredos de negócios e de informações estratégicas [Parágrafo 86 das Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado, Parecer de Mário Esteves de Oliveira e Parecer de Nuno Ruiz];

LIV. Sendo que uma prática, seja qual for a sua forma, da qual resulte a possibilidade de obtenção de dados individualizados sobre as intenções em matéria de preços, é, pela sua própria natureza, prejudicial ao normal e correcto funcionamento da concorrência [deliberação da Autoridade do concorrência de 16 de Dezembro de 2008, proferida no PRC 26/05 e Parecer de Nuno Ruiz];

LV. Mais se diga que os termos em que a A..... pretende impor que o juízo de anormalidade do preço seja efectuado [conclusão GG das alegações] são, também, marcadamente ilegais;

LVI. Desde logo porque a qualificação de um preço como anormalmente baixo depende de juízo discricionário [não obstante fundamentado] do Júri [AC do TCAS de 09.11.2011, processo 07483/11], não podendo ser imposto um concreto método;

Ora,

LVII. O que a A..... pretende é impor às entidades adjudicantes que para fixação do limiar do preço anualmente baixo considerem não apenas aos custos como trabalho estabelecidos na lei mas também aos valores médios dos

«outros custos relacionados com o trabalho» tal como divulgados pelos parceiros sociais e pelas entidades reguladoras das condições de trabalho;

LVI. Tais custos não têm qualquer valor mínimo fixado na lei que se imponha a todos os operadores;

LIX. São custos, por natureza, variáveis, que dependem de inúmeros factores ligados à capacidade de gestão, capacidade comercial e capacidade negocial dos concorrentes;

LX. Quanto a tais custos não pode ser imposto a qualquer operador que suporte um determinado valor ou que utilize uma dada fórmula para calcular esses custos, designadamente, as constantes da recomendação da ACT que não tem qualquer valor vinculativo [AC do TCAN de 06.12.2013, processo 02363/12.6BELSB];

LXI. Aliás, a Recomendação da ACT, tal como emitida, constitui intromissão nos critérios de gestão e na capacidade negocial e organizativa das empresas e introduz uma forma inadmissível de fixação de preços mínimos, proibida pelo artigo 9º da Lei nº **19/2012**, de 08.05 [Parecer de Nuno Ruiz];

LXII. Conclui-se pela total ilegalidade da interpretação extensiva do artigo 71º nº 2 do CCP defendida pela A.....;

LXIII. No que concerne à possibilidade de recurso a medidas de apoio à contratação ou a circunstâncias que legalmente isentam o concorrente de fazer face a certos custos, e sem prejuízo do referido nas conclusões X a XVI, a admissibilidade de recurso às mesmas na formação do preço a propor em procedimentos pré-contratuais já foi afirmada pelo TCA Sul em vários acórdãos [para além do acórdão recorrido, AC de 20.03.2014, processo 10857/14, e de 07.02.2013, processo nº 09611/13];

LXIV. Impedir os concorrentes susceptíveis de beneficiar de certas condições que reduzem os custos de reflectir tais condições no preço proposto traduzir-se-ia numa violação grosseira do princípio da concorrência e da liberdade comercial;

LXV. Cada operador de per si é alheio às opções dos demais, não podendo ser prejudicados pelo facto de ser o único o recorrer a medidas legais a que qualquer outro concorrente poderia ter também recorrido;

LXVI. A jurisprudência comunitária admite, inclusivamente, que não viola o princípio da igualdade a possibilidade de concorrerem entidades beneficiárias de certas subvenções, sendo tal compatível com a Directiva 2004/18/CE [Acórdãos de 23.12.2009, processo C-305/08 e de 07.12.2000, processo 0-94/99];

LXVII. As medidas de apoio à contratação previstas no DL nº 89/95 e na Portaria 106/2013 visam combater o desemprego e são medidas gerais aplicáveis a todo o território nacional, a todos os sectores de actividade e a todas as empresas;

LXVIII. Estas medidas não se destinam a auxiliar estes ou aqueles empregadores em função do sector em que actuam ou da actividade que exercem, pelo que não têm carácter selectivo nem afectam ou disfarçam a concorrência [Parecer de Nuno Ruiz];

LXIX. Não é verdade que a concessão dos benefícios seja de verificação incerta ou hipotética já que a decisão é vinculada, depende de pressupostos objectivos cuja verificação é controlável e desde que uma empresa os cumpra o Estado tem que conceder as medidas, não podendo optar por não as conceder, ou só as conceder àquela ou a esta empresa com base num juízo discricionário;

LXX. A exigência de que - para repercussão no preço - as medidas já estejam concedidas à data da apresentação da proposta não tem enquadramento legal e viola o artigo 56º nº 1 do CCP;

LXXI. O CCP não exige que, ao assumir o compromisso de contratar, o concorrente disponha dos meios a afectar à prestação de serviço, caso a mesma lhe venha a ser adjudicada;

LXXII. O facto de um concorrente ter declarado na sua proposta que poderá beneficiar de um incentivo à contratação é um risco do concorrente;

LXXIII. Se o benefício não vier a ser concedido, a única consequência que daí advém é que o concorrente continua obrigado a manter o preço da proposta e a pagar a taxa social única ou a retribuição do trabalhador por inteiro [Parecer de Mário Esteves de Oliveira];

LXXIV. Sendo que, repete-se, não é o preço a cobrar pela execução de um contrato que deve assegurar o pagamento das despesas inerentes ao mesmo [AC do STA de 14.02.2013, processo 0912/12 e Parecer de Mário Esteves de Oliveira];

LXXV. Concluindo-se, pois, que as propostas cujo preço tem reflectido medidas de apoio à contratação ou qualquer outra circunstância susceptível de legitimamente, reduziras custos, ainda que não demonstrados, não padecem de qualquer ilegalidade;

LXXVI. Ainda que se entendesse que o preço a apresentar pelas concorrentes teria que ser superior ao valor das encargos obrigatórios com o pessoal, sob pena de exclusão da proposta - no que não se concede - e sem prejuízo do supra exposto nas conclusões IX a XVII quanto ao facto de esta questão não estar, nem poder estar, abrangida nesta revista, sempre se concluiria que o preço proposto pela B..... no procedimento não incorre nesse «vício»;

LXXVII. O preço apresentado pela B..... não é anormalmente baixo [facto provado D e L artigo 71º nº 1 alínea b) do CCP];

LXXVIII. Os cálculos efectuados pela A..... quanto ao número de horas máximas que um vigilante pode trabalhar estão errados, já que não há qualquer obrigatoriedade de considerar as horas de formação, pois o Código do Trabalho não impõe uma obrigação de assegurar formação, em cada ano, a todos os trabalhadores, mas sim a 10% dos trabalhadores e admite uma possibilidade de diferir a efectivação da formação anual por dois anos [artigo 131º, nº 5 e nº 6];

LXXIX. Assim, a carga anual dos vigilantes é de 1904 horas e o número de vigilantes necessário a uma prestação de serviços 24 horas por dia, todos os dias do ano ascende a 4,60 [8.760 horas/1.904 horas] e não a 4,69;

LXXX. A A..... também erra na fórmula aplicável à determinação da

remuneração horária, pois a fórmula correcta é a exarada na Cláusula 22º nº 3 do CCT e no artigo 271º do Código do Trabalho;

LXXXI. Erra também nos cálculos da remuneração do trabalho nos dias feriados pois atento o disposto no artigo 269º do Código do Trabalho, no artigo 7º nº4 alínea b) da Lei nº 23/2012, na redacção da Lei nº48-A/2014, e na Cláusula 33º do novo CCT celebrado entre a AES e a FETESE publicado no BTE nº 32 de 29.08.2014, tanto em 09.12.2013 [data limite para apresentação de propostas], como hoje, os feriados são remunerados a 50% e não a 125%;

LXXXII. Erra ainda ao concluir pela obrigatoriedade de repercussão no preço dos custos com as contribuições para o Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho, pois estas apenas são obrigatórias para contratos celebrados após 01.10.2013 [artigos 8º nº1 e nº3, 11º e 12º nº2 da Lei nº 40/2013], sendo que nada impede que o adjudicatário afecte à prestação de serviço apenas trabalhadores contratados antes de 30.09.2013;

LXXXIII. Pelo que o valor de 5.336,12C avançado pelo A....., para além de não estar sustentado em qualquer cálculo matemático e objectivo, é notoriamente errado;

LXXXIV. No que concerne à remuneração da ESPAP diga-se que esse é um custo associado ao acordo quadro e não a cada procedimento autónomo, sendo correspectivo dos serviços de gestão e supervisão que aquela entidade realiza e não dos serviços de segurança prestados às diversas entidades adquirentes;

LXXXV. E as peças do presente procedimento não impõem a obrigatoriedade de imputar a remuneração da ESPAP ao preço proposto;

LXXXVI. Conclui-se pela improcedência das alegações da A..... no sentido da insuficiência do preço da B..... para fazer face aos custos do trabalho;

LXXXVII. Pelo que nem a proposta da B..... nem a decisão de adjudicação nem o contrato padecem de qualquer ilegalidade, devendo ser mantido o acórdão recorrido, com o que se fará JUSTIÇA!

5. O recurso de revista foi admitido por este STA [formação de apreciação preliminar do nº 5 do artigo 150º do CPTA], nos termos seguintes:

[...]

Independentemente de se saber se as questões que a recorrente pretende ver apreciadas podem ser autonomizadas nos termos indicados, e se as mesmas são cognoscíveis com o alcance pretendido, o certo é que a problemática suscitada é relevante por estar em causa os limites da formação do preço apresentado pelos concorrentes nos procedimentos concursais.

A recorrente intenta uma integração do conceito de proposta com preço anormalmente baixo, ainda que ela se contenha nos limites indicados no artigo 71º a) e b) do CPC, em função já da impossibilidade de com ela se cobrir os «custos inerentes à prestação de serviços que se pretende contratar». Por isso, considera que uma proposta de preço anormalmente baixo também é «aquela que é insuficiente para cobrir a totalidade dos custos inerente à prestação a contratar, resultando numa prática de dumping».

Deve dizer-se que, como suscita a recorrida, pode existir um obstáculo ao conhecimento útil da problemática suscitada, atenta a factualidade que ficou fixada. Na verdade, não se detecta nela, por exemplo, a fixação de que a proposta da adjudicatária estava «abaixo dos custos inerentes à prestação de serviços que se pretende contratar», que era inferior aos «custos mínimos inerentes à prestação do serviço». O que conduziria a concluir-se que, se fosse apreciar a problemática suscitada, o tribunal de revista realizaria não uma actividade jurisprudencial, antes um exercício académico, sem possibilidade de repercussão directa na solução do presente caso.

Todavia, quando a recorrente solicitou ao Tribunal Central a inscrição dessa matéria como matéria de facto, respondeu-lhe o acórdão que os elementos em que assentava a contabilidade feita pela recorrente resultavam «da aplicação dos preceitos legais e regulamentares que regem sobre o trabalho prestado e ainda das peças do procedimento, pelo que não tinha de ser levado ao probatório».

E, depois, ao discutir o mérito, o acórdão aduziu, entre o mais, a favor improcedência do recurso, a própria possibilidade de o caderno de encargos fixar um preço base, ele mesmo, já manifestamente insuficiente para cobrir os encargos directos obrigatórios com os trabalhadores, como ponderado no acórdão deste Supremo de 14.2.2013, processo nº 0912/12.

Este não é o momento em que se deva tomar posição definitiva sobre as limitações ao conhecimento de toda a problemática suscitada, que possam decorrer da matéria de facto fixada.

Interessa é que essa problemática se apresenta, enquanto tal, como muito complexa, assumindo forte importância jurídica e social, atenta a probabilidade de reiteração, e os autos não permitem afirmar, a uma primeira aproximação, que, pelo menos parcialmente, não é susceptível de apreciação com efeitos no presente caso concreto.

3. Pelo exposto, admite-se a revista.”

[...]

6. O Ministério Público pronunciou-se pelo «não provimento» do recurso de revista [artigo 146º, nº 1, do CPTA].

7. Sem vistos, por se tratar de processo de natureza urgente, cumpre apreciar e decidir [...].

II. De Facto

São os seguintes os factos dados como provados pelas instâncias:

A) Em 29.11.2013 foi deliberado proceder à contratação da prestação de serviços de vigilância e segurança para a Escola Secundária – ver documento 1, folhas 31 dos autos e 1 verso do PA;

B) No Convite à apresentação de proposta do procedimento Referência PE-13127-ANC pode ler-se, por extracto:

«[...]

IV. DOCUMENTOS EXIGIDOS

Para apresentação da proposta é necessário o preenchimento na plataforma electrónica do “Formulário da Proposta” bem como a anexação dos seguintes documentos no separador “Elementos da Proposta”:

- a) Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I do CCP, cuja redacção consta em anexo ao presente convite como Anexo I.
- b) Proposta de preço, elaborada de acordo com o ANEXO II do presente convite.
- c) Documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, caso esta situação se verifique;
- d) Outra documentação a apresentar, desde que solicitada.

VI - NEGOCIAÇÃO

Não haverá lugar à negociação das propostas.

VII - CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO

O critério de adjudicação é o do mais baixo preço.

[...] – ver documento 1 a folhas 30 a 39 dos autos e 1 a 5 do PA;

C) O Anexo II do Convite à apresentação de proposta do procedimento Referência PE-13127-ANC é como se reproduz, por extracto:

«...

CONVITE À APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS

ANEXO II

Modelo de Declaração de Indicação do Preço Contratual

...[nome do Adjudicatário], com sede em.....pessoa colectiva nº....., matriculada na Conservatória do Registo Comercial de....., sob o nº....., com o capital social de,representado(a) pelos Senhores.....e....., na qualidade respectivamente de.....e....., obriga-se a proceder à prestação de serviços de....., no prazo máximo de, ao abrigo do Acordo Quadro n.º 10.13.03 - REGIÃO DE LISBOA E VALE DO TEJO, pelo preço contratual estimado de.....[.....euros], nos termos do disposto nos artigos 60º e 97º do Código dos Contratos Públicos, o qual não inclui o imposto sobre o valor acrescentado.

Mais declara que no preço contratual acima indicado estão incluídos todos os suprimentos de erros e omissões que foram identificados e aceites pela PARQUE ESCOLAR, nos termos do disposto nos nºs 5 e 7 do artigo 61º do Código dos Contratos Públicos.

À quantia supra mencionada incidirá o imposto sobre o valor acrescentado à taxa legal em vigor.

[...]» - ver documento 1 a folhas 37 dos autos e 4 verso do PA;

D) No Caderno de Encargos [CE] referente ao «Procedimento Referência PE-13127-ANC» pode ler-se:

«[...]

Artigo 11º

Preço base

O preço máximo que o entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações objeto do contrato a celebrar é de 162.777,15 € (cento e sessenta e dois mil setecentos e setenta e sete euros e quinze cêntimos).

ANEXO I- ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

Estando a Escola Secundária integrada no Programa de Modernização das Escolas com Ensino Secundário, torna-se necessário garantir a vigilância e segurança dos espaços dentro do perímetro da Escola.

Assim, pretende-se adquirir os serviços de vigilância e segurança humana, os quais deverão ser prestados por Vigilantes devidamente formados e equipados, com experiência nas funções a desempenhar, nas seguintes condições:

- Dias úteis, sábados, domingos e feriados - mínimo 1 vigilante 24 horas/dia

A prestação deverá ser garantida num período máximo estimado de 22 meses, correspondente a:

- Horas Diurnas (segunda-feira a domingo, excluindo feriados): 9825 h
- Horas Noturnas (segunda-feira a domingo, excluindo feriados): 5895 h
- Horas Diurnas Feriados: 210h
- Horas Noturnas Feriados: 126 h

Os serviços a prestar deverão contemplar as operações base, de acordo com o Caderno de Encargos do Acordo Quadro respectivo.

[...]» - ver documento 2 a folhas 40 a 50 dos autos e 6 a 11 do PA;

E) Em 06.12.2013 a contra-interessada apresentou a lista de erros do caderno de encargos, no que concerne ao cálculo total das horas a considerar em sede de apresentação de proposta e solicitou a correcção do anexo I - Especificações Técnicas, ver folhas 206 dos autos e 21 do PA;

F) Foram prestados esclarecimentos aos concorrentes com o seguinte teor:

«[...]

Ex.mos Senhores,

Informa-se que na sequência de pedido de esclarecimento solicitado foi constatada a verificação de um erro na contabilização das horas Normais e feriados, pelo que se envia em anexo novo Anexo I - Especificações Técnicas e Mapa de Quantidades que deverá ser preenchido e apresentado no separador "Elementos da Proposta" na alínea d), conforme ponto "IV - Documentos exigidos" no Convite, que anula e substitui o Formulário da Proposta patenteado, tendo igualmente como consequência a alteração do Preço Base para 163.703,07€.

A Diretora de Contratação

.....

[...]» - ver documento 3 a folhas 48 a 50 dos autos;

G) O Anexo 1 do Caderno de Encargos [CE] passou a ser do seguinte teor, conforme se reproduz, por extracto:

«[...]

ANEXO 1- ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

[...]

A prestação deverá ser garantida num período máximo estimado de 22 meses, correspondente a:

- Horas Diurnas (segunda-feira a domingo, excluindo feriados): 9765 h
- Horas Noturnas (segunda-feira a domingo, excluindo feriados): 5859 h
- Horas Diurnas Feriados: 270 h
- Horas Noturnas feriados: 162 h

[...]» - ver documento 3 a folhas 49 dos autos e 19 do PA;

H) O «Formulário da Proposta» discrimina a seguinte informação:

Código	Designação	Unidades	Quantidade	Preço unitário	Preço total
1	(...)				
1.1	Preço hora/homem do serviço normal diurno (segunda-feira a domingo, excluindo feriados).	hr	9765		
12	Preço hora/homem do serviço normal noturno (segunda-feira a domingo, excluindo feriados).	hr	5859		
13	Preço hora/homem do serviço normal diurno em dias feriados	hr	270		
14	Preço hora/homem do serviço normal noturno em dias feriados.	hr	162		

[...]» - ver documento 3 a folhas 50 dos autos e 20 do PA;

I) Em 27.12.2013 foi elaborado pelo júri o Relatório Preliminar, do qual consta, por extracto:

«[...]

2. Esclarecimentos sobre as Propostas e Esclarecimentos e Rectificações das Peças do Procedimento

2.1. Foi prestado esclarecimento a todos os interessados que foi constatada a verificação de um erro na contabilização das horas normais e feriados, pelo que foi enviado novo anexo I - Especificações Técnicas e Mapa de Quantidades, tendo como consequência a alteração do Preço Base para 163.703,07 €.

2.2. Após a análise das propostas recebidas, o Júri solicitou esclarecimentos relativamente às propostas apresentadas pelos Concorrentes nº 2 – A....., S.A., nº 3 – C....., LDA., nº5 – D....., S.A. e nº 7- B.....,S.A.

Todos os Concorrentes responderam ao solicitado, à excepção do Concorrente nº 3. As questões colocadas e as respectivas respostas constituem o Anexo I ao presente Relatório.

[...]

4.2 Assim, tendo em conta o critério de adjudicação fixado no convite, o júri procedeu à ordenação dos concorrentes, conforme quadro seguinte:

CLASS.	N.º CONC.	DESIGNAÇÃO DOS CONCORRENTES	PREÇO CONTRACTUAL (€)
1ª	7	B....., SA	114.158,31
2ª	2	A....., SA	123.140,60
3ª	5	D....., SA	131.547,96
4ª	6	E....., LDA	135.107,27
5ª	4	F....., SA	140.674,58

[...]» - ver documento 4 a folhas 51 a 61 dos autos;

J) No Anexo I do Relatório preliminar são referidos os “Esclarecimentos solicitados às propostas apresentadas “ cujo teor se reproduz, por extracto:

«[...]

ANEXO I

ESCLARECIMENTOS SOLICITADOS ÀS PROPOSTAS APRESENTADAS

• A....., LDA,

Ex.mos Senhores,

Na sequência da abertura da proposta e após análise dos documentos entregues, verificou-se que foram apresentados preços distintos no Formulário da Proposta contemplando o exigido inicialmente e o que veio a ser definido em sua substituição.

Assim, convidamos V. Exas. a, no prazo de 2 dias, esclarecer quanto à prevalência dos formulários.

Os melhores cumprimentos,

O Presidente do Júri

Resposta:

Exmos. Senhores,

O formulário que expressa a vontade da A..... é o que foi enviado com a restante documentação da proposta “7612_06_Formulário da Proposta-vigilância mc - Novo [assinado]”. Conforme poderão verificar o preço apurado no mapa referido é igual ao preço constante no documento 7612-03-Proposta de Preço.

Melhores cumprimentos,

.....

[...]

• B....., S.A.

Exmos Senhores,

Na sequência da abertura da proposta e após análise dos documentos entregues, verificou-se que o documento "Declaração com indicação do preço contratual, elaborada de acordo com o Anexo II do Convite" e o Formulário Principal apresentam um valor de 114.359,31 €, não estando em concordância com o valor total do Formulário da Proposta (114.113,91 €).

Assim, convidamos V. Exas. a, no prazo de 2 dias, esclarecer qual o valor da proposta a considerar.

Os melhores cumprimentos,

O Presidente do Júri

Resposta:

Exmos. Senhores,

Junto enviamos resposta ao vosso pedido de esclarecimento para a v/melhor apreciação.

Atentamente.

[...]

Exmos. Senhores,

A B....., S.A., notificada do pedido de esclarecimentos, vem pronunciar-se sobre o mesmo, o que faz nos termos e pelos fundamentos seguintes:

No dia 06.12.2013, foi publicada pelo Júri uma resposta à lista de erros e omissões que continha uma correcção ao nº de horas que constava do Anexo I - Especificações Técnicas do Procedimento em questão.

Ao abrigo dessa rectificação, a quantidade de horas de serviço de vigilância humana que os concorrentes deveriam considerar para efeitos do presente concurso passaram a ser as seguintes:

[...]

No entanto, no momento da submissão da nossa proposta, verificámos que o número de horas que constavam do formulário principal da plataforma não tinham sido alteradas, ou seja não eram coincidentes com a V. rectificação.

Face ao exposto, optámos por uma questão de coerência por inserir na plataforma os valores hora unitários que considerámos na elaboração do nosso preço e que foram os seguintes:

- Valor Hora Diurna (segunda-feira a domingo, excluindo feriados): 6,57€
- Valor Hora Nocturna (segunda-feira a domingo, excluindo feriados): 7,86€
- Valor Hora Diurna em Dia Feriado: 9,13 €
- Valor Hora Nocturnas em Dia Feriado: 10,41 €

Da conjugação das quantidades de horas correctas e dos valores-hora acima descritos, resulta o preço total global que consta da nossa proposta:

CÓDIGO	DESIGNAÇÃO	UNIDADES	QUANTIDADE	PREÇO UNITÁRIO	PREÇO TOTAL
1	PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PARA A ESCOLA SECUNDÁRIA..... AO ABRIGO DO ACORDO QUADRO N.º 10.13.03 - REGIÃO DE LISBOA E VALE DO TEJO, CELEBRADO COM A ENTIDADE DE SERVIÇOS PARTILHADOS DA ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO CENTRO (ESRAC), conforme Caderno de Encargos e respectivos anexos.				
1.1	Preço hora/trabalho do serviço normal diurno (segunda-feira a domingo, excluindo feriados)	hr	9.765	6,57	64.156
1.2	Preço hora/trabalho do serviço normal nocturno (segunda-feira a domingo, excluindo feriados)	hr	5.859	7,86	46.052
1.3	Preço hora/trabalho do serviço normal diurno em dias feriados	hr	270	9,13	2.465
1.4	Preço hora/trabalho do serviço normal nocturno em dias feriados	hr	162	10,41	1.686

Assim sendo, pelas razões acima descritas, queiram sff considerar como correcto o valor que consta da nossa proposta: 114.359,31€, em detrimento do valor que const da formulário principal.

[...]]» - ver documento 4 a folhas 51 a 61 dos autos;

K) Em 14.01.2014 foi elaborado o Relatório Final do qual consta, o seguinte, por extracto:

«[...]

4.2. Assim, tendo em conta o critério de adjudicação fixado no convite, o júri procedeu à ordenação dos concorrentes, conforme quadro seguinte:

CLASS.	N.º CONV.	DESIGNAÇÃO DOS CONCORRENTES	PREÇO CONTRATUAL (€)
2ª	2	B..... SA	114.359,31
2ª	2	A..... SA	173.740,60
3ª	5	D..... SA	131.567,95
4ª	6	E..... LDA	135.207,27
5ª	4	F..... SA	140.674,58

5. Observações Efectuadas pelos Concorrentes no Uso do Direito de Audiência Prévia

«Tendo sido os concorrentes devidamente notificados, através da plataforma eletrónica da Gatewit, foi apresentada pronúncia pelo concorrente “A....., S.A.”, reclamando a exclusão da proposta apresentada pelo concorrente “B....., S.A.”, com fundamento nas alíneas a), f) e g) do nº 2 do artigo 70.º do CCP, conforme consta do Anexo II ao presente relatório.

Para tal, refere, em síntese, que, a empresa “B.....” não apresentou o Mapa de Quantidades exigido no ponto “IV - Documentos exigidos” do Convite e completado posteriormente com esclarecimento prestado pelo Júri do Procedimento, e porque a proposta apresentada “é manifestamente ilegal, não respeitando as vinculações legais, regulamentares e contratuais, tendo por objetivo apresentar um preço que falseia as regras da concorrência”.

Analisada a pronúncia, o Júri considerou que contrariamente ao alegado pelo reclamante, do esclarecimento prestado pela “B.....” não resulta qualquer alteração dos elementos dos documentos que constituem a proposta, antes se clarificando uma situação que havia sido motivada pelo esclarecimento posterior da entidade adjudicante, que poderá ter suscitado deficiente interpretação por parte dos concorrentes, sendo, por conseguinte, inverosímil a

alegada verificação do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

No que concerne aos demais motivos alegados para a exclusão do concorrente “B.....”, não se dispõe objetivamente de elementos que permitam concluir pela violação de vinculações legais ou regulamentares ou pelo falseamento das regras da concorrência e em consequência fosse de excluir nos termos das alíneas f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, a proposta do referido concorrente.

Quanto à improcedência dos argumentos invocados, no que concerne à alegada prática de qualquer conduta ou ato suscetível de falsear a concorrência, o Júri não pode deixar de referir o Acórdão de 7 de fevereiro de 2013, do Tribunal Central Administrativo Sul, no âmbito do processo n.º 9611/13 que se pronunciou no mesmo sentido.

Assim, o Júri deliberou no sentido de não dar provimento à pronúncia apresentada e, consequentemente, não excluir a proposta do concorrente “B....., S.A.

[...]

6. Conclusão

Face ao exposto, o Júri mantém a decisão de propor a adjudicação à proposta apresentada pela empresa “B....., S.A.” propondo-se, consequentemente, que lhe seja adjudicada a prestação de serviços objecto do presente procedimento, pelo preço contratual de 114.359,31 € (cento e catorze mil, trezentos e cinquenta e nove euros e trinta e um cêntimos) acrescido de IVA à taxa legal em vigor» - ver documento 5 a folhas 62 a 69 dos autos;

L) A proposta de preço da contra-interessada indicado no modelo Anexo I apresenta o valor de €114.359,31, não incluído o IVA – ver folha 78 e documento 3 a folhas 145 dos autos;

M) O Formulário da Proposta/Candidatura da contra-interessada é do seguinte teor:

«[...]

4. Formulário da Proposta/Candidatura (Original)

Código	Designação	Quant. Pedida	Un.	Preço Unitário	Total
1	PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PARA A ESCOLA SECUNDÁRIA AO ABRIL DO ACORDO QUADRO N.º 10.13.03 - REGIÃO DE LISBOA E VALE DO TEJO, CELEBRADO COM A ENTIDADE DE SERVIÇOS PARTILHADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, IP (ESPAE), conforme Caderno de Encargos e respectivos anexos.				174.113,91
A000004	Preço hora/homem do serviço normal diurno (segunda-feira a domingo, excluindo feriados)	9.425	hr	6,57	61.920,25
A000004	Preço hora/homem do serviço normal nocturno (segunda-feira a domingo, excluindo feriados)	5.495	hr	7,85	43.034,70
A000004	Preço hora/homem do serviço normal diurno em dias feriados	210	hr	9,13	1.917,30
A000004	Preço hora/homem do serviço normal nocturno em dias feriados	126	hr	10,41	1.311,66

[...]» - ver documento 2 a folhas 143 e 144 dos autos;

N) Em 04.02.2014 foi deliberado pelo Conselho de Administração da A. a adjudicação à contra-interessada – ver documento 6 de folha 70 dos autos;

O) Em 12.02.2014 deu entrada no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa a providência cautelar nº 357/14.6 BELSB – ver folha 3 do apenso;

P) Em 13.02.2014 foi celebrado entre a Parque Escolar, E.P.E. e a B....., S.A. o contrato de prestação de serviços - contrato nº 14/3093/CA/C para a

prestação de serviços de vigilância e segurança para a Escola Secundária, no Seixal, pelo prazo de 22 [vinte e dois] meses e pelo preço de €114.359,31, acrescido de IVA – ver documento 1 a folhas 139 a 142 dos autos;

Q) CCT entre a AES - Associação de Empresas de Segurança e a FETESE - Federação dos Sindicatos dos Trabalhadores de Serviços e outros - Alteração salarial e outras que contém os valores salariais em vigor desde 01.01.2011 foi publicado no Boletim do Trabalho e Emprego nº 8 de 28.02.2011 - e consta como documento 8 a folhas 79 a 98 dos autos.

III. De Direito

1. Ao abrigo do «Acordo Quadro ANCP nº 10.13.03 - Região de Lisboa e Vale do Tejo», celebrado com a «Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, IP [ESPAP]», e nos termos do artigo 259º do CCP, a PARQUE ESCOLAR, na qualidade de entidade adjudicante, dirigiu convite a oito co-contratantes do referido acordo para, no âmbito de procedimento de «ajuste directo» [artigos 112º a 129º do CCP], apresentarem propostas de «prestação de serviços de vigilância e de segurança para a Escola Secundária, no Seixal [A) e B) do provado].

A «prestação de serviços de vigilância e segurança» deveria ser garantida num período máximo de 22 meses, correspondente a 9765 horas diurnas [segunda-feira a domingo, excluindo feriados], 5859 horas nocturnas [segunda-feira a domingo, excluindo feriados], 270 horas diurnas em feriados, e 162 horas nocturnas em feriados [G) do provado].

O critério de adjudicação seria o do «mais baixo preço» [VII do Convite], e o «preço base» foi fixado em 163.703,07€ [B) e F) do provado].

Em sede de audiência prévia, ocorrida entre o «Relatório Preliminar» e «Final», a A..... reclamou a «exclusão da proposta» da concorrente B..... com fundamento nas alíneas a) f) e g) do nº 2 do artigo 70º do CCP.

Na ordenação de propostas feita no «Relatório Final», de acordo com o critério de adjudicação fixado no «Convite», a proposta da concorrente B..... ficou ordenada em 1º lugar, e a da concorrente A..... em 2º lugar, tendo o Júri decidido «negar provimento» à dita reclamação nos termos que constam em K) do provado [ver seu ponto 5].

O «preço contratual» a que a B..... se obrigou foi de 114.359,31€, e o preço oferecido pela A..... foi de 123.240,60€ [K) do provado].

A adjudicação da «prestação de serviços» objecto do procedimento de «ajuste directo» foi feita à B..... [N) do provado], e, em 13.02.2014, foi celebrado entre a entidade adjudicante e a adjudicatária o respectivo contrato [P) do provado].

2. A A....., que viu a sua proposta ordenada em 2º lugar, pediu ao TAF de Almada a declaração de nulidade, ou a anulação, do «acto de adjudicação», e do «contrato», e a condenação da PARQUE ESCOLAR a adjudicar-lhe a ela a «prestação de serviços de vigilância e segurança» em causa.

Alegou, para tanto, que a proposta da B..... deveria ter sido excluída com fundamento nas alíneas a), f) e g), do nº 2, do artigo 70º do CCP.

O TAF de Almada julgou a acção improcedente, e absolveu a PARQUE ESCOLAR [entidade demandada] e a B..... [contra-interessada] dos pedidos [folhas 300 a 333 dos autos].

O TCAS, conhecendo de recurso de apelação que foi interposto pela A..... dessa decisão de 1ª instância, «negou-lhe provimento e confirmou a sentença» recorrida [folhas 873 a 919 dos autos]

3. Em 1º lugar cumpre ter presente que apesar do longo arrazoado de conclusões formulado pela recorrente e das questões por si colocadas para apreciação do Tribunal não cumpre ao tribunais e nomeadamente ao STA a realização de meros exercícios académicos que não tenham repercussão direta na decisão do caso concreto.

Pelo que, apenas é de conhecer das questões suscitadas pela recorrente na parte em que se sindiquem questões conhecidas na decisão recorrida e que traduzam o conhecimento da matéria em causa nos autos.

4. Pretende a aqui recorrente que a proposta ganhadora, da B....., deveria ter sido excluída pelo Júri ao abrigo do artigo 70º, nº 2 alínea e), do CCP, isto é, deveria ter sido excluída por a respectiva análise revelar «um preço total anormalmente baixo» por não permitir ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação de serviço em causa.

Para tanto invoca que a proposta da B..... assenta num preço de valor inferior aos custos inerentes à «prestação de serviços» em causa, o que configura um «preço total anormalmente baixo» [artigo 70º nº 2 alínea e) do CCP], o que implica que o contrato celebrado entre a PARQUE ESCOLAR e a B..... viole «vinculações legais e regulamentares aplicáveis» [artigo 70º nº 2 alínea f) do CCP], e implica, ainda, a existência de «fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência» [artigo 70º nº 2 alínea g) do CCP].

5. Enquadremos as questões.

A A..... ao longo de todo o processado sempre veio invocar a

violação pelo ato aqui em causa dos preceitos do art. 70º n.ºs f) e g) do CCP suscetíveis de levar à exclusão da proposta aqui em causa.

Em 1ª instância nunca se abordou sequer a questão de preço anormalmente baixo nem sequer lateralmente.

Em sede de recurso para o TCAS e nomeadamente nas conclusões das alegações também nunca vem invocada a questão da violação da alínea e) do n.º 2 do art. 70º do CCP mas tão só a violação das referidas alíneas f) e g) do mesmo preceito.

Por sua vez, a decisão aqui recorrida entendeu que não foram violados estes preceitos já que:

“O preenchimento da previsão da alínea f) do n.º 2 do artigo 70º do CCP exige que resulte demonstrado que a proposta permitia detectar uma qualquer incompatibilidade com o bloco de legalidade em vigor em termos tais que possibilite à entidade adjudicante formular um juízo de exclusão da mesma.

No procedimento concursal em causa inexistente qualquer norma que obrigue os concorrentes a demonstrar a formação do preço proposto através da qual seja possível à entidade adjudicante aferir da observância dos encargos obrigatórios decorrentes do quadro normativo vigente, nem tal resulta do CCP.

Tanto mais que, como bem se refere na sentença recorrida, o pressuposto de que a recorrente parte desconsidera o facto de alguns operadores estarem, ou poderem estar, legalmente dispensados de fazer face a alguns custos com o pessoal.

É que, o preço proposto resulta da consideração de inúmeros factores que são ponderados pelo concorrente, os quais condicionam de forma decisiva o respectivo valor, sendo certo que, no caso que nos ocupa e como referimos, os concorrentes não estavam obrigados a revelá-los.

(...) No que concerne à violação do artigo 70º, n.º 2, alínea g), do CCP, e tendo presentes os factos vertidos no probatório, impõe-se concluir não ter sido provada a existência de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência.

Aliás, nada foi alegado pela recorrente nesse sentido, sendo certo que não integra a previsão daquele preceito a invocação de que o preço proposto não suporta todos os custos obrigatórios, pois a mesma impõe, como vimos, uma alegação e prova muito diversa da que foi feita. [...] “

Contudo, no decurso do acórdão fazem-se as seguintes dissertações:

“Refira-se em complemento do que vimos de dizer que em sede de execução do contrato sempre o concorrente terá que suportar os custos referentes aos encargos obrigatórios com os trabalhadores, ainda que daí resultem para si prejuízos tendo em consideração a proposta que apresentou. Estão em causa opções de gestão e de estratégia comercial, das quais não resulta que o concorrente esteja a violar a legislação em vigor.

Concluimos, assim, que os concorrentes fixam livremente o preço, na medida em que, como bem refere a contra-interessada, não há no CCP qualquer disposição que delimite os termos em que o mesmo deve ser formado ou que imponha a sua decomposição numa determinada estrutura fixa de custos ponderados por valores certos. Nem o Convite o impôs.

Como se refere no aludido acórdão do TCAS, «no limite, [...] o preço mínimo legal seria aquele que, nos termos do disposto no artigo 71º, nº 1, do CCP, levaria a considerar que uma proposta é de preço anormalmente baixo [...] quando fosse 40% ou mais inferior ao preço base fixado no caderno de encargos, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada, ou 50% ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de procedimento de formação de qualquer dos restantes contratos».

Sendo esta última a situação dos autos, e considerando que o preço base é de 163.703,07€ [...], concluimos que o preço apresentado pela B..... - 114.359,31€ - está longe de ser classificado como preço anormalmente baixo. E porque assim é não assistia à entidade adjudicante a possibilidade de o questionar [ver artigo 71º, nº 3, do CCP].

Ou seja, em sede de complemento do conhecimento do vício de violação do artigo 70º nº 2 als f) e g) fazem-se as considerações supra citadas de que o preço estaria longe de se poder considerar de anormalmente baixo como mera argumentação decorrente de acórdãos citados.

Acresce que, para além de o acórdão recorrido não ter modificado a qualificação jurídica das ilegalidades invocadas na petição, donde não constava qualquer alusão a um preço anormalmente baixo, é seguro que não houve um diverso enquadramento jurídico da situação de facto colocada ao tribunal mas antes uma mera argumentação “a latere” relativamente às questões que lhe tinham sido colocadas, suscitada em sede de defesa pelas contra-interessadas.

Aliás, se assim não fosse, teríamos de concluir que o TCAS conheceu de um vício não invocado (relacionado com um suposto preço anormalmente baixo) e que teria assim incorrido em excesso de pronúncia.

Em suma, as referências feitas no acórdão do TCAS não se traduziram em diferente enquadramento da situação colocada ao tribunal, ou seja de integração dos fundamentos do recurso na alínea e) do artigo 70º nº 2 em vez das alíneas f) e g) do mesmo diploma, mas tão só de argumentos utilizados no conhecimento daquelas alíneas f) e g) que constituem a causa de exclusão da respectiva proposta.

E não se diga que, como resulta das «conclusões» apresentadas pela recorrente da revista, que a invocação das «causas de exclusão» da proposta que são previstas nas alíneas f) e g), do nº 2 do artigo 70º do CCP, decorrem da verificação das razões que fundamentam a

suspeita de que a B..... terá apresentado um «preço total anormalmente baixo».

Esse é o enquadramento dado apenas em sede de recurso de revista mas não é o que sempre foi invocado pela aqui recorrente que sempre invocou para a violação das alíneas f) e g) o mesmo fundamento (o facto de a B..... se propor um preço de 5.198.15 euros por mês, quando os custos mínimos que resultam da lei do trabalho implicaria um custo mínimo mensal de 5.336, 12 euros).

Pelo que, apenas cumpre conhecer se as referências feitas ao preço anormalmente baixo utilizadas pelo acórdão recorrido é suscetível de influenciar o raciocínio aí veiculado no sentido de não ocorrência da violação das referidas alíneas f) e g) e não antes no conhecimento de um vício autónomo de violação do artigo 70º nº 2 al. e) do CCP.

Ou seja, não importa conhecer da causa de exclusão da alínea e), do nº 2, do artigo 70º do CCP autonomamente, que não tinha sido expressamente invocada pela autora da ação, e que apenas foi introduzida na análise jurídica realizada pela 2ª instância ao abordar as questões, essas sim, expressamente invocadas, das causas de exclusão previstas nas alíneas f) e g) desse mesmo nº 2 do artigo 70º do CCP.

Assim, temos de começar por aferir se foi o facto de considerar que o preço não era anormalmente baixo que levou a que a 2ª instância entendesse que não tinham sido violadas as exigências das alíneas f) e g) supra referidas.

Ora, não foi o que aconteceu.

A 2ª instância colocou sempre as questões a nível das supra referidas alíneas f) e g) e conclui claramente que as mesmas não tinham sido violadas já que quanto à alínea f) do “*No procedimento concursal em causa inexistente qualquer norma que obrigue os concorrentes a demonstrar a formação do preço proposto através da qual seja possível à entidade adjudicante aferir da observância dos encargos obrigatórios decorrentes do quadro normativo vigente, nem tal resulta do CCP.*” e quanto à alínea g) “*No que concerne à violação do artigo 70º, nº 2, alínea g), do CCP, e tendo presentes os factos vertidos no probatório, impõe-se concluir não ter sido provada a existência de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência.*”

Ou seja, se expurgássemos a decisão referida das referências feitas “a latere” a nível de fundamentação relativamente “ao preço anormalmente baixo” a decisão de não ocorrência dos vícios em causa no âmbito do recurso relativos às alíneas f) e g) sempre se manteriam, por aquelas referências não interferirem com a decisão tomada quanto às mesmas.

6- Assim, a questão de que cumpre conhecer é a suscitada no âmbito do recurso de revista e que tem a ver com as questões jurídicas em causa nos presentes autos, ou seja a da violação do art. 70º n.º 2 al. f) do CCP e já que se abandonou no recurso a questão da al. g) do referido n.º 2 do art. 70º.

Pretende a recorrente que a adjudicação de uma proposta cujo preço não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço de acordo com as leis do trabalho vigentes é uma evidência de que o contrato a celebrar implica a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70º, n.º 2 alínea f), do CCP.

E invoca, nomeadamente que, nos casos em que se haja demonstrado objectivamente, à luz da informação que consta dos respectivos documentos (documentos iniciais ou de posteriores esclarecimentos prestados nos termos do artigo 72º do CCP) que uma dada proposta, no caso de sobre ela recair a adjudicação, daria origem à celebração de um contrato cujo preço seria inferior ao montante necessário para que o adjudicatário cobrisse rigorosamente todos os custos decorrentes de normas legais ou regulamentares vinculativas e aplicáveis a tal contrato, (independentemente de tais normas serem ou objecto de referência expressa nas peças do procedimento a mesma) é o próprio teor da proposta, de modo explícito ou através da apreciação conjugada dos elementos que dela constam, que contém o fundamento para concluir que *«o contrato a celebrar implicaria a violação de [...] vinculações legais ou regulamentares aplicáveis»*, porque o universo de obrigações contratuais projetado na proposta foi configurado de tal forma que não pode ser executado sem desrespeito por tais vinculações.

Conclui que, entendimento diverso implicaria admitir que, além da admissão [e possível adjudicação] de uma proposta em violação do disposto na alínea f) do n.º 2 do artigo 70º, a entidade adjudicante poderia dispor-se - conscientemente, sabendo do vício em apreço - a celebrar um contrato de teor parcialmente ilegal, desconsiderando o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 284º do CCP - o que configuraria um absurdo inoportável para uma entidade sujeita ao princípio da legalidade e implicaria uma solução incompatível com o disposto no n.º 2 do artigo 266º da CRP.

Pelo que, mal terá andado a decisão recorrida ao assim não entender.

Então vejamos.

Decidiu-se na decisão recorrida para o que aqui importa que:

“(...) O preenchimento da previsão da al. f) do n.º 2 do artigo 70º do CCP exige

que resulte demonstrado que a proposta permitia detectar uma qualquer incompatibilidade com o bloco de legalidade em vigor em termos tais que possibilite à entidade adjudicante formular um juízo de exclusão da mesma.

No procedimento concursal em causa inexistem qualquer norma que obrigue os concorrentes a demonstrar a formação do preço proposto através da qual seja possível à entidade adjudicante aferir da observância dos encargos obrigatórios decorrentes do quadro normativo vigente, nem tal resulta do Código dos Contratos Públicos.

Tanto mais que, como bem se refere na sentença recorrida, o pressuposto de que a recorrente parte desconsidera o facto de alguns operadores estarem, ou poderem estar, legalmente dispensados de fazer face a alguns custos com o pessoal.

É que, o preço proposto resulta da consideração de inúmeros factores que são ponderados pelo concorrente, os quais condicionam de forma decisiva o respectivo valor, sendo certo que, no caso que nos ocupa e como referimos, os concorrentes não estavam a obrigados a revelá-los.

Como se decidiu no Acórdão do TCA Sul de 7/02/2013, proc. n.º 09611/12, “não é líquido que as contra-interessadas identificadas pela recorrente como não cumprindo parâmetros base ou requisitos do concurso devessem ver as respectivas propostas excluídas, (...) por violação dos montantes mínimos exigidos por força da legislação laboral em vigor, uma vez que existem outras realidades, como sejam a escolha de uma empresa de trabalho temporário ou circunstâncias previstas na legislação da Segurança Social, que podem isentar temporariamente as empresas concorrentes desse desconto [cfr., a este propósito, o disposto no DL 89/95, de 6/5], pelo que o valor/hora proposto pode meramente espelhar uma estratégia comercial do proponente sem que com isso se esteja a violar a legislação em vigor”.

Com pertinência para a apreciação da questão em análise importa referir que no acórdão de 14/02/2013, proc. n.º 0912/12, o STA respondeu afirmativamente à questão de saber se um Caderno de Encargos pode fixar, como preço base, um preço manifestamente insuficiente para cobrir os encargos directos obrigatórios estabelecidos no D.L. n.º 143/2010, de 31 de Dezembro, isto é, a Retribuição Mínima Garantida, ponderando que “não é a execução de cada contrato que tem de garantir o pagamento da RMG, mas os resultados económico-financeiros da contratante, no cômputo geral da sua actividade e, em última análise, todo o seu património”, Acrescenta ainda: “É claro que se em todos os contratos celebrados as remunerações obtidas fossem inferiores aos encargos assumidos, não só estes não poderiam ser assegurados, como a falência logo ficaria à vista. Mas essa não é a situação comprovada nos autos, bem podendo acontecer que razões estratégicas aconselhem a apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, sem implicarem a intenção de incumprimento de encargos legalmente impostos, intenção esta que não é sequer imputada às 3 concorrentes que apresentaram propostas em conformidade com as cláusulas postas em causa”.

Refira-se em complemento do que vimos de dizer que em sede de execução do contrato sempre o concorrente terá que suportar os custos referentes aos encargos obrigatórios com os trabalhadores, ainda que daí resultem para si prejuízos tendo em consideração a proposta que apresentou. Estão em causa

opções de gestão e de estratégia comercial, das quais não resulta que o concorrente esteja a violar a legislação em vigor.

Concluimos, assim, que os concorrentes fixam livremente o preço, na medida em que, como bem refere a contra-interessada, não há no CCP qualquer disposição que delimite os termos em que o mesmo deve ser formado ou que imponha a sua decomposição numa determinada estrutura fixa de custos ponderados por valores certos. Nem o Convite o impôs.”

E bem.

Dispõe o preceito aqui em causa que “... *excluídas as propostas cuja análise revele: f) Que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis”.*

O que significa que está em causa a exclusão de uma proposta cuja realização do contrato implique, ele próprio, a violação de vinculações legais.

Isto é, o próprio contrato estaria adstrito a violar as referidas vinculações.

Ora, desde logo, o facto de uma proposta refletir um preço que implicaria um custo inferior aos custos que derivam da aplicação de uma série de leis do trabalho não implica que, face ao teor da proposta, a entidade adjudicatária não vá cumprir qualquer legislação vigente e nomeadamente a legislação de trabalho que vem invocada como custos fixos a considerar na proposta.

Antes apenas significa que a mesma está disposta a ter certo prejuízo já que nada a impede de, a nível de estratégia de empresa, preferir obter um certo contrato, ainda que com algum prejuízo, até como política de marketing, de se dar a conhecer ao mercado.

Na verdade, o princípio da liberdade de gestão empresarial [artigo 61º da CRP] e da autonomia da estratégia empresarial não impede que o preço num concurso possa espelhar uma estratégia da empresa concorrente suscetível de levar à apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, sem que isso determine qualquer ilegalidade, designadamente, o incumprimento das obrigações retributivas e contributivas.

O que é perfeitamente possível desde que não sejam violados outros princípios ou disposições legais suscetíveis de exclusão as propostas (nomeadamente as outras alíneas do art. 70º do CCP) e que não cumpre aqui conhecer, como vimos.

Pelo que, o preceito em causa não visa este tipo de situações mas antes aquelas em que, à partida , e sem interferência de qualquer tipo de variante, o contrato não poderá ser cumprido sem que tal implique

a violação de normas legais.

Não podemos, pois, dizer, como pretende o recorrente que o universo de obrigações a fixar pelo contrato cuja celebração se prepara para aceitar não pode ser cumprido sem violação da legalidade vigente.

Nada indicia dos autos que o adjudicatário não vá cumprir as normas relativas à legislação do direito do trabalho em vigor apenas porque a proposta de preço é inferior aos custos mínimos do trabalho inerentes à prestação de serviços em causa.

Só em relação a direitos e deveres que tenham a sua própria causa e dimensão jurídica no contrato a celebrar e não em qualquer outro título é que podemos excluir a proposta com este fundamento.

Pelo que, nada a apontar à interpretação feita ao artigo 70º, nº 2 alínea f) do CCP na decisão recorrida por não o dever ser no sentido de determinar a exclusão de uma proposta, apenas porque, no caso de sobre ela recair a adjudicação, dar origem à celebração de um contrato cujo preço seria inferior ao montante necessário para que o adjudicatário cobrisse rigorosamente todos os custos decorrentes de normas legais ou regulamentares vinculativas e aplicáveis a tal contrato.

Pelo que, fica prejudicada qualquer questão relativa à demonstração da obrigatoriedade de um concorrente demonstrar se e quando beneficia de medidas legais que permitem que não tenha de suportar alguns custos.

É, pois, de negar provimento ao recurso.

*

Em face de todo o exposto acordam os juízes deste STA em negar provimento ao recurso e manter a decisão recorrida.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 3 de Dezembro de 2015. – *Ana Paula Soares Leite Martins Portela* (relatora por vencimento) – *Alberto Acácio de Sá Costa Reis* – *José Augusto Araújo Veloso* (junto v/vencido)

VOTO DE VENCIDO

Não voto a decisão porque entendo, em primeiro lugar, que atenta a forma como foi pedida a exclusão da proposta da concorrente B..... na pronúncia da concorrente A....., em sede de audiência prévia, a questão nuclear que se colocava era a do preço oferecido por aquela ser «eventualmente anómalo» por tudo indicar

que não seria bastante para pagar as despesas com a execução do contrato.

Assim, e não obstante a aí requerente ter enquadrado a sua alegação apenas no âmbito das alíneas f) e g) do nº 2 do artigo 70º do CCP, impunha-se ao Júri, em face da exposição feita pela A....., que se colocasse a questão de estar ou não face a uma proposta de «preço anormalmente baixo».

Isto explica, aliás, que o acórdão recorrido tenha chamado à colação a questão do «preço anormalmente baixo», que as alegações de recurso de revista se tenham centrado essencialmente nessa questão, e que a formação preliminar deste STA tenha admitido a revista essencialmente por causa dela.

Abordando tal questão, como pensamos dever ser, entendemos, em segundo lugar que o seu conhecimento deveria levar à anulação do acto de adjudicação e do respectivo contrato, com fundamento na parte final do projecto de acórdão que apresentamos e que passamos a citar:

[...]

6. No presente caso, que é de «ajuste directo», a entidade adjudicante, apesar de estar fixado no caderno de encargos o «preço base», não usou da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 115º nº 3 do CCP, isto é, não indicou no convite que dirigiu às co-contratantes do «Acordo Quadro» qualquer valor delimitativo de «preço total anormalmente baixo».

Isto significa que, no caso, à entidade adjudicante, através do «Júri» nomeado para analisar as propostas, competia, na prevenção efectiva do já dito interesse público, estar atenta à possibilidade de propostas anómalas quanto ao «preço» mediante a ponderação da «regra supletiva» consagrada no artigo 71º, nº 1, do CCP, e aos demais sinais objectivos que a pudessem levar a desconfiar de certo preço total apresentado, nomeadamente por ele destoar significativamente das restantes propostas ou que lhe merecesse um juízo de reserva relativamente ao cumprimento pontual e integral do contrato de acordo com o proposto.

E caso devesse concluir pela existência de uma suspeita de preço anómalo, nos termos assinalados, quer por decorrência da aplicação da regra supletiva, quer por imposição de sinais objectivos que tal sugerissem, deveria o «Júri» solicitar ao respectivo concorrente, e por escrito, que, em prazo adequado, prestasse os esclarecimentos justificativos.

Sempre tendo em conta que apenas estaria dispensado de «fundamentar» este pedido de esclarecimentos justificativos no caso da qualificação do «preço total como anormalmente baixo» resultar da aplicação da «regra supletiva» do artigo 71º nº 1 do CCP. É isso que resulta do nº 2 do mesmo artigo.

E tendo em conta, ainda, que assim como não há «exclusões automáticas» de propostas baseadas em «preço total anormalmente baixo», pois sempre terão

de ser pedidos esclarecimentos justificativos ao respectivo proponente, os quais poderão, obviamente, «justificar» um preço inicialmente suspeito, também não poderá ser tida como inabalável a conclusão negativa retirada da aplicação da regra supletiva fixada no artigo 71º n.º 1 do CCP. É que, apesar da mesma, pode haver indícios suficientes que justifiquem, e até imponham ao «Júri», o pedido de esclarecimentos justificativos, os quais poderão resultar numa «exclusão» da proposta.

7. O «preço base» foi fixado, no caderno de encargos [corrigido], em 163.703,07€. Era este o «preço máximo que a entidade adjudicante se dispunha a pagar pela execução de todas as prestações objecto do contrato a celebrar».

Os preços apresentados pelos 5 concorrentes cujas propostas foram admitidas foram: 114.359,31 [B.....]; 123.240,60€ [A.....]; 131.547,96 [D.....]; 135.207,27€ [E.....]; e 140.674,59€ [F.....].

Aplicando a regra supletiva prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 71º do CCP, resulta que o preço total proposto pela B..... - 114.359,31€ - não surge como «preço total anormalmente baixo», pois sê-lo-ia, apenas, e por aplicação deste critério, se fosse igual ou inferior a 57.179,66€ [50% de 114.359,31€].

Não se impunha, assim, à entidade adjudicante, actuando através do «Júri» do procedimento de ajuste directo, que, com base na aplicação da regra supletiva da alínea b) do n.º 1 do artigo 71º do CCP, solicitasse à concorrente B..... quaisquer esclarecimentos justificativos sobre o preço total apresentado na sua proposta. De facto, não surgia, com fundamento na aplicação dessa regra legal, qualquer suspeita relativa à normalidade do preço oferecido por tal concorrente como preço de mercado.

No presente caso, pois, a qualificação do preço total apresentado pela B..... na sua proposta como «preço total anormalmente baixo» só poderia emergir do juízo discricionário, casuístico e fundamentado, feito pela entidade adjudicante.

Mas será que havia «sinais objectivos» de que se tratava de um preço anómalo, no sentido de gerar «sérias dúvidas sobre a sua seriedade e congruência», não suscitando a «credibilidade bastante» de que a respectiva proposta viesse a ser devidamente cumprida?

E que, por isso, impusesse à entidade adjudicante, através do respectivo Júri, que solicitasse à B..... esclarecimentos justificativos do preço total oferecido, sob pena de «exclusão da proposta», caso não fosse justificado o preço e essa justificação fosse aceite?

8. É verdade que, como se salienta no acórdão recorrido, no procedimento de «ajuste directo» em causa inexistia qualquer norma que obrigue os respectivos concorrentes a demonstrar a formação do preço proposto, através da qual seja possível à entidade adjudicante aferir da observância dos encargos obrigatórios decorrentes do quadro normativo vigente. Nem essa obrigação resulta do CCP.

O único sinal de alerta relativo a eventuais anomalias na proposta da B..... foi dado pela própria recorrente, A....., que, em sede de audiência prévia, após constatar que a sua proposta estava em 2º lugar no relatório preliminar, atrás da proposta da B....., veio reclamar a exclusão desta última, fazendo-

o com base nas alíneas a), f) e g), do nº 2 do artigo 70º do CCP.

Deixando de lado a causa de exclusão prevista nessa alínea a), que se encontra definitivamente decidida nos autos, constatamos que o «Júri» do procedimento, no relatório final, respondeu assim à parte pertinente da referida reclamação:

«No que concerne aos demais motivos alegados para a exclusão da concorrente B....., não se dispõe objectivamente de elementos que permitam concluir pela violação de vinculações legais ou regulamentares ou pelo falseamento das regras da concorrência e em consequência fosse de excluir, nos termos das alíneas f) e g), do nº 2 do artigo 70º do CCP, a proposta da referida concorrente».

O que significa que o «Júri» ponderou, mediante os dados de que dispunha, a eventual violação das alíneas f) e g) do nº 2 do artigo 70º do CCP por parte da proposta da concorrente B....., sendo certo que não lhe foi sequer alegada a hipótese de eventual violação da «alínea e)», relativa à «causa de exclusão» de «preço total anormalmente baixo».

Portanto, quanto à causa de exclusão baseada num «preço total anormalmente baixo», o «Júri» do procedimento apenas se deparava com um «juízo negativo» no que concerne à aplicação da dita «regra supletiva», com os diversos preços apresentados pelos cinco concorrentes admitidos, e com a reclamação que foi feita pela A..... em sede de audiência prévia.

E nem sequer aventou a hipótese de «suspeitas sérias de preço anómalo», de modo a fundamentar um pedido de esclarecimentos justificativos à B....., que não fez.

Temos, portanto, que, neste caso concreto, a única forma legal de qualificar o preço total apresentado pela B..... como «preço total anormalmente baixo» seria o «juízo discricionário», fundamentado, feito pela entidade adjudicante, o qual nem sequer foi despoletado através de uma solicitação de esclarecimentos justificativos, fundamentada, dirigida pelo «Júri» à B.....

9. Como deixamos dito, a ora recorrente A....., após ter conhecimento do relatório preliminar que graduava a sua proposta em 2º lugar, e a da B..... em 1º lugar, reclamou, em sede de audiência prévia, a exclusão desta última.

Nessa «reclamação» [folhas 396 a 409 do PA anexo aos autos], a A..... procede a uma pormenorizada análise dos gastos indispensáveis com a prestação do serviço de vigilância e segurança objecto do procedimento de ajuste directo, e relativos a «custos directos mínimos do trabalho», a «custos relacionados com o trabalho» e «remuneração devida à ESPAP», tudo isso com base nas normas legais e nas cláusulas do CCT [Contrato Colectivo de Trabalho] aplicável. E conclui, nessa base, que «o preço apresentado pela B..... não permite cobrir os custos directos mínimos do trabalho, requerendo, nessa conformidade, a «exclusão» da sua proposta.

Esta pretensa demonstração dos gastos necessários à prestação dos serviços de vigilância e segurança a contratar, e requerimento de exclusão da proposta que foi apresentada pela B....., impunha-se à consideração do Júri com laivos de suficiente credibilidade, uma vez que a mesma se mostrava fundamentada nas normas legais e cláusulas contratuais aplicáveis.

Cremos pois, que apesar de estarmos no âmbito da discricionariedade decisória da entidade adjudicante, se impunha ao Júri, perante estes sinais objectivos de que o preço apresentado pela B..... poderia configurar preço anómalo, pedir «esclarecimentos» a esta concorrente, «justificativos do preço total oferecido», sob pena de rejeição da sua proposta caso não fosse justificado o preço ou tal justificação não fosse aceite. Isso era imposto, além do mais, pelo princípio da transparência, indispensável a uma «sã concorrência».

Não tendo procedido a esta avaliação da congruência da proposta da B..... perante o «preço contratual total» por ela apresentado, o Júri do procedimento omitiu diligência que, no caso, se lhe impunha, e que é susceptível de influir no resultado do procedimento por poder conduzir, eventualmente, à «exclusão» da proposta da B..... com fundamento em «preço total anormalmente baixo».

10. Deverá, portanto, ser anulada a adjudicação do objecto do ajuste directo à concorrente B....., bem como o respectivo contrato entretanto celebrado [ver artigo 283º, nº 2, do CCP].

[...]

Lisboa, 3 de Dezembro de 2015.
José Augusto Araújo Veloso.