

Acórdãos STA**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo**

Processo: 0328/17
Data do Acórdão: 12-07-2017
Tribunal: 1 SECÇÃO
Relator: ANA PAULA PORTELA
Descritores: PREÇO ANORMALMENTE BAIXO
FUNDAMENTAÇÃO
JÚRI
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
INTERESSE PÚBLICO
PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA

Sumário:

I - Nada impede que se fixe nas peças do procedimento um limiar abaixo do qual as propostas sejam consideradas anormalmente baixas, ainda que por remissão para a Recomendação da ACT.

II - Nada impede que ao abrigo do seu poder de conformação das cláusulas do procedimento se tivesse fixado um subfactor de avaliação *“justificação do preço proposto”*.

III - Compete à concorrente que apresenta preço anormalmente baixo de acordo com as peças procedimentais fazer a prova convincente de que, não obstante, a sua proposta ser objectivamente anormalmente baixa, era uma proposta credível susceptível de criar confiança relativamente à boa execução do contrato, e que não punha em causa os receios que estiveram na base da fixação do critério de preço anormalmente baixo.

IV - A partir do momento em que não foram invocados pela concorrente factos de onde resultasse a realização das preocupações tidas em causa na fixação da cláusula de preço anormalmente baixo, nada impedia o júri de fundamentar a não aceitação da justificação com o facto de não haver seriedade da proposta e viabilidade da sua execução sem violação de normas legais atinentes ao trabalho e já que, a seu ver, não obstante a Recomendação não ser norma imperativa é um elemento padrão para o tipo de procedimento concursal em causa.

V - Não ocorre violação dos princípios da proporcionalidade ou do interesse público, quando o padrão de referência utilizado no procedimento, no que concerne à fixação do preço anormalmente baixo, tem por base uma Recomendação da Autoridade para as Condições de Trabalho, a qual não obstante não ser vinculativa, inclui os valores decorrente do quadro legal vigente, nomeadamente os decorrentes da entrada em vigor do CT aprovado pela Lei 7/2009 de 12/2 e respectivas actualizações, ainda que aí se incluam custos relacionados com o trabalho, custos variáveis que não integram o elenco de imperatividade garantística da retribuição laboral expressamente contemplado no Código do Trabalho e nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

VI - Não viola o princípio da concorrência que as cláusulas do Convite integrem como elemento a ser atendido na consideração de preço anormalmente baixo a referida Recomendação da ACT por essa exigência não implicar, só por si, uma atitude limitadora e desadequada à participação no concurso.

Nº Convencional: JSTA000P22149
Nº do Documento: SA1201707120328
Data de Entrada: 02-05-2017
Recorrente: A....., SA E INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO
Recorrido 1: OS MESMOS
Votação: MAIORIA COM 1 VOT VENC
Aditamento:

▼ Texto Integral

Texto Integral: Acordam na Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo
I-RELATÓRIO

1.A....., S.A. e o INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO interpõem 2 recursos jurisdicionais de revista, para o STA, da decisão de 19.01.2017 proferida no TCAS, em sede de recurso jurisdicional da decisão do TAF de Sintra, que julgou a acção de contencioso pré-contratual, instaurada pela A....., S.A., parcialmente procedente, nos seguintes termos:

“A. nos termos da fundamentação supra julgar procedente a questão suscitada nas conclusões sob os itens 22 a 86 e 87 a 103, no tocante aos pontos IX, VI e VII n.º 1 c) e d) do Convite, na parte em que tomam por padrão de referência a Recomendação da ACT de 12. Abril. 2012, e revogar a sentença proferida no segmento decisório da alínea a) em que declarou a ilegalidade das mencionadas disposições;

B. julgar improcedente o recurso relativamente à questão constante das conclusões sob os itens 22 a 86 na parte respeitante ao desconto comercial de 14% sobre o preço normal de cada Lote na proposta apresentada pela ora Recorrida A....., SA;

C. cabendo ao Instituto Politécnico do Porto, ora Recorrente, retomar o procedimento em consequência do efeito anulatório dos actos retroagido à fase de análise e avaliação das propostas, com admissão da proposta a todos os 7 Lotes apresentada pela A....., SA, ora Recorrida, e prosseguir na competente tramitação.

D. julgar improcedente o recurso quanto à questão suscitada sob os itens 1 a 21, no tocante à caducidade do direito de acção impugnatória de disposições do Convite;

E. confirmar e manter a sentença proferida, no tocante aos demais segmentos decisórios.”

1.1. A A....., S.A. conclui as suas alegações nos seguintes termos:

“1. Considerando a Recomendação da Autoridade para as Condições do Trabalho de 12 de Abril de 2012 como uma referência obrigatória que se impõe aos concorrentes nos procedimentos de contratação pública para a aquisição de serviços de vigilância humana, o recorrente, no Convite do Procedimento Ref AQ/PA.099.2015.005:

(i) Fixou como limiar do preço anormalmente baixo os valores indicados na Recomendação da ACT (cf. ponto VI do Convite - alínea E) dos factos provados);

(ii) Exigiu como documentos da proposta: um documento do concorrente em que declara que a sua proposta respeita a Recomendação da ACT e uma nota justificativa do preço de acordo com a Recomendação da ACT (cf. ponto VII n.º 1 al. c) e d) do Convite — alínea F) dos factos provados)

(iii) Fixou como critério de adjudicação a justificação do preço de acordo com a Recomendação da ACT (cf. ponto IX do Convite — alínea G dos factos provados).

II. Por sentença de 21 de Abril de 2016, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, declarou ilegais os pontos VI, VII n.º 1 al. c) e d) e IX do Convite por violação dos princípios da proporcionalidade e da concorrência e, quanto ao ponto IX do Convite, também por extravasar o consentido pelo Acordo-Quadro ESPAP.

III. Não o entendeu assim o Tribunal Central Administrativo Sul no Acórdão recorrido, o qual, sustentando que o preço proposto tem que ser suficiente para suportar os custos mínimos resultantes da legislação laboral, social e fiscal, revogou a sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra no segmento decisório em que declarou a ilegalidade dos pontos VI, VII n.º 1 al. c) e d) e IX do Convite.

IV. Vem o presente recurso interposto do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 19 de Janeiro de 2017 na parte em que decidiu *“julgar procedente a questão suscitada nas conclusões sob os itens 22 a 86 e 87 a 103 no tocante aos pontos IX, VI e VII n.º 1 a) e d) do Convite, na parte em que tomam por padrão de referência a Recomendação da ACT de 12 de Abril de 2012 e revogar a sentença proferida no segmento decisório da alínea a) em que declarou a ilegalidade das mencionadas disposições”*.

V. São as seguintes as questões que se colocam na presente revista:

(i) o preço proposto tem que se revelar suficiente para cumprir os custos mínimos resultantes da legislação laboral, social e fiscal, sob pena de exclusão da proposta nos termos do Art.º 70º n.º 2 alíneas e), f) e g) do CCP? E, em consequência:

(ii) A entidade adjudicante pode impor a observância pelas propostas da estrutura de custos constante da Recomendação da ACT, sob pena de exclusão?

(iii) A entidade adjudicante pode impor a justificação do preço de acordo com a Recomendação da ACT, sob pena de exclusão?

(iv) A entidade adjudicante pode fixar o preço anormalmente baixo por referência aos custos indicados na Recomendação da ACT?

(v) A observância da estrutura de custos constante da Recomendação da ACT pode constituir critério de adjudicação?

VI. O Acórdão recorrido decidiu em sentido oposto ao decidido, em sede de revista, pelo Supremo Tribunal Administrativo, em sucessivos Acórdãos, que tem vindo a decidir pela inadmissibilidade de exclusão de propostas com fundamento na alegada desconformidade dos preços propostos com os custos constantes da Recomendação da ACT ou com os custos legalmente impostos (cf. Acórdãos de 14/02/2013, proc.º 0912/12, de 03/12/2015, proc.º 0657/15, de 16/12/2015, proc.º 01047/15, de 07/01/2016, processo 01021/15, de 28/01/2016, processo 01255/15, de 14/12/2016, proc.º 0579/16, e de 19/01/2017, processo 0817/16).

VII. Tendo o Acórdão recorrido decidido em sentido oposto à jurisprudência estabilizada do Supremo Tribunal Administrativo, afigura-se plenamente justificada a sua reapreciação pelo órgão de cúpula da jurisdição administrativa com vista a uma melhor aplicação do direito.

VIII. As questões colocadas estão relacionadas com a liberdade do concorrente de formulação do preço e com a legalidade das restrições que a entidade adjudicante pode impor, questões que têm aptidão para se repercutir num elevado número de casos futuros, assumindo, pois, importância jurídica e social.

IX. As questões respeitantes à exclusão das propostas motivada pelos preços delas constantes, são questões que versam sobre um aspecto relevantíssimo (senão o mais relevante) dos procedimentos de contratação pública pelo que a intervenção do Supremo Tribunal Administrativo pode contribuir para uma maior clareza e previsibilidade do direito e, consequentemente, uma melhor administração da justiça, para a uniformidade das decisões dos tribunais e para orientação quer para a Administração quer para os particulares que com ela pretendem contratar.

X. Termos porque, preenchidos que estão os respectivos pressupostos, deverá ser admitida a presente Revista nos termos do artigo 150º n.º 1 do CPTA.

XI. De acordo com a jurisprudência estabilizada do Supremo Tribunal Administrativo:

- A alegada insuficiência do preço proposto para suportar os custos legais não constitui causa de exclusão da proposta;
- Da análise do preço não deriva ou não decorre, lógica e necessariamente, que aquele vá cumprir ou não as suas obrigações

legais e contratuais, se o conseguirá vir a fazer ou não, tanto mais que, isoladamente, o preço proposto não é *conditio sine qua non* para se poder concluir, sem mais, que determinado concorrente pelo simples facto de haver oferecido um preço superior ao de outro concorrente irá cumprir as suas obrigações e que este último o não fará ou não conseguirá fazer pela simples razão de haver apresentado um preço inferior àquele;

- São os resultados económico-financeiros dum contratante no cômputo geral da sua actividade e, em última análise, todo o seu património que garantem que, nomeadamente, na execução de cada contrato se mostrem observadas e cumpridas pelo mesmo todas as obrigações legais;

- Os valores constantes da Recomendação da ACT são valores meramente indicativos, recomendados, não constituindo ou gozando dum qualquer valor impositivo obrigatório e absoluto como valor mínimo que importe ser estritamente observado sob pena de ilegalidade, já que não constam de lei ou regulamento;

- Os valores que nela se mostram apostos foram produto dum cálculo no qual foram incluídos os vários custos/encargos obrigatórios que derivam de imposições legais diversas, mas desse cálculo não podem fazer parte unicamente tais custos porquanto para o mesmo contribuem todos os outros custos variáveis imanentes ao funcionamento, operacionalidade e rentabilidade duma empresa do sector da prestação de serviços de segurança privada; a proporção com que uns custos e outros contribuem para o resultado obtido na operação de estudo e cálculo a que a ACT chegou é ou pode ser muito diverso, tal como muito diverso será, necessariamente, a estrutura de custos fixos e variáveis que cada empresa possui e terá de suportar no desempenho da sua actividade pelo que a exclusão de proposta não tem cobertura legal através do apelo à Recomendação da ACT visto a mesma não possuir carácter absoluto nem força jurídica e normatividade bastante.

XII. Entre as componentes do preço mínimo mensal constantes da Recomendação da ACT, incluem-se não apenas custos previstos na lei, mas também outros custos não regulados por lei, o que significa que, em relação a estes últimos, não há, nessa parte do tal preço mínimo da Recomendação, qualquer correspondência com exigências ou imposições legais na matéria, muito menos de valor determinado.

XIII. Mas, mesmo em relação aos custos previstos na lei, existem mecanismos (v.g. os incentivos de apoio à contratação previstos no DL 89/95) que determinam a sua redução e que a Recomendação pura e simplesmente desconsidera, sendo que, utilizando as empresas tais mecanismos, as mesmas não suportam os custos salariais e/ou sociais com os valores fixados na Recomendação.

XIV. Mais, da liberdade de gestão empresarial constitucionalmente consagrada (artigo 61º da CRP) resulta que cada empresa é gerida de acordo com os seus próprios critérios e opções de gestão, nada impedindo que os custos inerentes a determinado contrato sejam repartidos por outros contratos.

XV. Por não corresponderem a imposições legais, não têm os chamados “outros custos relacionados com o trabalho”, em circunstância alguma, que ser suportados pelas empresas com os valores “fixados” na Recomendação, sendo manifestamente injustificada a sua imposição aos concorrentes.

XVI. E, na medida em que os custos e encargos legalmente não obrigatórios (ou de valor não fixado imperativamente na lei) se repercutem no valor do preço mínimo mensal unitário da Recomendação, também este, visto no seu todo, não traduz ou corresponde, portanto, a uma qualquer imposição legal.

XVII. É, pois, evidente e patente, a invalidade da Recomendação, seja para que efeito for.

XVIII. Não há no CCP qualquer disposição no sentido da obrigatoriedade de imputação no preço a propor em cada concurso de todos os custos inerentes ao concreto contrato a celebrar e de isso dever ser demonstrado em documento constante da proposta, designadamente, na nota justificativa do preço.

XIX. Não há no CCP qualquer disposição que mande excluir as propostas de preço inferior aos custos legais.

XX. E não havendo no CCP, qualquer norma a dispor nesse sentido, também não pode o programa do procedimento, como norma regulamentar que é, estabelecer a esse propósito, regras restritivas da liberdade de gestão da empresa e da actividade empresarial, manifestações que são, elas, do direito de iniciativa económica privada, consagrado no artigo 61º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa como sendo um direito fundamental, aí colocado expressamente sob reserva de lei, inacessível portanto às normas regulamentares.

XXI. A previsão da alínea f) do n.º 2 do artigo 70º do CCP não integra a situação da proposta de preço inferior aos encargos legalmente impostos.

XXII. A alínea f) do n.º 2 do artigo 70º do CCP prevê apenas a exclusão de propostas cuja análise revele que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares imperativamente aplicáveis ao contrato em si mesmo e já não às relações do concorrente com outras entidades terceiras e estranhas ao contrato, como é o caso dos trabalhadores, da Segurança Social ou do Fisco.

XXIII. O Acórdão recorrido confunde, assim, as vinculações legais e regulamentares aplicáveis ao contrato em si mesmo considerado, às relações entre o contraente público e contraente privado que do mesmo emergem com as vinculações legais e regulamentares aplicáveis às relações entre o contraente privado e entidades estranhas ao contrato, como sejam os trabalhadores, a Segurança Social ou o Fisco;

XXIV. E conclui erradamente que a proposta de preço alegadamente inferior aos custos laborais, sociais e fiscais importa o incumprimento pelo adjudicatário da legislação que prevê esses custos e integra a previsão da alínea f) do n.º 2 do artigo 70º do CCP.

XXV. Violou, pois, o Acórdão recorrido, e de forma grosseira, a alínea f) do n.º 2 do artigo 70º do CCP.

XXVI. A previsão da alínea g) do n.º 2 do artigo 70º do CCP não integra a situação da proposta de preço inferior aos encargos legalmente impostos.

XXVII. A alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP reporta-se ao direito da concorrência e, concretamente, às práticas restritivas da concorrência tal como reguladas (e proibidas) pela Lei da Concorrência (Lei n.º **19/2012**).

XXVIII. Violou, pois, o Acórdão recorrido, e de forma grosseira, a alínea g) do n.º 2 do artigo 70º do CCP ao entender que a mesma integra a situação de proposta de preço que se apresente inferior aos custos legais.

XXIX. A previsão de um preço anormalmente baixo como factor de exclusão das propostas destina-se a garantir o cumprimento pelo adjudicatário da proposta que apresentou, ou seja, das obrigações que assumiu para com a entidade adjudicante, e não para garantir o cumprimento pelo adjudicatário de obrigações para com entidades estranhas à relação contratual estabelecida com a entidade adjudicante e que não integram a proposta adjudicada (cf. Acórdão do STA de 21/06/2011, proc.º 0250/11)

XXX. Violou, pois, o Acórdão recorrido, e de forma grosseira, a alínea e) do n.º 2 do artigo 70º do CCP ao entender que a mesma integra a situação de proposta de preço que se apresente inferior aos custos legais.

XXXI. Na definição das regras concursais, a entidade adjudicante não pode adoptar medidas restritivas da concorrência sem justificação adequada, necessária e equilibrada (cf. artigos 1º n.º 4 e 132º n.º 4 do CCP, Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte de 22 de Abril de 2010, proc.º 01327/09.1BEPRT e de 18 de Dezembro de 2015, proc.º 01029/15.0BEPRT);

XXXII. O objectivo que presidiu ao estabelecimento dos pontos VI, VII, n.º 1, al. c) e d) e IX do Convite foi, como o recorrente afirmou, o de assegurar o cumprimento pelos concorrentes das “exigências mínimas com o custo dos trabalhadores do sector” (cf. Relatório Final - alínea M) dos factos provados);

XXXIII. Ora, do preço proposto não decorre, lógica e necessariamente, que o adjudicatário vá cumprir ou não as suas obrigações legais (cf. Acórdãos do STA de 03/12/2015, proc.º 0657/15, de 16/12/2015, proc.º 01047/15, de 07/01/2016, processo 01021/15, 28/01/2016, processo 01255/15, 14/12/2016, proc.º 0579/16, e de 19/01/2017, processo 0817/16).

XXXIV. Pelo que, não estando a garantia do cumprimento das obrigações laborais, sociais e fiscais na dependência do preço proposto, é forçoso concluir que as normas dos pontos VI, VII, n.º 1, al. c) e d) e IX do Convite não se mostram justificadas à luz do princípio da adequação porquanto são absolutamente inaptas à prossecução do objectivo visado de garantir o cumprimento pelo concorrente as suas obrigações legais.

XXXV. E também não se mostram justificadas à luz do princípio da necessidade porquanto o objectivo por elas visado é conseguido através de outros mecanismos legalmente previstos, designadamente, mediante a exigência prevista no CCP de demonstração documental da regularidade da situação da empresa e pela fiscalização pelas entidades competentes (que não são as entidades adjudicantes).

XXXVI. Por último, as normas em questão não se apresentam como equilibradas pelo impacto negativo que têm na concorrência sem que seja obtida qualquer vantagem para o interesse público.

XXXVII. Concluindo-se, pois, que a exigência de observância da Recomendação da ACT (ponto VII n.º 1 c) e d) do Convite), a valoração dessa observância como critério de adjudicação (ponto IX do Convite) e a definição do limiar do preço anormalmente baixo por referência ao preço mínimo fixado” na Recomendação da ACT (ponto VI do Convite) tendo por objectivo assegurar o cumprimento pelos concorrentes das “exigências mínimas com o custo dos trabalhadores do sector”, configuram igualmente prescrições manifestamente desadequadas, desnecessárias e desequilibradas face ao objectivo a atingir e como tais, violadoras, e de forma grosseira, do Princípio da Concorrência.

XXXVIII. Ao decidir em contrário, violou o Acórdão recorrido, de forma grosseira, a disposição do artigo 70 n.º 2 alíneas e), f) e g) do CCP e o Princípio da Concorrência.

XXXIX. O ponto IX do Convite é ainda manifestamente ilegal por violar o Caderno de Encargos do Acordo Quadro ESPAP ao abrigo do qual o procedimento foi lançado o qual estabelece que, em caso de recurso

ao critério da proposta economicamente mais vantajosa, no factor qualidade do serviço apenas pode ser valorada a implementação de mecanismos de controlo de qualidade da prestação de serviços, na qual manifestamente não se integra a justificação do preço (artigo 22.º n.º 2 al. b) ii) I) do Caderno de Encargos do Acordo Quadro ESPAP);

XL. O ponto IX do Convite, ao estabelecer como subfactor a “justificação do preço proposto”, viola o disposto nos artigos 6.º n.º 1 al. b) e 22.º al. b) ii) I) do Caderno de Encargos do Acordo Quadro ESPAP e nos artigos 42.º n.º 4, 75.º n.º 1, 251.º, 252.º n.º 1 al. b) e 259.º n.º 2 do CCP.

XLI. Ao decidir em contrário, violou o Acórdão recorrido, de forma grosseira, os artigos 6.º n.º 1 al. b) e 22.º al. b) ii) I) do Caderno de Encargos do Acordo Quadro ESPAP e nos artigos 42.º n.º 4, 75.º n.º 1, 251.º, 252.º n.º 1 al. b) e 259.º n.º 2 do CCP.

Termos porque deverá a presente revista ser admitida e julgada procedente e, em consequência, ser revogado o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 19 de Janeiro de 2017 na parte em que revogou a sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra no segmento decisório em que declarou a ilegalidade dos pontos VI, VII n.º 1 al. c) e d) e IX do Convite.”

1.2. INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO conclui as conclusões das suas contra-alegações:

“I. Resulta das doudas alegações da revista interposta pela A..... que o objectivo pela mesma pretendido é a mera cassação da decisão da instância e já não a apreciação de questão cuja relevância jurídico-social assuma importância fundamental ou se mostre claramente necessária para a melhoria da aplicação do direito.

II. A situação agora em litígio deslocou o centro da discussão, que anteriormente se situava, essencialmente, na integração dos motivos de exclusão das propostas previstos nos artºs 70º, n.º 2, als. f) e g) do CCP decorrente da inobservância dos custos mínimos previstos na Recomendação para a circunstância de o montante do preço fixado, ao não respeitar a estrutura de custos prevista na Recomendação da ACT (na qual se incluem os custos mínimos directos com o trabalho) poder integrar um preço anormalmente baixo e ser objecto de valoração em sede de aplicação do critério de adjudicação, enquanto factor de aferição da valia técnica proposta.

III. A questão em causa gira, em torno da liberdade de conformação das peças do procedimento por parte das entidades adjudicantes, dos limites a tal liberdade e da possibilidade (ou impossibilidade) de sindicância jurisdicional do conteúdo dos respectivos actos conformadores.

IV. Na revista interposta pela A..... as referidas questões são abandonadas e a recorrente elabora a partir de uma falsa questão, na medida em que pretende que o Supremo Tribunal responda se o preço proposto tem que se revelar suficiente para cumprir os custos mínimos resultantes da legislação laboral, social e fiscal, sob pena da exclusão da proposta nos termos do artº 70º, n.º 2, als. e), f) e g) do CCP.

V. Tal regra não consta do procedimento concursal *sub judice*, nem foi objecto de apreciação ou de decisão no acórdão do TCAS.

VI. Em lado algum do procedimento *sub judice* se estabeleceu que o incumprimento dos custos mínimos resultantes da legislação laboral, social e fiscal, determinaria a exclusão de propostas nos termos do artº 70º, n.º 2, als. e), f) e g) do CCP, pelo que, não sendo esta uma questão nem no procedimento, nem nos autos, não faz sentido estar a colocá-la em sede de revista extraordinária.

VII. A questão colocada pela A..... não se reconduz, assim, nem à decisão recorrida, na parte aqui impugnada, nem aos seus fundamentos, nem ao teor das conclusões 22 a 86 e 87 a 103 das conclusões de recurso que o TCAS considerou serem procedentes no que concerne à legalidade das disposições do Convite constantes dos respectivos pontos VI, VII, nº 1, als. c) e d) e IX.

VIII. A admissibilidade do recurso de revista excepcional interposto pela A..... é injustificada, por não se encontrarem preenchidos os requisitos legalmente estabelecidos para o efeito, nomeadamente os do art. 150º, n.º 1 e 2 do CPTA.

IX. Os legisladores constitucional e ordinário consagraram um espaço de liberdade próprio das entidades administrativas, que decorre, fundamentalmente, do princípio da separação de poderes, no âmbito do qual a Administração pode decidir livremente pela conformação dos seus actos, embora no respeito pelo princípio da legalidade que em qualquer caso deve nortear a sua conduta.

X. Por força do princípio constitucional da separação de poderes, consagrado no artº 2º da CRP, a actividade da Administração não está sujeita a controlo jurisdicional, mas apenas a controlo de legalidade, como decorre do artº 201º, nº 2 da CRP.

XI. No quadro dos procedimentos adjudicatórios, o legislador estabeleceu o princípio da liberdade de conformação do seu conteúdo, nomeadamente, nos arts. 71º, nº 1, 115º, nº 3, 132º, nº 2 e 189º, nº 3 do CCP, reconhecendo expressamente às entidades adjudicantes a prerrogativa de indicar, em cada procedimento o valor abaixo do qual o preço total resultante de uma proposta é considerado anormalmente baixo.

XII. A definição, em concreto e casuisticamente, do valor abaixo do qual o preço proposto é considerado anormalmente baixo resulta,

deste modo, de uma decisão discricionária da entidade adjudicante, no exercício da margem de livre decisão da Administração, que será lícito sempre que haja norma legitimadora que o permita no âmbito da actividade que concretamente esteja em causa.

XIII. A determinação - nas peças do Convite - do que, para efeitos do procedimento em causa nos autos, seria considerado preço anormalmente baixo radica nos artºs 71º, nº 1, 115º, nº 3, 132º, nº 2 e 189º, nº 3 do CCP.

XIV. Também o direito comunitário reconhece às entidades adjudicantes o direito de excluir as propostas que se revelem efectivamente anómalas, através de um exercício expresse e consciente da discricionariedade técnico-administrativa.

XV. Do exposto decorre a existência, tanto no quadro normativo nacional, como no comunitário, de normas legitimadoras da actuação da entidade adjudicante, que são simultaneamente densificadoras do conceito de preço anormalmente baixo.

XVI. Mostra-se, assim, salvaguardado o respeito pelo princípio da legalidade, na vertente da reserva de lei, exigida pelo nº 5 do artº 267º CRP, bem como na vertente da precedência de lei, assegurando aos concorrentes atempada e adequada cognoscibilidade através da inclusão nas peças do procedimento e sua publicitação.

XVII. Entre o quadro legal constitucional e ordinário acima mencionados e a actividade administrativa de conformação do procedimento adjudicatório não existe bloco normativo restritivo da liberdade de conformação do procedimento.

XVIII. Do caderno de encargos do Acordo Quadro ESPAP nº 13 - Lote 2 (Região Norte) não consta qualquer determinação, obrigação ou limitação para as entidades contratantes em matéria de fixação do que, em cada procedimento, deva ser considerado preço anormalmente baixo.

XIX. A entidade adjudicante dispunha de ampla liberdade e discricionariedade na determinação e fixação, nas peças do procedimento, do valor abaixo do qual, no procedimento *sub judice*, o preço proposto seria anormalmente baixo.

XX. O limiar abaixo do qual o preço proposto seria considerado anormalmente baixo, foi fixado expressa e especificamente para cada um dos lotes do procedimento, com a indicação concreta de um valor quantitativo para cada um deles, sendo meramente indicativa e conformadora a referência/remissão para a "Recomendação da Autoridade para as Condições do Trabalho, referente aos preços a praticar pelas empresas de segurança privada, divulgada a 12 de Abril de 2012, com a actualização dos valores relativamente ao factor A, decorrentes da entrada em vigor das actualizações ao Código de

Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro e respectivas actualizações”.

XXI. A circunstância da Recomendação da ACT mencionada na norma do Convite ser destituída de força vinculativa, quer pela natureza jurídica da mesma, quer pela natureza da entidade que a emitiu, não impede que as entidades adjudicantes a utilizem como uma referência padrão, objectiva e segura no que respeita a exigências mínimas a considerar com o custo dos trabalhadores do sector.

XXII. Aquela Recomendação mais não faz do que remeter para o quadro legal aplicável imperativamente às relações laborais (e correspondentes obrigações sociais, tributárias e contributivas) inerentes à execução dos serviços a contratar no âmbito do procedimento.

XXIII. Tendo sido fixado nas peças do procedimento um limiar abaixo do qual as propostas seriam consideradas anormalmente baixas, ainda que por remissão indirecta através da Recomendação da ACT, haverá forçosamente que concluir-se que tal remissão foi efectuada para o quadro legal vigente na matéria.

XXIV. A definição, no âmbito de procedimento adjudicatório, do limite inferior do preço abaixo do qual as propostas serão consideradas anormalmente baixas, com referência directa ou indirecta, ainda que por remissão, para valores correspondentes aos mínimos legais de retribuição do trabalho, encargos fiscais e sociais, não é nem pode ser considerada prática proibida ou ilegal, mas antes em conformidade e abrangida pela margem de livre decisão própria da actividade Administração.

XXV. Estando verificado o respeito pelo quadro legal, fica esgotado o controlo a que o acto administrativo está sujeito, que é tão só um controlo de legalidade.

XXVI. Tudo o mais que se pretenda fazer em sede de controlo jurisdicional, extravasa dos limites permitidos pelo artº 2º da CRP e pelo princípio da separação dos poderes.

XXVII. É inaceitável o entendimento segundo o qual a definição, em procedimento adjudicatório, no exercício de um poder discricionário, de um limite do preço anormalmente baixo que corresponda ao cumprimento de normas legais possa alguma vez ser considerada violadora dos princípios da concorrência e da proporcionalidade.

XXVIII. A única consequência da qualificação de um preço como anormalmente baixo, no âmbito do procedimento em análise, é a necessidade de justificação dos preços propostos

XXIX. É igualmente inaceitável que se defenda que a necessidade de justificação dos preços propostos que sejam inferiores ao necessário para o cumprimento dos mínimos legais de retribuição do trabalho, encargos fiscais e sociais, seja considerada uma prática restritiva da concorrência.

XXX. A Autoridade da Concorrência, na sua Recomendação de 07.01.2016, já se pronunciou sobre a matéria e não reconheceu qualquer efeito anti-concorrencial à Recomendação da ACT.

XXXI. Também não ocorre qualquer violação dos princípios da proporcionalidade ou do interesse público, na medida em que o padrão de referência utilizado no procedimento, no que concerne ao preço anormalmente baixo, corresponde precisamente ao cumprimento do quadro legal.

XXXII. Exigir o cumprimento das normas legais aplicáveis não pode, em quadro algum, ser considerada uma prática violadora da concorrência, da proporcionalidade ou do interesse público.

XXXIII. Por outro lado, no ponto IX do Convite, foi fixado como critério de adjudicação para o procedimento *sub judice* o da “proposta economicamente mais vantajosa” apresentada para cada um dos lotes, de acordo com a al. a), do n° 1, do artigo 74° do CCP.

XXXIV. No procedimento definiu-se a avaliação do subfactor JPP através da estrutura de custos a apresentar de acordo com a Recomendação da ACT.

XXXV. Trata-se, novamente, de uma decisão discricionária, tomada no âmbito da margem de livre decisão da entidade adjudicante, com observância do bloco de legalidade e dos princípios aplicáveis.

XXXVI. A mesma respeita o disposto no caderno de encargos do Acordo Quadro (ESPAP) n° 13, segundo o qual o critério de adjudicação nos procedimentos ao abrigo do mesmo pode corresponder ao do mais baixo preço, ou ao da proposta economicamente mais vantajosa.

XXXVII. Uma vez que o Caderno de Encargos do Acordo Quadro não contém qualquer norma respeitante à densificação do factor qualidade do serviço, limitando-se a estabelecer que o mesmo deverá valorar propostas que prevejam a implementação de mecanismos de controlo da qualidade da prestação dos serviços, é aplicável o disposto no art° 75° do CCP, que determina a necessidade de densificação daquele factor com o recurso a todos os aspectos de execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos

XXXVIII. A entidade adjudicante conformou o procedimento optando por estabelecer a qualidade de serviço como um dos factores a valorizar, juntamente com o factor preço.

XXXIX. Um dos aspectos submetidos à concorrência foi o da qualidade do serviço, tendo a entidade adjudicante entendido, ao abrigo do poder discricionário de conformação do procedimento, que a avaliação da qualidade do serviço deveria ser realizada com o recurso aos subfactores de certificação, de descrição dos procedimentos a implementar e de justificação do preço proposto, atenta a preponderância que, nos serviços a contratar, assume a mão de obra.

XL. A referida estrutura de custos patenteada nas peças do procedimento destinava-se, nomeadamente, a permitir à entidade adjudicante aferir sobre a existência e a capacidade de implementação de mecanismos de controlo da qualidade da prestação dos serviços e a assegurar, nomeadamente através de valores de referência, que o serviço seria prestado por pessoal preferencialmente mais qualificado, o que teria necessária implicação no preço das propostas.

XLI. A inobservância dos valores de referência indicados no procedimento (correspondentes ao Recomendados pela ACT) não seria excludente, mas apenas ponderada como critério valorativo da proposta.

XLII. Entendeu a entidade adjudicante, de novo ao abrigo do seu poder discricionário e tendo presentes as obrigações para si decorrentes, nomeadamente, da Directiva 2014/24/UE, nomeada mas não exclusivamente do respectivo artº 18º, nº 2, que o critério padrão para a valoração da justificação do preço proposto e, consequentemente, da qualidade do serviço, deveria assentar na estrutura de custos tal como elencada na Recomendação da ACT, na medida em que a mesma reflecte e se reconduz ao cumprimento dos valores mínimos legalmente permitidos em matéria de retribuição do trabalho, encargos sociais e fiscais.

XLIII. Trata-se, agora, de aferir quanto ao cumprimento das normas legais aplicáveis, desta vez para efeitos de valoração da qualidade do serviço e, através desta da valia técnica da proposta, o que não pode, em quadro algum, ser considerada uma prática violadora da concorrência, da proporcionalidade ou do interesse público.

XLIV. É manifesta a legalidade do subfactor de avaliação *“justificação do preço proposto”*, nos termos em que o mesmo foi enquadrado no critério de adjudicação, em conformidade quer com o disposto no artº 22º do caderno de encargos do Acordo Quadro, quer com a norma do artº 75º do CCP, quer com a Directiva 2014/24/UE.

XLV. Não ocorre, pois, qualquer ilicitude nas opções da Administração na conformação das regras do procedimento, uma vez que as mesmas se mostram conformes ao quadro legal que atribui às entidades adjudicantes a já referida margem de livre decisão, insusceptível de sindicância jurisdicional.

XLVI. Improcedem, assim, todas as conclusões do recurso interposto pela Recorrente.

XLVII. O Tribunal, na decisão ora em análise, não violou nenhuma das normas e princípios legais invocados pela Recorrente

Nestes termos e nos mais que V. Exas, Venerandos Juizes Conselheiros, mui doutamente suprirão, deverá ser recusada a admissão do recurso de revista interposto pela A..... e, caso o seja, deverá o mesmo ser julgado totalmente improcedente.”

2.1. INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO conclui as suas alegações da seguinte forma:

“I. Estão em causa, nos presentes autos e no presente recurso, a questão relativa à caducidade do direito de acção, através do procedimento urgente previsto no artº 100º do CPTA, no caso de impugnação de disposições constantes das peças do procedimento, e da determinação do momento a partir do qual deve ser contado do prazo previsto no artº 101º do CPTA, bem como a questão de saber se foram respeitados os limites funcionais da jurisdição ou do respeito pelo espaço de valoração próprio da Administração e da sua discricionariedade em matéria de avaliação dos esclarecimentos e justificações prestados pelos concorrentes relativamente ao preço anormalmente baixo que tenham apresentado nas suas propostas, nos casos em que o limite abaixo do qual as propostas são consideradas anormalmente baixos está fixado nas peças do procedimento.

II. Está também em causa questão relativa à possibilidade de sindicância judicial das decisões dos júris dos procedimentos tomadas no âmbito do poder discricionário de consideração ou desconconsideração das justificações apresentadas em sede de esclarecimentos do preço anormalmente baixo constantes de propostas, nos termos do art, 71º, nº4 do CCP.

III. As citadas questões têm vindo a ser objecto de diversos litígios judiciais, os quais têm obtido decisões díspares de sentido, quer na 1ª instância, quer nas instâncias de recurso.

IV. As questões supra identificadas constituem matéria com relevância jurídica fundamental no domínio da contratação pública como o Supremo Tribunal Administrativo vem reconhecendo em decisões de apreciação preliminar ao abrigo do nº 5 do art. 150º do CPTA, que ainda não obtiveram resposta consolidada.

V. O esclarecimento, por via de interpretação do mais alto Tribunal português em matéria administrativa, quanto ao momento a partir do qual deve ser contado o prazo previsto no artº 101º do CPTA para o exercício da acção urgente, quando está em causa a impugnação de

peças do procedimento ou normas das mesmas constantes, constitui indubitavelmente um contributo para a melhoria do direito.

VI. Não se mostra consensualizada, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a interpretação conjugada das disposições do n.º 3 do art.º 51.º, com as do n.º 2 do art.º 100.º e do art.º 101.º do CPTA,

VII. Por outro lado, releva para a boa orientação e como contributo para o estabelecimento das melhores práticas por parte das entidades administrativas e também para clarificação das obrigações dos concorrentes e do seu conteúdo, que se esclareça o âmbito das justificações e esclarecimentos a prestar pelos concorrentes, indispensáveis para que os júris dos procedimentos e as entidades adjudicantes possam considerá-las e aceitá-las quando as propostas daqueles são objectivamente anormalmente baixas por serem de valor inferior ao limite, fixado nas peças do procedimento, abaixo do qual as propostas são consideradas anormalmente baixas.

VIII. A elevada complexidade das citadas questões emerge, desde logo, da existência das distintas apreciações judiciais, originando julgados contraditórios, justificativos de uma intervenção esclarecedora e orientativa do Supremo Tribunal, que, em simultâneo contribua para uma melhor aplicação do direito.

IX. A frequência e reiteração com que os conflitos sobre a matéria têm vindo a ser apresentados em juízo é, por outro lado, demonstrativa da existência de um interesse e relevância sociais, que ultrapassam o interesse de cada caso concreto e das partes que em cada processo se confrontam, evidenciando o impacto comunitário da questão, sendo consequentemente expectável que casos futuros se venham a colocar, até que a jurisprudência se consolide, o que não poderá ser alcançado sem que o Supremo Tribunal seja chamado a intervir.

X. Por assumirem importância fundamental, quer pela sua relevância jurídica, quer pela social, entende-se, assim, que devem ser esclarecidas as seguintes questões:

A) Qual o momento a partir do qual deve ser contado o prazo previsto no art.º 101.º do CPTA para o exercício da acção urgente, quando está em causa a impugnação de peças do procedimento ou normas das mesmas constantes? A impugnação directa das normas do procedimento, prevista do n.º 2 do art.º 100.º do CPTA, é necessária e conta-se do seu conhecimento pelos concorrentes, ou do acto final do procedimento?

B) Constitui ónus (probatório) da entidade adjudicante e do júri do procedimento carrear para a fundamentação da decisão de exclusão de uma proposta considerada objectivamente anormalmente baixa (por ser de valor inferior ao limite, fixado nas peças do procedimento, abaixo do qual as propostas são consideradas anormalmente baixas), os factos e os fundamentos demonstrativos da inaceitabilidade das

justificações apresentadas pelo concorrente, nomeadamente de que a proposta é predatória ou tem efeitos anti concorrenciais e falseadores da concorrência? Ou, pelo contrário, o ónus de alegar e provar factos e fundamentos em sentido contrário compete ao concorrente, que tem a obrigação, legal e procedimental, de justificar a sua proposta, por a mesma ser objectivamente anormalmente baixa, para efeitos do procedimento?

C) No âmbito de procedimento concursal em que tenha sido estabelecido o valor ou o critério de determinação do limiar abaixo do qual, nos termos do mesmo, o preço das propostas seria considerado anormalmente baixo, a decisão do júri do procedimento que não considerou aceitáveis a justificação e os esclarecimentos prestados pelo concorrente, é jurisdicionalmente sindicável ou é discricionária e a pronúncia pelo Tribunal sobre o sentido daquela decisão constitui uma violação do princípio constitucional da separação de poderes e das normas dos artºs 2º, 110º, 111º e 266º, nº 2 da CRP e, consequentemente, uma invasão ilícita da esfera de competências própria e exclusiva da Administração Pública?

XI. O exposto evidencia ser justificada a admissibilidade do presente recurso de revista excepcional, por se encontrarem preenchidos os requisitos legalmente estabelecidos para o efeito, nomeadamente os do art. 150º, nº 1 e 2 do CPTA.

XII. A matéria de facto a atender encontra-se consolidada e definida nas instâncias.

XIII. No entanto, para além da matéria de facto especificamente elencada, resulta objectivamente dos autos (estando o Tribunal vinculado ao conhecimento - artº 412º, nº 2 do CPC) e do Processo Administrativo (PA), a factualidade indispensável para a apreciação da questão da caducidade do direito de acção, nomeadamente a seguinte:

- i. Em 06.08.2015, as entidades convidadas, subscritoras do Acordo Quadro, entre eles a aqui Recorrida, foram notificadas a tomarem conhecimento integral das peças do procedimento (vd. fls. do PA),
- ii. A Recorrida submeteu a respectiva proposta em 14.08.2015 (vd. Fls. do PA).
- iii. E em 14.10.2015, foi praticado e a Recorrida foi notificada do acto de adjudicação dos serviços objecto do procedimento (vd. fls. do PA).
- iv. Finalmente, em 30.10.2015, foi celebrado o contrato com a entidade adjudicatária, o qual, desde então, se encontra eficaz e em execução.
- v. Os presentes autos deram entrada em juízo em 16.11.2015.

XIV. No caso dos autos, para efeitos do procedimento concursal em causa, o preço da proposta da ora recorrida, relativamente a cada um

dos lotes, é, em si mesmo, anormalmente baixo, por ser inferior ao limite, fixado nas peças do procedimento, abaixo do qual as propostas são consideradas anormalmente baixas, como resulta do confronto do facto provado da alínea E) - definição de preço anormalmente baixo, para efeitos do procedimento (ponto VI do Convite) -, com os factos provados das alíneas H) - proposta da Recorrente e I) - justificação do preço proposto.

XV. O que se discute nos autos - para além da caducidade do direito de acção - é a exclusão da proposta Recorrente, por não ter sido aceite, pelo júri do procedimento e pela entidade adjudicante, a justificação apresentada pela concorrente.

XVI. A acção de contencioso pré-contratual é um processo ao qual foi atribuída natureza urgente, com o objectivo de salvaguardar a necessidade de obtenção de decisões com a celeridade exigida pela e indispensável à estabilidade do procedimento adjudicatório em cujo âmbito se inserem os actos impugnados.

XVII A fiscalização, a título principal, das peças no âmbito do contencioso pré urgente deve ser solicitada no prazo de um mês a contar do conhecimento das mesmas, sob pena de caducar o direito de impugnação.

XVIII O conhecimento do acto é o momento relevante para o início do prazo previsto no artº 101º do CPTA, para os interessados impugnarem as peças do procedimento no âmbito do processo urgente previsto no artº 100º do mesmo diploma.

XIX Nos termos desse artigo 101 ocorre a excepção de caducidade do direito de accionar acto contido em documento conformador do concurso, se a interessada não exercer esse direito no referido prazo de um mês, contado da data em que teve conhecimento de tal documento.

XX A falta de tempestiva impugnação directa de peça do concurso, designadamente do Programa do Concurso, obsta a que o concorrente interessado venha a impugnar, com fundamento em ilegalidade de disposição contida nessa mesma peça concursal, o acto final de adjudicação, que deu aplicação concreta a tal disposição.

XXI Temos, assim, que a impugnação das peças do procedimento no âmbito de contencioso pré-urgente tem que ser efectivada no prazo de um mês definido no art. 101º do CPTA, sob pena de caducidade.

XXII Tal prazo conta como se estabelece da citada norma, a partir da notificação ou, na sua falta, do conhecimento do vício, ou seja, no caso dos autos, a partir da notificação e do conhecimento pela aqui Recorrida, das peças do procedimento, in casu, do teor do convite, o que ocorreu em 06.08.2015.

XXIII Ora, como se viu e decorre do PA, a Recorrida tomou conhecimento do teor do convite em 06.8.2015 e apenas em 16.11.2015 veio intentar a presente acção, ou seja, mais de três meses depois de ter conhecimento dos alegados vícios das peças de procedimento.

XIV Do exposto decorre que, à data da propositura da acção (16.11.2015), tinha já há muito caducado o direito da Recorrida impugnar as peças do procedimento, o qual, assim, se mostra definitivamente estabilizado,

XXV, Aliás, não só havia decorrido o prazo para a propositura da acção urgente, nos termos do artº 100º e sgts do CPTA, como também o prazo para a propositura do contencioso não urgente.

XXVI A caducidade do direito de acção, que aqui é expressamente invocada, é de conhecimento oficioso e, consequentemente, invocável a todo o tempo, nos termos do art. 333º, nº 1 do CC.

XXVII. Consequentemente, o Tribunal deve decidir no sentido de que o prazo para o exercício da acção urgente, quando está em causa a impugnação de peças do procedimento pré ou normas das mesmas constantes é de um mês, como definido no art. 101º do CPTA, e conta a partir da notificação ou, na sua falta, do conhecimento do vício, ou seja, no caso dos autos, a partir da notificação e do conhecimento pela Recorrida, das peças do procedimento, in casu, do teor do convite, o que ocorreu em 06.08.2015.

XXVIII. E por isso, uma vez que a acção apenas foi proposta em 16.11.2015, deverá considerar verificada a caducidade do direito de acção, pelo que o Réu deverá ser absolvido de todos os pedidos contra si formulados nos presentes autos.

XXIX. Recupera aqui que, nos presentes autos e no procedimento, está reconhecidamente assente que a proposta da Recorrida consistiu numa proposta de preço anormalmente baixo,

XXX. A proposta deveria apresentar, sob pena de exclusão, nota justificativa do preço proposto.

XXXI. Constituía ainda obrigação dos proponentes que apresentassem proposta com preço anormalmente baixo, apresentar documentação que contenha os esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito, em conformidade com o artº 71º do CCP.

XXXII. As justificações a apresentar juntamente com a proposta e que são destinadas, portanto, a ilidir aquela presunção (falta de seriedade ou congruência, devem ser idóneas a demonstrar que o preço, ainda que anormalmente baixo, é um preço de mercado, sério e congruente).

XXXIII. A decisão da entidade adjudicante quanto à justificação do preço anormalmente baixo é tomada no exercício de um poder discricionário, não sindicável pelo Tribunal,

XXXIV. As próprias regras do procedimento impunham ao concorrente a obrigação de carrear para o procedimento documentação contendo os esclarecimentos justificativos do preço anormalmente baixo proposto.

XXXV Era ónus do concorrente demonstrar que o preço proposto se encontrava justificado, devendo fazê-lo documentalmente.

XXXVI A Entidade Adjudicante só é obrigada a demonstrar a falsidade das informações do concorrente se, num primeiro momento, o próprio concorrente já apresentou informações completas, precisas e esclarecedoras sobre o preço proposto. Se, pelo contrário, o concorrente se limita a formular um conjunto de esclarecimentos ambíguos, genéricos ou conclusivos, não se pode sequer considerar que tenha sido apresentada uma verdadeira justificação para o preço proposto.

XXXVII. Sempre que o concorrente incumprir aquele ónus, a entidade adjudicante deverá desconsiderar os esclarecimentos e declarações do concorrente enquanto justificação aceitável para o preço anormalmente baixo apresentado com a consequente exclusão da proposta, nos termos do n.º 2 do art.º 70º do CC.

XXXVIII. A entidade adjudicante não está obrigada a ponderar sobre uma justificação que não se encontre sustentada em factos e sem que os mesmos estejam evidenciados documentalmente, ou que seja assente em factos hipotéticos, eventuais, condicionais ou condicionados, ou em realidades, seja qual for a sua natureza, que não se encontrem devidamente demonstradas, pelos meios adequados, ou seja, documentais, em sede de procedimento.

XXXIX. Muito menos está vinculada a aceitar tais justificações, quando entenda (no exercício do mencionado direito discricionário) que os esclarecimentos prestados, ab initio ou no âmbito do sub-procedimento do art.º 71º, n.º 3 do CCP, são inadequados, insuficientes e ou não afastam as dúvidas, receios e suspeitas sobre se o concorrente está ou não em condições de garantir a satisfação correcta e integral das prestações contratuais a cargo do adjudicatário.

XL. O limiar do que, para efeitos procedimentais, era considerado preço anormalmente baixo foi fixado expressa e claramente nas peças do procedimento pela entidade adjudicante, que, por esse meio, se auto-vinculou a tal limiar, o que, obviamente, era simultaneamente do conhecimento da ora Recorrida e de todos os demais concorrentes quando apresentaram as suas propostas.

XLI. Ao apresentar proposta de preço anormalmente baixo, a Recorrida colocou necessariamente na esfera de decisão discricionária da entidade adjudicante, a qual, como se disse e porque não se mostram ultrapassados os limites que a lei e as peças do procedimento estabelecem, está fora do controle jurisdicional e, por isso, não é sindicável judicialmente

XLII. Para além de ser anormalmente baixo, o preço proposto pela Recorrida revela-se insuficiente para suportar os custos mínimos com o trabalho, actualizados nos termos da Convenção Colectiva de Trabalho em vigor e demais legislação e regulamentos vigentes.

XLIII. A Recorrida procurou justificar a proposta de preço anormalmente baixo que apresentou, limitando a fazê-lo com a seguinte declaração: “(...) o preço proposto pela A..... integra um desconto comercial de 14% sobre o preço de venda concedido ao Instituto Politécnico do Porto, com o objectivo de garantir a adjudicação dos serviços constantes do presente procedimento e de reforçar a implementação operacional da A.....na zona geográfica do Porto”.

XLIV. A Recorrida declarou que o preço proposto para cada lote é suficiente para dar cumprimento às exigências legais em matéria de remunerações e demais legislação e regulamentação laboral, mas analisadas as notas justificativas de fls, 1169 a 1172 do PA, respeitantes a cada um dos lotes, constata-se, afinal e ao contrário do declarado pela própria Recorrida, que os preços propostos para cada lote são manifestamente insuficientes para suportar os custos directos e indirectos decorrentes da prestação de serviços em causa

XLV. O que põe em crise a credibilidade das próprias declarações apresentadas pela concorrente em sede de procedimento.

XLVI. A ponderação sobre a aceitação ou não de uma justificação de desconto comercial no âmbito de procedimentos adjudicatórios, nomeadamente quando o referido desconto é utilizado como justificativo do preço apresentado, mormente quando este é anormalmente baixo, deve rodear das maiores cautelas, uma vez que a sua aceitação, sem mais, se afigura subversiva e potencialmente distorcedora de todos os princípios, regras e valores que se pretendem acautelar na Contratação Pública,

XLVII. A justificação de um preço anormalmente baixo com base em “desconto comercial”, por mera estratégia empresarial, não se afigura aceitável por não ser objectivável e traduz ou é apto a traduzir uma justificação vaga e insindicável que, no limite, pode ser utilizada para justificar, em qualquer procedimento adjudicatório, qualquer preço anormalmente baixo, seja qual for o seu valor, sem qualquer limite, podendo levar até que seja aceite uma tal justificação para uma proposta de preço zero.

XLVIII. O que a ser aceite se traduziria na consagração da porta absolutamente escancarada” para ter de se admitir qualquer preço

anormalmente baixo, mesmo de natureza predatória, com todos os riscos que tal acarretaria para a salvaguarda dos interesses que às entidades adjudicantes cabe acautelar, em manifesta fraude ao estabelecido no CCP e no Direito Comunitário.

XII. No entanto, a Recorrida não fez acompanhar tais declarações e pretensos esclarecimentos de qualquer documento ou elemento comprovativo e demonstrativo das mesmas, como estava obrigado e era exigido pelas regras do procedimento, pretendendo que a entidade adjudicante se bastasse com as referidas declarações e as tomasse como boas, apenas porque sim, e que aceitasse como séria a afirmação constante da Nota Suplementar para efeitos da alínea d) do n.º 1 do art.º 570 do CCP, a fls 1168 do PA, segundo a qual o preço proposto para cada lote era suficiente para dar cumprimento às exigências legais em matéria de remunerações e demais legislação e regulamentação laboral — o que já se viu não corresponder à verdade e é claramente infirmado pelas notas justificativas de fls. 1169 e sgts.

L. A Recorrida não cuidou, por exemplo, de demonstrar a efectiva existência, no seu seio e na sua actividade, da mencionada prática comercial que se traduz na prestação de serviços com prejuízo, nem especificou, esclareceu ou demonstrou que, apesar da insuficiência das receitas que se propunha auferir com actividade face aos custos incorridos, a referida insuficiência não prejudicaria a qualidade do serviço proposto, nem especificou, esclareceu ou demonstrou a capacidade de, apesar do prejuízo em que se propunha incorrer, dispunha dos meios e dos recursos para assegurar quer o bom e integral cumprimento do contrato, quer o cumprimento das normas legais e regulamentares de natureza laboral e demais custos e encargos directos e indirectos, nem forneceu ao procedimento quaisquer meios de prova, justificativos do preço anormalmente baixo proposto ou outros.

LI. Competia à concorrente fazer prova da respectiva capacidade para, apesar do prejuízo em que se propunha incorrer, assegurar quer o bom e integral cumprimento do contrato, quer o cumprimento das normas legais e regulamentares de natureza laboral e demais custos e encargos directos e indirectos.

LII. No entanto, a Recorrida não forneceu ao procedimento quaisquer meios de prova, justificativos do preço anormalmente baixo proposto ou outros.

LIII. O ónus da prova recaía sobre a concorrente e não sobre entidade adjudicante, mormente por que a proposta da Recorrida era procedimentalmente anormal.

LIV. Cabia à Recorrida justificar o desvio caracterizador da sua proposta e não à entidade adjudicante evidenciar o que já estava evidenciado, ou seja, a irregularidade da proposta apresentada, por

conter preço anormalmente baixo, uma vez que se tratava de facto objectivo, assumido e reconhecido pela própria concorrente.

LV. Com o devido respeito, o douto acórdão recorrido inverteu o ónus e manifestou o entendimento segundo o qual é da responsabilidade da entidade adjudicante a demonstração que a proposta era predatória ou tinha efeitos anti-concorrenciais e falseadores da concorrência.

LVI. E parece esquecer que a proposta apresentada é objectivamente anómala, sem necessidade de demonstração, por ser quantitativamente inferior ao limite abaixo do qual o procedimento pré-determinou que as propostas seria anómalas, por conterem preços anormalmente baixos.

LVII. Decidir neste sentido é, salvo o devido respeito, não compreender que o que está posto em crise é, tão só, o acto de não aceitação das justificações e dos esclarecimentos prestados relativamente ao preço anormalmente baixo que foi apresentado e não a qualificação da proposta como anómala ou não anómala, pois é sabido que a mesma é, repete-se, objectivamente anormal.

LVIII. E é invadir a esfera da discricionariedade administrativa e ofender os limites imanentes da margem de livre decisão.

LIX. Por isso, não tendo a Recorrida logrado demonstrar, por qualquer forma - (recorde-se que a Recorrente se bastou com uma simples declaração sua, que não demonstrou por nenhum meio) serem reais, válidos e atendíveis os argumentos apresentados para justificar o preço proposto, cabia à entidade adjudicante decidir sobre as justificações apresentadas, no cumprimento do dever de decisão que compete à Administração, mas também no exercício de poder discricionário expressa e claramente atribuído pelo disposto no artº 70º nº 2 e 71º do CCP, nos artº 57º da Directiva nº 2004/17 e 55º da Directiva nº 2004/18.

LX. Assim, no exercício de um direito discricionário da entidade adjudicante, esta entendeu não serem aceitáveis os esclarecimentos prestados pela ora Recorrida, por não serem justificativos do preço anormalmente baixo apresentado, e violarem vinculações legais e regras de concorrência.

LXI. Por se tratar de um acto praticado no exercício de um poder discricionário, o mesmo é insusceptível de controle jurisdicional, mormente com os fundamentos que, *in casu*, constituem a causa de pedir e os fundamentos da acção.

LXII. Na verdade, os actos praticados no exercício de um poder discricionário apenas podem ser impugnados com fundamento em violação da lei, por ofensa de quaisquer limites impostos ao poder discricionário (por lei ou auto-vinculação da Administração), e ou por violação dos princípios constitucionais da Justiça e da imparcialidade.

LXIII. Em face do exposto, a resposta deste Venerando Supremo Tribunal deverá ser no sentido de considerar que, no casu, a decisão do júri do procedimento quanto à desconsideração das justificações apresentadas pela concorrente na sequência do convite a que se refere o n.º 4 do ad. 71.º do CCP, era jurisdicionalmente insindicável e que a pronúncia do Tribunal sobre o sentido daquela decisão consistiu numa invasão ilícita da esfera de competências própria e exclusiva da Administração Pública e, consequentemente traduz uma violação do princípio constitucional da separação de poderes e das normas dos art.ºs 2.º, 110.º, 111.º e 266.º, n.º 2 da CRP.

LXIV. E, em qualquer caso, deverá ainda o Supremo Tribunal pronunciar-se no sentido de que incumbe ao concorrente o ónus de alegar e provar os factos que justifiquem a sua proposta, por a mesma ser objectivamente anormalmente baixa, para efeitos do procedimento, e que se subsumam á demonstração da ilicitude (nos casos em que tal é admissível) da decisão da entidade adjudicante de não aceitar as justificações e os esclarecimentos apresentados e de, em consequência, excluir a respectiva proposta.

LXV. Deste modo e como consequência directa das regras legais e procedimentais aplicáveis, tendo o preço proposto pela ora recorrida sido anormalmente baixo, sem que as justificações apresentadas tenham sido aceites pela entidade administrativa adjudicante, a proposta da ora Recorrida deveria, como foi, ser obrigatoriamente excluída.

LXVI. Isto porque, como se disse, sendo discricionário o poder de considerar justificados ou não os esclarecimentos prestados pelo concorrente quanto ao preço anormalmente baixo apresentado, uma vez que considere que os ditos esclarecimentos não são aceitáveis, o preço proposto passa a ser considerado, definitivamente e para todos os efeitos, anormalmente baixo e a entidade adjudicante fica vinculada a excluir a proposta em causa, estando impedida de adoptar qualquer outra atitude.

LXVII. Do exposto resulta, desde logo e sem necessidade de outros considerandos, que o douto acórdão recorrido deverá ser revogado, mantendo a decisão do júri de exclusão da proposta da ora recorrida, bem como a decisão de adjudicação à contra-interessada.

LXVIII. Ao decidir como decidiu, o Tribunal recorrido, violou, entre outras, as disposições dos art.ºs 57.º, 70.º, n.º 1 e 2, als. e), f) e g), 71.º, n.ºs 3 e 4, todos do CCP, 2.º, 110.º, 111.º, 266.º, n.º 2 da CRP, o princípio constitucional da separação de poderes, e os art.ºs 57.º da Directiva 2004/14 e 55.º da Directiva 2004/18.

Nestes termos e nos mais que V. Exas. Venerandos Juízes Conselheiros, mui doutamente suprirão, deverá o presente recurso ser admitido e, em consequência, deverá ser dado provimento à Revista, em conformidade com as conclusões supra enunciadas, ser revogado

o duto acórdão recorrido e a acção julgada improcedente, com a manutenção da decisão de exclusão da proposta da aqui recorrida e a manutenção do acto de adjudicação à contra-interessada, assim se fazendo, como sempre, a devida JUSTIÇA.”

2.2. A....., S.A. conclui as suas contra-alegações da seguinte forma:

“I. Nenhuma das três questões suscitadas pelo recorrente se reveste da “importância fundamental” que a lei exige como pressuposto de admissibilidade da revista nem esta se mostra “claramente necessária para uma melhor aplicação do direito”.

II. O recorrente suscita sob a alínea A) a questão de saber se a falta de impugnação de normas do procedimento preclui ou não a faculdade dos interessados impugnarem o acto final de adjudicação que lhes dê execução, com fundamento na ilegalidade dessas normas.

III. Esta questão está ultrapassada face ao artigo 103º do CPTA, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, aplicável aos processos administrativos instaurados após 1 de Dezembro de 2015, que deu resposta cabal à questão no sentido da inaplicabilidade ao contencioso de impugnação dos documentos conformadores dos procedimentos pré contratuais do prazo de um mês previsto no artigo 101º.

IV. Pelo que a mesma não tem a virtualidade de poder vir a repetir-se em casos futuros, nem tem interesse para aqueles que intervêm e participam em procedimentos pré-contratuais pois estes estão perfeitamente esclarecidos face à redacção daquela disposição, a qual não suscita dúvidas.

Acresce que,

V. O legislador de 2015 mais não fez do que acolher no artigo 103º do CPTA aquilo que, há muito, vinha sendo afirmado pela nossa jurisprudência.

VI. Com efeito, há muito que os nossos tribunais superiores vinham decidindo no sentido de que o não exercício da faculdade de impugnação dos documentos conformadores do procedimento pré-contratual não precludia a possibilidade da impugnação do acto final do procedimento, com fundamento na ilegalidade dos mesmos (Vejam-se, nomeadamente, os Acórdãos do STA de 04/11/2010, processo 0795/10, de 20/12/2011, processo 0800/11, de 20/11/2012, processo 0750/12, de 05/02/2013, processo 0925/12 e de 23/05/2013, processo 0301/13, do TCAS de 21/04/2014, processo 13034/16, de 03/05/2012, processo 08655/12, de 27/10/2011, processo 07952/11, e de 17/02/2011, processo 06985/10, e do TCAN de 22/01/2016,

processo 02322/14.4BEPRT-A e de 30/11/2012, processo 00028/12.8BEMDL (disponíveis em www.dgsi.pt.)

VII. Precisamente por se encontrar suficientemente apreciada em recursos de revista, o Supremo Tribunal Administrativo já decidiu não admitir a revista sobre a questão de saber se a falta de impugnação de normas de concurso preclui a faculdade dos interessados impugnarem o acto final de adjudicação, ou qualquer acto posterior que, pela primeira vez, lhes dê execução, com fundamento na ilegalidade dessas normas (cf. Acórdão do STA de 23/05/2013, processo 0301/13, ...).

VIII. No caso concreto, o Acórdão recorrido decidiu a questão em linha do que tem vindo a ser acolhido pelo Supremo Tribunal Administrativo.

IX. O Supremo Tribunal Administrativo tem vindo a decidir que não deve admitir-se o recurso de revista quando o acórdão recorrido decidiu em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (vide, por exemplo, os Acórdãos do STA de 22/03/2007 processo 0224/07, de 06/02/2014, processo 01744/13 e de 22/09/2016, processo 0928/16, disponíveis em www.dgsi.pt).

X. A questão suscitada pelo recorrente sob a alínea B) — saber se na decisão de exclusão da proposta de preço anormalmente baixo o júri tem de indicar os “factos e os fundamentos demonstrativos da inaceitabilidade das justificações apresentadas pelo concorrente” prende-se com a problemática da fundamentação dos actos administrativos e com o ónus da prova.

XI. Há muito que os nossos tribunais entendem que quem decide tem que fundamentar a sua decisão, indicando nesta as razões factuais e jurídicas que estão na sua génese...

XII. Tendo o recorrente afirmado que o desconto comercial violava as regras da concorrência, sobre ele impendia o ónus da prova da factualidade fundamentadora da violação invocada (cf. Artigo 342º nº1 do Código Civil)

XIII. Não o tendo feito, como bem concluiu o tribunal a quo, não está demonstrado que o desconto resulte na oferta de um preço excludente da concorrência.

XIV. A questão suscitada pelo recorrente sob a alínea C) - saber se a decisão de exclusão da proposta de preço anormalmente baixo é jurisdicionalmente sindicável ou é discricionária — prende-se com a problemática dos limites à actividade discricionária da administração e da possibilidade de controle judicial dessa actividade em caso de violação desses limites.

XV. Há muito que os nossos tribunais superiores lhe deram resposta no sentido de que a margem de livre decisão administrativa é objecto

de controlo judicial por via dos aspectos vinculados dessa actuação, resultantes da sujeição de toda a actividade administrativa ao bloco de legalidade, o qual abrange as normas e os princípios constitucionais, o direito comunitário, a lei, os princípios gerais a que se encontra sujeita a actividade administrativa, para que remete o artigo 5º, n.º 6, al. a), do CCP e os princípios específicos da contratação pública referidos no artigo 1º, n.º 4, do CCP, designadamente os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

XVI. A verdadeira questão que o recorrente pretende ver apreciada por este Supremo Tribunal prende-se com factualidade muito específica e concreta:

“desconto de 14% sobre o preço de venda concedido ao Instituto Politécnico do Porto, com o objectivo de garantir a adjudicação dos serviços constantes do presente procedimento e de reforçar a implementação operacional da A..... na zona geográfica do Porto” (cf. alíneas I) e J) do probatório).

XVII. Questão, pois, estritamente relacionada com a análise da proposta da recorrida e, como tal, limitada ao caso concreto.

XVIII. O Supremo Tribunal Administrativo já decidiu que não deve admitir-se a revista relativamente a “questões estritamente relacionadas com a análise de uma proposta contratual” (Acórdão do STA de 08/10/2015, processo 01025/15, in www.dgsi.pt. ou “dependentes de factualidade muito específica” (Acórdão do STA de 01/02/2017, processo 057/17, in www.dpsi.pt. ou “limitadas ao concreto litígio que opõe as partes” (Acórdão do STA de 09/02/2017, processo 076/17, in www.dgsi.pt. ou “se não vem colocada qualquer questão jurídica relevante estando os problemas suscitados muito ligados a uma situação específica e a considerações de ordem factual” (Acórdão do STA de 06/03/2014, processo 0181/14, in www.dgsi.pt. ou “se os dados de facto em que assentou o acórdão recorrido são muito específicos do concurso em causa” (Acórdão do STA de 16/01/2014, processo 01881/13, in www.dgsi.pt.

XIX. Termos porque não deverá admitir-se a revista por falta de verificação dos pressupostos previstos no artigo 150º n.º 1 do CPTA. Caso assim se não entenda,

XX. A recorrente veio invocar a caducidade do direito de acção, pela primeira vez, em sede de recurso da sentença final (cf. conclusões I a XXI das suas alegações de recurso para o Tribunal Central Administrativo Sul)

XXI. Nas suas contra-alegações, a recorrida referiu que, não tendo o recorrente invocado a caducidade do direito de acção na sua contestação, só tendo feito em sede de recurso da sentença final, tal invocação foi manifestamente intempestiva e extemporânea e, como

tal, estava precludido o seu conhecimento (cf. conclusões VII a IX das contra-alegações da recorrida)

XXII. A recorrida decaiu quanto a esta questão pois o Tribunal Central Administrativo Sul conheceu do mérito da excepção, julgando-a improcedente.

XXIII. A ser admitida a revista quanto à questão da caducidade do direito de acção, expressamente se requer a ampliação do seu objecto, nos termos do artigo 636º n.º 1 do CPC aplicável *ex vi* do artigo 1º do CPTA à seguinte questão:

Tendo a caducidade do direito da acção sido invocada apenas em fase de recurso, poderia o tribunal de recurso ter conhecido do seu mérito?

XXIV. Trata-se de questão susceptível de se repetir em casos futuros, sendo fundamental para a comunidade jurídica saber se a falta de invocação de questões prévias/excepções na contestação (como é o caso da caducidade do direito de acção) preclui a possibilidade da sua invocação em momento posterior, designadamente em sede de recurso da sentença final. Posto isto,

XXV. Tendo o recorrente invocado a caducidade do direito de acção apenas em sede de recurso da sentença final, essa invocação é manifestamente intempestiva e extemporânea e, como tal, está precludido o seu conhecimento (cf. artigo 87º n.º 2 do CPTA).

XXVI. Trata-se de excepção que deveria ter sido invocada na contestação para que sobre a mesma impendesse o dever de pronúncia por parte do tribunal.

XXVII. O facto de se tratar de uma excepção de conhecimento oficioso não afasta o regime do artigo 87º n.º 2 do CPTA porquanto o que se pretendeu foi concentrar na fase do saneador a apreciação de todas e quaisquer questões que obstem ao conhecimento do objecto do processo, proibindo-se que sejam suscitadas e decididas em momento posterior do processo quaisquer outras questões ou excepções dilatórias, ainda que de conhecimento oficioso, que não tenham sido arguidas e apreciadas no despacho saneador.

XXVIII. Assim, estava vedado ao Tribunal Central Administrativo Sul o conhecimento da caducidade do direito de acção;

XXIX. Ao tê-la conhecido, violou o Acórdão recorrido o disposto no artigo 87º n.º 2 do CPTA. Caso assim se não entenda,

XXX. O entendimento de que a falta de impugnação de normas do concurso não preclui a faculdade dos interessados impugnarem o acto final de adjudicação, ou qualquer acto posterior, com fundamento na ilegalidade dessas normas, é o que melhor se coaduna com o quadro normativo aplicável e o que assegura os objectivos estabelecidos na Directiva Comunitária Recursos (cf. acórdãos citados

na conclusão V e, na Doutrina, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in “Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, Anotado, Vol. 1, Almedina, pág. 349 e Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, in “Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, 3ª edição revista, 2010, pág. 666)

XXXI. A decisão de não aceitação da justificação do preço e de exclusão da proposta tem, naturalmente, que ser fundamentada (cf. artigos 152º n.º 1 al c) do CPA e 146º n.º 1 do CCP);

XXXII. A fundamentação deve ser expressa, contendo as razões de facto e de direito que justificam a decisão (cf. artigo 153º n.ºs 1 e 2 da CRP).

XXXIII. A exigência de fundamentação é uma garantia constitucional (cf. artigo 268º n.º 3 da CRP).

XXXIV. Tendo o recorrente afirmado que o desconto comercial violava as regras da concorrência, sobre ele impendia o ónus da prova da factualidade fundamentadora da violação invocada (cf. artigo 342º n.º 1 do Código Civil).

XXXV. Como bem decidiu o Acórdão recorrido, a aplicação de um desconto comercial, por si só, não representa uma violação das regras da concorrência, ainda que seja superior à margem de lucro e, como tal, traduza uma prestação de serviços abaixo do custo.

XXXVI. Tal como já foi por diversas vezes afirmado pelo Supremo Tribunal Administrativo, não é ilegal uma proposta de preço inferior aos custos sendo inaceitável a exclusão de propostas com este fundamento (cf. Acórdãos do STA de 14/02/2013, proc.º 0912/12, de 03/12/2015, proc.º 0657/15, de 16/12/2015, proc.º 01047/15, de 07/01/2016, processo 01021/15, de 28/01/2016, processo 01255/15, de 14/12/2016, proc.º 0579/16, e de 19/01/2017, processo 0817/16).

XXXVII. As regras da concorrência encontram-se plasmadas na Lei n.º **19/2012**, de 8 de Maio, nomeadamente nos artigos 9º e 11º.

XXXVIII. Para que uma empresa, sozinha, possa falsear a concorrência, tem que deter uma posição dominante. É o que resulta do disposto no artigo 11º da lei n.º **19/2012**.

XXXIX. “Existe portanto uma presunção de que o comportamento de uma empresa não dominante não terá a possibilidade de falsear a concorrência” (João Moreira, Cartelização em Contratação Pública, Estudos de Contratação Pública — III, pág. 231).

XL. Pelo que só se se verificassem os pressupostos previstos no artigo 11º da Lei n.º **19/2012** é que o preço proposto pela recorrida (com o desconto comercial) poderia ser considerado predatório e, como foi, anti-concorrencial.

XLI. O recorrente teria que ter invocado (e demonstrado) factualidade que permitisse concluir ter a recorrida uma posição dominante.

XLII. E teria o recorrente que ter invocado (e demonstrado) que o preço proposto pela recorrida era um preço predatório, ou seja, no entender da jurisprudência do TJCE, um preço abaixo dos custos variáveis médios, ou um preço entre estes custos e os custos totais médios, neste caso desde que fique demonstrada a intenção da empresa de eliminar os concorrentes (João Moreira, Cartelização em Contratação Pública, Estudos de Contratação Pública — III, pág. 236)

XLIII. Não tendo sido alegada e demonstrada pelo recorrente factualidade que permitisse concluir pela apresentação pela recorrida de um preço predatório, improcede o fundamento invocado pela recorrente para a não aceitação do desconto comercial aplicado pela recorrida por falta de prova dos factos fundamentadores da violação das regras da concorrência;

XLIV. Sendo, consequentemente, o acto de exclusão da proposta da recorrida ilegal por falta de verificação dos pressupostos do artigo 110º da Lei n.º **19/2012**;

XLV. Podendo o tribunal recorrido, como é, óbvio, sindicar esse acto por violação de lei

XLVI. Já que a margem de livre decisão administrativa é objecto de controlo judicial por via dos aspectos vinculados dessa actuação, resultantes da sujeição de toda a actividade administrativa ao bloco de legalidade.

XLVII. No caso concreto, o acto de exclusão da proposta da Autora não tem base legal porquanto inexiste na lei norma que proíba a prestação de serviços abaixo do custo, a não ser no caso previsto no artigo 11º da Lei n.º **19/2012** cuja previsão não está demonstrada por falta de alegação e prova dos respectivos factos integradores, sendo que competia ao recorrente, porque invocou a violação das regras da concorrência por parte da recorrida, a prova dos factos integradores dessa violação.

XLVIII. Não violou, pois, o Acórdão recorrido o princípio da separação de poderes nem as disposições legais invocadas pelo recorrente.

Termos porque não deverá a presente revista ser admitida, ou caso assim se não entenda, deverá a mesma ser julgada improcedente.”

3. Os recursos de revista foram admitidos por acórdão de 05.04.2017, da formação deste STA a que alude o nº5 do artº 150º do CPTA, nos termos seguintes:

“(...) 3.2. O TCA Sul apreciou dois recursos instaurados, um pela entidade adjudicante e o outro pela A.....

3.2.1. Na análise do recurso interposto pela entidade adjudicante apreciou a questão da impugnabilidade directa dos documentos conformadores de procedimentos contratuais.

Estava em causa a validade das regras do Convite do Procedimento que fixou como preço anormalmente baixo os valores indicados na Recomendação da ACT (ponto VI do Convite) e a exigência como documento da proposta de um documento em que se declare que a sua proposta respeita a Recomendação da ACT e uma nota justificativa do preço de acordo com essa Recomendação e fixou ainda como critério de adjudicação a justificação do preço de acordo com a mesma Recomendação.

O TAF considerou e declarou ilegais os pontos VI, VII, n.º 1 al. c) e d) e IX do Convite por violação dos princípios da proporcionalidade e da concorrência e, quanto ao ponto IX do Convite, também por extravasar o consentido pelo Acordo-Quadro ESPAP. Todavia, o TCA Sul, revogou nesta parte a decisão do TAF e declarou a legalidade dos pontos VI, VII, n.º 1, al. c) e d) e IX do Convite.

A entidade adjudicante, como é óbvio, não se insurge contra o acórdão recorrido, nesta parte, desde logo porque não lhe é desfavorável. Insurge-se, sim, contra a admissibilidade do recurso relativamente à impugnação das normas do concurso.

Ora, neste ponto, não tem razão de ser o seu recurso, uma vez que o TCA manteve na ordem jurídica as normas do Convite que o TAF tinha anulado. Logo, e se estivesse em causa apenas esta questão, não se justificava, como é óbvio, a admissão da revista. Todavia, no recurso interposto pela A..... (do acórdão ora em causa) a recorrente pugna pela ilegalidade das referidas normas do Convite. Daí que, não estando ainda a questão da legalidade das normas definida com trânsito em julgado, a sua pretensão, neste recurso, relativa à caducidade do direito de acção quanto a esse aspecto, pode vir a ter relevância prática.

Por outro lado, a entidade adjudicante dirigindo o recurso também contra outra parte do acórdão do TCA Sul.

A outra parte do seu recurso dirige-se contra o entendimento do acórdão que entendeu não justificada a redução selectiva de preços mediante um desconto de 14%. No caso concreto, diz o acórdão, “o elenco da matéria de facto não permite fundamentar um juízo comparativo entre preços e custos tendo por referência o concreto mercado nacional de oferta de serviços de vigilância e segurança humana, em ordem a concluir que o desconto comercial de 14% sobre o preço normal traduza uma redução selectiva de preços não remuneratórios de efeito anti-concorrencial, isto é, configure uma oferta de preço anómalo fundado na oferta de preços insuficientes para cobrir os custos correntes necessários à execução do contrato e acrescidos da margem de lucro expectável declarado nas notas justificativas do preço proposto levadas à alínea I do probatório”. Consequentemente, anulou a deliberação que excluiu a A..... por esse motivo, e determinou que o procedimento prosseguisse para se proceder à análise e avaliação das propostas, com admissão da proposta da A..... a todos os 7 lotes.

Julgamos que esta questão justifica a admissão da revista, por estar em causa a delimitação dos poderes do Tribunal e da entidade adjudicante quanto à justificação, ou não, de um preço anormalmente baixo.

3.2.2. A A..... também se insurge contra o acórdão recorrido por discordar da validade das normas do Convite, por entender que a exigência de observância das Recomendações da ACT (ponto VII, nº 1, c) e d) do Convite) e

a definição de um preço anormalmente baixo tendo como referência o mínimo fixado nessa Recomendação viola o princípio da concorrência. O ponto IX do mesmo Convite, alega, a recorrente não se enquadra na justificação do preço e desse modo é ilegal.

Este aspecto da questão também justifica a admissão da revista. Com efeito, para além da controvérsia da questão, emergente de decisões contraditórias, a questão ora em causa — ainda que com contornos algo diversos — tem sido objecto de larga controvérsia jurisprudencial (cfr. acórdãos deste STA de 14-2-2013, proc. 0912/12; de 3/12/2015, proc. 0657/15; de 16-12-2015, proc. 01047/15; de 7-1-2016, proc. 01021/15; de 28/1/2016, proc. 01255/15; de 14-12-2016, proc. 0579/16 e de 19-1-2017, proc. 0817/16...”

4. Notificado o EMMP, ao abrigo do art. 146º, nº 1, CPTA, não foi emitido parecer

5. Cumpre decidir, sem vistos.

*

Factos fixados nas instâncias:

- A) A Entidade Demandada remeteu à Autora, que recebeu, o *Convite para Apresentação de Proposta* de fls. 34 verso-40 verso, no âmbito do Procedimento Ref AQ/PA.099.2015.0005 para *Aquisição de Serviços de Vigilância e Segurança Humana para as Instalações do Instituto Politécnico do Porto – Serviços da Presidência e Unidades Orgânicas*;
- B) O Procedimento mencionado na alínea anterior foi levado a efeito no âmbito do Acordo-Quadro ESPAP nº 13 – Lote 2 Região Norte (cfr. convite mencionado na alínea anterior;
- C) Dá-se por reproduzido o teor do Caderno de Encargos do Acordo Quadro ESPAP n.º 13 de fls. 296-311, constando do art. 22º, sob a epígrafe «*Critério de adjudicação nos procedimentos ao abrigo do acordo quadro*», está estabelecido que: “-----

2. No que respeita aos restantes lotes, a adjudicação é efetuada segundo um dos seguintes critérios:
a) O do mais baixo preço; ou
b) O da proposta economicamente mais vantajosa, tendo obrigatoriamente em conta apenas os seguintes fatores:
i) Preço – com uma ponderação mínima de 60%; e
ii) Pelo menos um dos seguintes dois fatores:
I. Qualidade do serviço – valoração de propostas que prevejam a implementação de mecanismos de controlo da qualidade da prestação dos serviços;
II. Adequação funcional – valoração de aspetos relacionados com as características funcionais da proposta formulada pelo concorrente, nomeadamente ao nível de qualificações ou atributos para a prestação de serviços diferenciados.

D) Dá-se por reproduzido o teor do Convite à apresentação de Proposta mencionado em A), constando do ponto V, sob a epígrafe **Preço Base**, o

seguinte: «-----

1. O preço base definido para cada um dos lotes, de acordo com o mapa de quantidades global, é fixado da seguinte forma:

Lote 1: Serviços da Presidência do Instituto Politécnico do Porto: €275.333,11 (duzentos e setenta e cinco mil, trezentos e trinta e três euros e onze centimos);

Lote 2: Escola Superior de Educação do Porto: €26.757,48 (vinte e seis mil, setecentos e cinquenta e sete euros e quarenta e oito centimos);

Lote 3: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto: €213.577,51 (duzentos e treze mil, quinhentos e setenta e sete euros e cinquenta e um euros);

Lote 4: Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Felgueiras: €147.808,30 (cento e quarenta e sete mil, oitocentos e oito euros e trinta centimos);

Lote 5: Escola Superior de Tecnologia da Saúde do Porto: €147.808,30 (cento e quarenta e sete mil, oitocentos e oito euros e trinta centimos);

Lote 6: Escola Superior de Música, Artes e Espectáculo: €78.894,74 (setenta e oito mil, oitocentos e noventa e quatro euros e setenta e quatro centimos);

Lote 7: Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão: €170.174,95 (cento e setenta mil, cento e setenta e quatro euros e noventa e cinco centimos).

2. Aos preços definidos acresce o IVA à taxa legal em vigor.
3. O preço referido inclui todos os custos, encargos e despesas cuja responsabilidade não esteja declaradamente atribuída ao IPP.

E) No ponto VI do convite para apresentação das propostas, sob a epígrafe «**PREÇO ANORMALMENTE BAIXO**», determinou-se que: «-----

Será considerado preço anormalmente baixo aquele que apresente valores mensais inferiores aos anunciados na Recomendação da Autoridade para as Condições do Trabalho, referente aos preços a praticar pelas empresas de segurança privada, divulgada a 12 de abril de 2012, com a atualização dos valores relativos ao fator A, decorrentes da entrada em vigor das atualizações ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, e respetivas atualizações, designadamente:

Lote 1: Serviços da Presidência do Instituto Politécnico do Porto:

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, 24 horas/dia, TDA = €6.012,26

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 8:00 às 20:00, TDU = €1.880,45

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 20:00 às 24:00, às 5.ª e 6.ª feiras = €273,77

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 10:00 às 18:00, aos sábados = €238,79

Lote 2: Escola Superior de Educação do Porto:

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 18:00 às 24:00, TDU = €1.032,05

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 8:00 às 13:00, aos sábados = €149,24

Lote 3: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto:

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, 24 horas/dia, TDA = €6.012,26

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 8:00 às 24:00, TDU = €2.104,02

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 9:00 às 14:00, aos sábados = €130,59

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 9:00 às 18:00, TDU = €268,64

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 8:00 às 23:00, TDU = €1.952,39

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 9:00 às 18:00, aos sábados = €268,64

Lote 4: Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Felgueiras:

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, 24 horas/dia, TDA = €6.012,26

Lote 5: Escola Superior de Tecnologia da Saúde do Porto:

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, 24 horas/dia, TDA = €6.012,26

Lote 6: Escola Superior de Música, Artes e Espectáculo:

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 20:00 às 08:00, TDA = €3.206,18

Lote 7: Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão:

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, 24 horas/dia, TDA = €6.012,26

Tipologia de serviço: 1 posto de vigilância, das 8:00 às 17:00, TDU = €1.141,70 »

**F- No ponto VII do convite, sob a epígrafe «DOCUMENTOS QUE CONSTITUEM A PROPOSTA», determinou-se que: «-----
----- A proposta é constituída pelos seguintes documentos:-----
---**

c) Documento do concorrente em que declara que a sua proposta respeita a Recomendação da Autoridade para as Condições do Trabalho, referente aos preços a praticar pelas empresas de segurança privada, de 12 de abril de 2012, com os valores atualizados para o ano de 2015, para cada Lote;

d) A proposta deve apresentar, sob pena de exclusão, nota justificativa do preço proposto de acordo com a Recomendação da ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho (APRESENTAÇÃO DISCRIMINADA DOS VALORES, PELOS DIVERSOS FATORES, DAS COMPONENTES A, B, C e D), para cada Lote;

--- (...) ---

2. Tratando-se de uma proposta com um preço anormalmente baixo, nos termos do **ponto VI do presente Convite**, o concorrente terá que apresentar documentação que contenha os esclarecimentos justificativos relativos aos elementos constitutivos da proposta que considere relevantes para esse efeito, em conformidade com o artigo 71.º do CCP.

G - No ponto IX do convite, sob a epígrafe «CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO», determinou-se que: «-----

1. A adjudicação será efetuada segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa apresentada para cada um dos Lotes, de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP, de acordo com a seguinte fórmula:

$$CF = 60\% \times PR + 40\% \times VTP$$

Em que:

CF = Classificação Final;

PR = Preço;

VTP = Valia Técnica da proposta

- a) Preço (60%):

A pontuação neste fator será dada pelo valor obtido pela seguinte fórmula:

$$PR = 10 \times [(Pb - Pp) / (Pb - Pab)] + 100$$

Em que:

Pp = Preço da proposta

Pab = Preço anormalmente baixo, nos termos do ponto VI do presente Convite.

Pb = Preço base

- b) Valia Técnica da Proposta (40%):

$$VTP = 60\% \times QS + 40\% \times AF$$

Em que:

$$QS = 50\% \times JPP + 30\% \times DPI + 20\% \times C$$

$$AF = 50\% \times EPE + 30\% \times ATED + 10\% \times PPS + 10\% \times CBPI$$

Sendo:

QS = Qualidade do serviço, a avaliar através das propostas apresentadas para implementação de mecanismos de controlo da qualidade da prestação de serviços prestados, designadamente:

JPP = Justificação do preço proposto, avaliado através da estrutura de custos a apresentar de acordo com a Recomendação da ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho [APRESENTAÇÃO DISCRIMINADA DOS VALORES, PELOS DIVERSOS FATORES, DAS COMPONENTES A, B, C e D], designadamente através dos documentos da proposta mencionados na alínea d) do n.º 1 do ponto VII:

Fator: Qualidade do Serviço (QS) Subfator - Nível 1: Justificação preço proposto (JPP)		
	Critério	Pontuação
A) Apresenta estrutura de custos de acordo com a Recomendação da ACT	Não é feita qualquer abordagem na proposta ao subfactor correspondente, ou a abordagem é inadequada ou insuficiente	0
	A abordagem é feita de forma plenamente justificada e esclarecedora, complementada com elementos e/ou informação muito detalhada	100

DPI = Descrição dos procedimentos a implementar pelo pessoal afeto ao serviço a prestar, avaliado através dos documentos da proposta mencionados na alínea e) do n.º 1 do ponto VII:

Fator: Qualidade do Serviço (QS) Subfator - Nível 1: Descrição proced. a implementar (DPI)		
	Subfator – Nível 2: Descrição do procedimento	Pontuação
A)	Para controlo de acessos às instalações no que se refere a pessoas, viaturas e mercadorias, bem como controlo do acesso e/ou permanência de pessoas não autorizadas em áreas restritas ou reservadas	20
B)	Para prevenção de ocorrências que impliquem a segurança de pessoas e bens ou a perturbação do normal funcionamento dos serviços	20
C)	Para proceder ao registo de todas as pessoas e viaturas que tenham acesso às instalações conforme os procedimentos em vigor e/ou aprovados pela entidade adquirente	10
D)	Para realização de serviços de Portaria/Receção	10
E)	Para prevenção de consumos desnecessários;	10
F)	Para realização de rondas de serviço	10
G)	Para abertura e encerramento das instalações	10
H)	Para gestão de chaveiros	5
I)	Para definição de normas técnicas de serviço para o pessoal a afetar (a aprovar pela entidade adquirente)	5

Cada item é analisado com recurso aos seguintes critérios:

- 0% da Pontuação – Não é feita qualquer abordagem na proposta ao subfactor correspondente, ou a abordagem é inadequada ou insuficiente;
- 50% da Pontuação – A abordagem é feita de forma suficiente, encontrando-se justificada de forma satisfatória;

- 100% da Pontuação – A abordagem é feita de forma plenamente justificada e esclarecedora, complementada com elementos e/ou informação muito detalhada.

C = Certificação segundo as normas NP EN ISO 9001:2008 e NP EN ISO 14001:2012 relacionados com a proposta apresentada, avaliada através dos documentos da proposta mencionados na alínea f) do n.º 1 do ponto VII:

Fator: Qualidade do Serviço (QS) Subfator - Nível 1: Certificação (C)		
Subfator – Nível 2: Norma		Pontuação
A)	Pela Norma NP EN ISO 9001:2000 (50%)	50
B)	Pela Norma NP EN ISO 14001:2004 (50%)	50

Cada item é analisado com recurso aos seguintes critérios:

- 0% da Pontuação – Não apresenta, ou apresenta de modo inadequado ou insuficiente;
- 100% da Pontuação – Apresenta de modo adequado e suficiente.

H- A Autora apresentou a proposta de fls. 311(verso), com o teor seguinte: « A....., S.A., com sede no Largo, n.º,-....., pessoa coletiva n.º, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Amadora sob o mesmo número, detentora dos Alvarás ..., ... e ..., com o capital social de € 500.000,00, representada por B....., titular do cartão de Cidadão n.º, natural de - Lisboa, com o número fiscal de contribuinte, com domicílio profissional no Largo, n.º,-....., na qualidade de representante legal, tendo tomado Inteiro e perfeito conhecimento do caderno de encargos referente ao procedimento Ref. AQ/PA.099.2015.0005, para a aquisição de serviços de vigilância e segurança humana para as instalações do Instituto Politécnico do Porto - Serviços da Presidência e Unidades Orgânicas, ao abrigo do Acordo Quadro ESPAP n.º 13 - Lote 2 (Região Norte), obriga-se a fornecer os referidos serviços pelo preço global de 916.299,58 € (novecentos e dezasseis mil, duzentos e noventa e nove euros e cinquenta e oito centimos), a que corresponde o preço por lote a seguir indicado (valores sem IVA):

Lote 1: 238.433,40 € (duzentos e trinta e oito mil, quatrocentos e trinta e três euros e quarenta centimos)

Lote 2: 21.706,23 € (vinte e um mil, setecentos e seis euros e vinte e três centimos)

Lote 3: 183.695,35 € (cento e oitenta e três mil, seiscentos e noventa e cinco euros e trinta e cinco centimos)

Lote 4: 127.999,75 € (cento e vinte e sete mil, oitocentos e noventa e nove euros e setenta e cinco centimos)

Lote 5: 127.899,75 € (cento e vinte e sete mil, oitocentos e noventa e nove euros e setenta e cinco centimos)

Lote 6: 68.323,11 € (sessenta e oito mil, trezentos e vinte e três euros e onze centimos)

Lote 7: 148.341,99 € (cento e quarenta e oito mil, trezentos e quarenta e um euros e noventa e nove centimos)

Aos valores acima indicados acrescerá o IVA à taxa legal em vigor, nesta data de 23%.

I - A Autora junto à proposta a nota justificativa do preço proposto de fls. 312-315 cujo teor se reproduz:

INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO - PROCEDIMENTO REF. AQ/PA.099.2015.0005
LOTE 1

BASE MENSAL			Valores acumulados em Euros
#	CONCEITO	FÓRMULA DE CÁLCULO	VALOR
A - CUSTOS MÍNIMOS DIRECTOS COM O TRABALHO			
(1)	Total de horas de serviço / ano		16 596,00
(2)	Carga horária mensal do vigilante	$= 40h \times 52s / 12m$	173,33
	Semanas de trabalho por mês	$= (2) / 40 \text{ horas}$	4,33
(3)	Carga horária anual do vigilante	$= (2) \times (a)$	1 903,96
(a)	Meses de trabalho por ano	$= [(52s \times 5d) - 22d] / (52s \times 5d) \times 12$	10,98
(4)	Horas de serviço nocturno / mês	$= (b) \times 365d / 12m$	429,00
(b)	Horas nocturnas por dia		13,52
(5)	Horas de serviço nocturno / ano		5 076,00
(6)	Horas de serviço em dias de feriado / mês		30,00
(c)	Nº de feriados por ano		10
(7)	Nº de vigilantes necessários à execução do serviço $= (1) / (3)$		8,72
(8)	Salário mensal do vigilante		661,66 €
(9)	Valor do salário hora do vigilante	$= (8) / (2)$	3,76 €
(10)	Custo mensal do vigilante:	$= (8) \times 14m / 12m$	760,15 €
	Salário base (x12)	$= (8)$	661,66 €
	Subsídio de férias	$= (8) \times 1 / 12m$	54,30 €
	Subsídio de natal	$= (8) \times 1 / 12m$	54,30 €
(11)	Custo mensal do vigilante acrescido da Taxa Social Única	$= (10) \times (1 + 23,75\%)$	940,69 €
(12)	Custo dos salários base com os vigilantes $= (11) \times (7)$		8 199,57 €
(13)	Complemento de salário por trabalho nocturno / hora		0,94 €
(14)	Subsídio de alimentação por turno de 8h		5,77 €
(15)	Incremento de remuneração por trabalho nocturno		576,06 €
(16)	Incremento de remuneração do trabalho em dia feriado		81,43 €
(17)	Descanso compensatório do trabalho em dia feriado		- €
(18)	Subsídio de alimentação (por turno de 8 horas)		997,49 €
(19)	Custos decorrentes de Obrigações Legais $= (12) + \text{soma } (13) \text{ a } (18)$		9 862,65 €
B - OUTROS CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO			
(20)	Outros custos relacionados com o trabalho = Soma (20.a) a (20.j)		1 301,08 €
(20.a)	Provisão de férias e subsídios - ano de entrada		172,15 €
(20.b)	Absentismo remunerado		147,59 €
(20.c)	Recrutamento, formação e estágio		122,99 €
(20.d)	Seguro de acidente de trabalho		136,94 €
(20.e)	Seguro de responsabilidade civil		107,48 €
(20.f)	Medicina no trabalho		28,88 €
(20.g)	Uniformes, cartão profissional, material e equipamento		305,76 €
(20.h)	Central de controlo		35,88 €
(20.i)	Coordenação, controlo operacional e inspecção		241,79 €
(20.j)	Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho		5,64 €
(21)	Total de custos relacionados com o trabalho (acumulado) $= (19) + (20)$		11 163,83 €
(22)	C - custos de estrutura e de serviços		111,54 €
(23)	D - Margem comercial		60,42 €
(24)	Desconto comercial para reforço de implementação na zona do Porto		-1 990,86 €
(25)	Preço da Venda = soma ((21) a (25))		9 934,73 €

INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO - PROCEDIMENTO REF. AQ/PA.099.2015.0005
LOTE 2

BASE MENSAL	CONCEITO	FÓRMULA DE CÁLCULO	VALOR
A - CUSTOS MÍNIMOS DIRECTOS COM O TRABALHO			
(1)	Total de horas de serviço / ano		1 466,50
(2)	Carga horária mensal do vigilante	$= 40h * 52s / 12m$	173,33
	Semanas de trabalho por mês	$= (2) / 40 \text{ Horas}$	4,33
(3)	Carga horária anual do vigilante	$= (2) * (4)$	1 903,96
(a)	Meses de trabalho por ano	$= ((52s * 5d) - 22d) / (52s * 5d) * 12$	10,98
(4)	Horas de serviço nocturno / mês	$= (3) * 365d / 12m$	54,33
(b)	Horas nocturnas por dia		1,73
(5)	Horas de serviço nocturno / ano		649,50
(6)	Horas de serviço em dias de feriado / mês		-
(c)	Nº de feriados por ano		10
(7)	N.º de vigilantes necessários à execução do serviço $= (1) / (3)$		0,78
(8)	Salário mensal do vigilante		661,66 €
(9)	Valor do salário hora do vigilante	$= (8) / (2)$	3,76 €
(10)	Custo mensal do vigilante:	$= (8) * 14m / 12m$	760,15 €
	Salário Base (x12)	$= (8)$	661,66 €
	Subsídio de férias	$= (8) * 1 / 12m$	54,30 €
	Subsídio de natal	$= (8) * 1 / 12m$	54,30 €
(11)	Custo mensal do vigilante acrescido de Taxa Social Única	$= (10) * (1 + 23,75\%)$	940,69 €
(12)	Custo dos salários base com os vigilantes $= (11) * (7)$		734,43 €
(13)	Complemento de salário por trabalho nocturno / hora		0,96 €
(14)	Subsídio de alimentação por turno de 8h		6,77 €
(15)	Incremento de remuneração por trabalho nocturno		73,45 €
(16)	Incremento de remuneração do trabalho em dia feriado		- €
(17)	Descanso compensatório do trabalho em dia feriado		- €
(18)	Subsídio de alimentação (por turno de 8 horas)		89,34 €
(19)	Custos decorrentes de Obrigações Legais $= (12) + \text{soma } [(13) \text{ a } (18)]$		897,22 €
B - OUTROS CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO			
(20)	Outros custos relacionados com o trabalho $= \text{Soma } (20.a) \text{ a } (20.i)$		117,81 €
(20.a)	Provisão de férias e subsídios - ano de entrada		15,42 €
(20.b)	Absentismo remunerado		18,22 €
(20.c)	Recrutamento, formação e estágio		11,62 €
(20.d)	Seguro de acidente de trabalho		12,47 €
(20.e)	Seguro de responsabilidade civil		9,79 €
(20.f)	Medicina no trabalho		2,18 €
(20.g)	Uniformes, cartão profissional, material e equipamento		27,32 €
(20.h)	Central de controlo		8,26 €
(20.i)	Coordenação, controlo operacional e inspecção		22,62 €
(20.j)	Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho		0,61 €
(21)	Total de custos relacionados com o trabalho (acumulado) $= (19) + (20)$		1 015,04 €
(22)	C - custos de estrutura e de serviços		10,55 €
(23)	D - Margem comercial		5,86 €
(24)	Desconto comercial para reforço de implementação na zona do Porto		-126,62 €
(25)	Preço de Venda $= \text{soma } [(21) \text{ a } (25)]$		904,43 €

INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO - PROCEDIMENTO REF. AQ/PA.099.2015.0005
LOTE 3

BASE MENSAL	CONCEITO	FÓRMULA DE CÁLCULO	VALOR
A - CUSTOS MÍNIMOS DIRECTOS COM O TRABALHO			
(1)	Total de horas de serviço / ano		12 805,50
(2)	Carga horária mensal do vigilante	$= 40h * 52s / 12m$	173,33
	Semanas de trabalho por mês	$= (2) / 40 \text{ Horas}$	4,33
(3)	Carga horária anual do vigilante	$= (2) * (a)$	1 905,56
(a)	Meses de trabalho por ano	$= ((52s * 5d) - 22d) / (52s * 5d) * 12$	10,98
(4)	Horas de serviço nocturno / mês	$= (b) * 365d / 12m$	323,79
(b)	Horas nocturnas por dia		10,35
(5)	Horas de serviço nocturno / ano		3 885,50
(6)	Horas de serviço em dias de feriado / mês		20,00
(c)	M de feriados por ano		10
(7)	N.º de vigilantes necessários à execução do serviço = (1) / (3)		6,73
(8)	Salário mensal do vigilante		851,66 €
(9)	Valor do salário hora do vigilante	$= (8) / (2)$	3,76 €
(10)	Custo mensal do vigilante:	$= (8) * 16m / 12m$	760,15 €
	Salário Base (x12)	$= (8)$	851,66 €
	Subsídio de férias	$= (8) * 1 / 12m$	54,30 €
	Subsídio de natal	$= (8) * 1 / 12m$	54,30 €
(11)	Custo mensal do vigilante acrescido da Taxa Social Única	$= (10) * (1 + 25,75\%)$	960,69 €
(12)	Custo dos salários base com os vigilantes = (11) * (7)		6 326,81 €
(13)	Complemento de salário por trabalho nocturno / hora		0,94 €
(14)	Subsídio de alimentação por turno de 8h		5,77 €
(15)	Incremento de remuneração por trabalho nocturno		439,43 €
(16)	Incremento de remuneração do trabalho em dia feriado		54,79 €
(17)	Descanso compensatório do trabalho em dia feriado		- €
(18)	Subsídio de alimentação (por turno de 8 horas)		769,66 €
(19)	Custos decorrentes de Obrigações Legais = (12) + soma ((15) a (18))		7 690,19 €
B - OUTROS CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO			
(20)	Outros custos relacionados com o trabalho = soma (20.a) a (20.i)		1 022,90 €
(20.a)	Provisão de férias e subsídios - ano de entrada		132,86 €
(20.b)	Absentismo remunerado		113,88 €
(20.c)	Recrutamento, formação e estágio		94,90 €
(20.d)	Seguro de acidente de trabalho		105,50 €
(20.e)	Seguro de responsabilidade civil		82,80 €
(20.f)	Medicina no trabalho		18,40 €
(20.g)	Uniformes, cartão profissional, material e equipamento		235,57 €
(20.h)	Central de controlo		27,60 €
(20.i)	Coordenação, controlo operacional e inspecção		186,27 €
(20.j)	Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho		5,12 €
(21)	Total de custos relacionados com o trabalho (acumulado) = (19) + (20)		8 693,08 €
(22)	C - custos de estrutura e de serviços		85,93 €
(23)	D - Margem comercial		46,51 €
(24)	Desconto comercial para reforço de implementação na zona do Porto		-3 075,56 €
(25)	Preço de Venda = soma ((21) a (25))		7 653,97 €

INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO - PROCEDIMENTO REF. AQ/PA.099.2015.0005
LOTE 4

SIGLA MENOR	CONCEITO	FÓRMULA DE CÁLCULO	VALOR
#			
A - CUSTOS MÍNIMOS DIRECTOS COM O TRABALHO			
(1)	Total de horas de serviço / ano		6 772,00
(2)	Carga horária mensal do vigilante	$= 40h \times 52s / 12m$	173,33
	Semanas de trabalho por mês	$= (2) / 40 \text{ Horas}$	4,33
(3)	Carga horária anual do vigilante	$= (2) \times (a)$	1 903,56
(a)	Meses de trabalho por ano	$= (32s \times 5d) - 22d / (52s \times 5d) \times 12$	10,58
(4)	Horas de serviço nocturno / mês	$= (3) \times 305d / 12m$	274,33
(b)	Horas nocturnas por dia		8,76
(5)	Horas de serviço nocturno / ano		3 289,50
(6)	Horas de serviço em dias de feriado / mês		20,00
(c)	Nº de feriados por ano		10
(7)	N.º de vigilantes necessários à execução do serviço $= (1) / (3)$		4,61
(8)	Salário mensal do vigilante		661,66 €
(9)	Valor do salário hora do vigilante	$= (8) / (2)$	3,76 €
(10)	Custo mensal do vigilante:	$= (8) \times 14m / 12m$	760,15 €
	Salário base (x12)	$= (8)$	661,66 €
	Subsídio de férias	$= (8) \times 1 / 12m$	54,90 €
	Subsídio de natal	$= (8) \times 1 / 12m$	54,90 €
(11)	Custo mensal do vigilante acrescido da Taxa Social Única	$= (10) \times (1 + 28,75\%)$	940,09 €
(12)	Custo dos salários base com os vigilantes $= (11) \times (7)$		4 333,67 €
(13)	Complemento de salário por trabalho nocturno / hora		6,94 €
(14)	Subsídio de alimentação por turno de 8h		6,77 €
(15)	Incremento de remuneração por trabalho nocturno		372,02 €
(16)	Incremento de remuneração do trabalho em dia feriado		54,29 €
(17)	Descanso compensatório do trabalho em dia feriado		- €
(18)	Subsídio de alimentação (por turno de 8 horas)		527,28 €
(19)	Custos decorrentes de Obrigações Legais $= (12) + \text{soma } ((13) \text{ a } (18))$		5 207,61 €
B - OUTROS CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO			
(20)	Outros custos relacionados com o trabalho $= \text{Soma } (20.a) \text{ a } (20.j)$		694,56 €
(20.a)	Provisão de férias e subsídios - ano de entrada		91,01 €
(20.b)	Absentismo remunerado		76,01 €
(20.c)	Recrutamento, formação e estágio		65,01 €
(20.d)	Seguro de acidente de trabalho		73,49 €
(20.e)	Seguro de responsabilidade civil		57,68 €
(20.f)	Medicina no trabalho		12,82 €
(20.g)	Uniformes, cartão profissional, material e equipamento		163,98 €
(20.h)	Central de controlo		19,23 €
(20.i)	Coordenação, controlo operacional e inspecção		129,76 €
(20.j)	Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho		3,57 €
(21)	Total de custos relacionados com o trabalho (acumulado) $= (19) + (20)$		5 902,07 €
(22)	C - custos de estrutura e de serviços		59,82 €
(23)	D - Margem comercial		33,35 €
(24)	Desconto comercial para reforço de implementação na zona do Porto		-746,08 €
(25)	Preço de Venda $= \text{soma } ((21) \text{ a } (25))$		5 329,16 €

INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO - PROCEDIMENTO REF. AQ/PA.099.2015.0005
LOTE 5

ÍNDICE	CONCEITO	FÓRMULA DE CÁLCULO	VALOR
A - CUSTOS MÍNIMOS DIRECTOS COM O TRABALHO			
(1)	Total de horas de serviço / ano		8 772,00
(2)	Carga horária mensal do vigilante	$= 40h * 52s / 12m$	173,33
	Semanas de trabalho por mês	$= (2) / 40 \text{ Horas}$	4,33
(3)	Carga horária anual do vigilante	$= (2) * (a)$	1 903,96
(4)	Meses de trabalho por ano	$= ((52s * 5d) - 22d) / (52s * 5d) * 12$	10,58
(5)	Horas de serviço nocturno / mês	$= (b) * 385d / 12m$	274,13
(6)	Horas nocturnas por dia		8,76
(7)	Horas de serviço nocturno / ano		3 280,50
(8)	Horas de serviço em dias de feriado / mês		20,00
(9)	Nº de feriados por ano		12
(10)	N.º de vigilantes necessários à execução do serviço = (1) / (3)		4,61
(11)	Salário mensal do vigilante		651,68 €
(12)	Valor do salário hora do vigilante	$= (11) / (10)$	3,78 €
(13)	Custo mensal do vigilante:	$= (11) * 14m / 12m$	760,15 €
	Salário base (x12)	$= (11)$	651,68 €
	Subsídio de férias	$= (11) * 1 / 12m$	54,30 €
	Subsídio de natal	$= (11) * 1 / 12m$	54,30 €
(14)	Custo mensal do vigilante acrescido da Taxa Social Única	$= (13) * (1 + 23,75\%)$	940,09 €
(15)	Custo dos salários base com os vigilantes = (11) * (7)		4 553,97 €
(16)	Complemento de salário por trabalho nocturno / hora		0,94 €
(17)	Subsídio de alimentação por turno de 8h		5,77 €
(18)	Incremento de remuneração por trabalho nocturno		372,02 €
(19)	Incremento de remuneração do trabalho em dia feriado		54,29 €
(20)	Descanso compensatório do trabalho em dia feriado		- €
(21)	Subsídio de alimentação (por turno de 8 horas)		527,23 €
(22)	Custos decorrentes de Obrigações Legais = (12) + soma ((16) a (21))		6 287,61 €
B - OUTROS CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO			
(23)	Outros custos relacionados com o trabalho = Soma (23.a) a (23.j)		694,56 €
(23.a)	Provisão de férias e subsídios - ano de entrada		91,01 €
(23.b)	Absentismo remunerado		78,01 €
(23.c)	Recrutamento, formação e estígio		65,01 €
(23.d)	Seguro de acidente de trabalho		73,40 €
(23.e)	Seguro de responsabilidade civil		57,68 €
(23.f)	Medicina no trabalho		12,82 €
(23.g)	Uniformes, cartão profissional, material e equipamento		163,98 €
(23.h)	Central de controlo		19,23 €
(23.i)	Coordenação, controlo operacional e inspecção		129,76 €
(23.j)	Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho		3,57 €
(24)	Total de custos relacionados com o trabalho (acumulado) = (19) + (20)		6 982,07 €
(25)	C - custos de estrutura e de serviços		59,82 €
(26)	D - Margem comercial		33,35 €
(27)	Desconto comercial para reforço de implementação na zona do Porto		-746,08 €
(28)	Preço de Venda = soma ((24) a (28))		6 329,16 €

INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO - PROCEDIMENTO REF. AQ/PA.099.2015.0005
LOTE 6

BASE ANUAL	#	CONCEITO	FÓRMULA DE CÁLCULO	VALORES
A - CUSTOS MÍNIMOS DIRECTOS COM O TRABALHO				
(1)	Total de horas de serviço / ano			4 546,00
(2)	Carga horária mensal do vigilante	$= 40h * 52s / 12m$		173,33
	Semanas de trabalho por mês	$= (2) / 40 \text{ Horas}$		4,33
(3)	Carga horária anual do vigilante	$= (2) * (a)$		1 903,96
(a)	Meses de trabalho por ano	$= ((52s * 5d) - 22d) / (52s * 5d) * 12$		10,98
(4)	Horas de serviço nocturno / mês	$= (3) * 365d / 12m$		274,13
(b)	Horas nocturnas por dia			8,76
(5)	Horas de serviço nocturno / ano			3 289,50
(6)	Horas de serviço em dias de feriado / mês			20,00
(c)	Nº de feriados por ano			10
(7)	N.º de vigilantes necessários à execução do serviço $= (1) / (3)$			2,39
(8)	Salário mensal do vigilante			661,66 €
(9)	Valor do salário hora do vigilante	$= (8) / (2)$		8,76 €
(10)	Custo mensal do vigilante:	$= (9) * 14m / 12m$		790,15 €
	Salário Base (x12)	$= (8)$		661,66 €
	Subsídio de férias	$= (9) * 3 / 12m$		54,30 €
	Subsídio de natal	$= (9) * 3 / 12m$		54,30 €
(11)	Custo mensal do vigilante acrescido da Taxa Social Única	$= (10) * (1 + 28,75\%)$		940,69 €
(12)	Custo dos salários base com os vigilantes $= (11) * (7)$			2 166,93 €
(13)	Complemento de salário por trabalho nocturno / hora			0,94 €
(14)	Subsídio de alimentação por turno de 8h			8,77 €
(15)	Incremento de remuneração por trabalho nocturno			372,02 €
(16)	Incremento de remuneração do trabalho em dia feriado			27,14 €
(17)	Descanso compensatório do trabalho em dia feriado			- €
(18)	Subsídio de alimentação (por turno de 8 horas)			263,62 €
(19)	Custos decorrentes de Obrigações Legais $= (12) + \text{soma } ((15) + (18))$			2 829,77 €
B - OUTROS CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO				
(20)	Outros custos relacionados com o trabalho $= \text{Soma } (20.a) + (20.i)$			363,28 €
(20.a)	Provisão de férias e subsídios - ano de entrada			45,51 €
(20.b)	Absentismo remunerado			39,01 €
(20.c)	Recrutamento, formação e estágio			32,50 €
(20.d)	Seguro de acidente de trabalho			39,33 €
(20.e)	Seguro de responsabilidade civil			30,87 €
(20.f)	Medicina no trabalho			6,86 €
(20.g)	Uniformes, cartão profissional, material e equipamento			87,52 €
(20.h)	Central de controlo			10,28 €
(20.i)	Coordenação, controlo operacional e inspecção			69,44 €
(20.j)	Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho			1,92 €
(21)	Total de custos relacionados com o trabalho (acumulado) $= (19) + (20)$			3 193,03 €
(22)	C - custos de estrutura e de serviços			31,99 €
(23)	D - Margem comercial			20,40 €
(24)	Desconto comercial para reforço da implementação na zona do Porto			-926,53 €
(25)	Preço de Venda $= \text{soma } ((21) + (25))$			2 846,89 €

INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO - PROCEDIMENTO REF. AQ/PA.099.2015.0005
LOTE 7

BASE ANUAL	#	CONCEITO	FÓRMULA DE CÁLCULO	VALORES
A - CUSTOS MÍNIMOS DIRECTOS COM O TRABALHO				
(1)	Total de horas de serviço / ano			10 218,00
(2)	Carga horária mensal do vigilante	$= 40h * 52s / 12m$		173,33
	Semanas de trabalho por mês	$= (2) / 40 \text{ Horas}$		4,33
(3)	Carga horária anual do vigilante	$= (2) * (a)$		1 903,96
(a)	Meses de trabalho por ano	$= ((52s * 5d) - 22d) / (52s * 5d) * 12$		10,98
(4)	Horas de serviço nocturno / mês	$= (3) * 365d / 12m$		274,13
(b)	Horas nocturnas por dia			8,76
(5)	Horas de serviço nocturno / ano			3 289,50
(6)	Horas de serviço em dias de feriado / mês			20,00
(c)	Nº de feriados por ano			10
(7)	N.º de vigilantes necessários à execução do serviço $= (1) / (3)$			6,41

(8)	Salário mensal do vigilante		651,66 €
(9)	Valor do salário hora do vigilante	= (8) / (2)	3,76 €
(10)	Custo mensal do vigilante:	= (9) * 14m / 12m	760,15 €
	Salário Base (x12)	= (8)	651,66 €
	Subsídio de férias	= (8) * 1 / 12m	54,30 €
	Subsídio de natal	= (8) * 1 / 12m	54,30 €
(11)	Custo mensal do vigilante acrescido da Taxa Social Única	= (10) * (1 + 29,75%)	940,69 €
(12)	Custo dos salários base com os vigilantes = (11) * (7)		6 066,45 €
(13)	Complemento de salário por trabalho nocturno / hora		0,94 €
(14)	Subsídio de alimentação por turno de 8h		8,77 €
(15)	Incremento de remuneração por trabalho nocturno		372,02 €
(16)	Incremento de remuneração do trabalho em dia feriado		54,29 €
(17)	Descanso compensatório do trabalho em dia feriado		- €
(18)	Subsídio de alimentação (por turno de 8 horas)		618,65 €
(19)	Custos decorrentes de Obrigações Legais = (12) + soma (13) a (18)		6 130,41 €
B - OUTROS CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO			
(20)	Outros custos relacionados com o trabalho = Soma (20.a) a (20.i)		808,65 €
(20.a)	Provisão de férias e subsídios - ano de entrada		206,79 €
(20.b)	Absentismo remunerado		91,54 €
(20.c)	Recrutamento, formação e estágio		75,28 €
(20.d)	Seguro de acidente de trabalho		85,21 €
(20.e)	Seguro de responsabilidade civil		66,88 €
(20.f)	Medicina no trabalho		14,86 €
(20.g)	Uniformes, cartão profissional, material e equipamento		190,32 €
(20.h)	Central de controlo		22,29 €
(20.i)	Coordenação, controlo operacional e inspecção		150,44 €
(20.j)	Fundo de Ganância de Compensação de Trabalho		4,13 €
(21)	Total de custos relacionados com o trabalho (acumulado) = (19) + (20)		6 938,86 €
(22)	C - custos de estrutura e de serviços		69,39 €
(23)	D - Margem comercial		37,80 €
(24)	Desconto comercial para reforço de implementação na zona do Porto		-805,55 €
(25)	Preço de Venda = soma (21) a (25)		6 130,92 €

J- À nota justificativa a Autora juntou a nota suplementar de fls. 315, verso, com o teor seguinte: «-----

A....., S.A. vem, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), apresentar a justificação do preço que está a propor para os Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, tendo em conta o limiar de anomalia fixado no Ponto VI. do Programa de Procedimento.

Com efeito, o preço proposto pela A..... para cada Lote é um preço que permite à empresa o cumprimento, em matéria de remunerações, da legislação laboral e da regulamentação constante da Convenção Coletiva de Trabalho aplicável, como terão oportunidade de verificar através das Notas Justificativas de Preço que fazem parte integrante da proposta da A.....

Por último, o preço proposto pela A..... integra um desconto comercial de 14% sobre o preço de venda concedido ao Instituto Politécnico do Porto, com o objectivo de garantir a adjudicação dos serviços constantes do presente procedimento e de reforçar a implementação operacional da A..... na zona geográfica do Porto.

K) Pelo Júri do procedimento foi elaborado o Relatório Preliminar de fls 94-101 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido e no qual se referiu, designadamente que: «-----

b) Exclusão

Analisadas as propostas, o júri propõe, conforme mapa presente no Anexo I, a exclusão das propostas apresentadas pelos concorrentes, nos seguintes termos:

J) A....., S.A., de todos os lotes, de acordo com a alínea e)

do n.º 2 do art.º 70º do CCP, uma vez que não se considera válida a fundamentação da justificação dos preços anormalmente baixos, já que, em todos os Lotes, o desconto comercial efetuado é superior à margem comercial indicada, representando a venda de um serviço abaixo do preço de custo. Tal situação configura *dumping* de preços, desvirtuando o mercado, e nesta medida constitui concorrência desleal, representando uma manifesta violação do princípio da concorrência.

L) A Autora pronunciou-se sobre o relatório preliminar através do requerimento de fls. 102-106, cujo teor se dá por reproduzido;

M) Pelo júri do Procedimento foi elaborado o Relatório Final de fls. 106 verso – 108 verso, cujo teor se dá por reproduzido e no qual se referiu, designadamente que: «-----

II e III

"Preço anormalmente baixo" e "Recomendação da ACT"



Sendo certo que a Recomendação da ACT não constitui uma norma de natureza imperativa, ela não pode deixar de ser um elemento padrão para as entidades adjudicantes no que respeita aos procedimentos concursais no âmbito da vigilância e segurança humana, pois, sendo emitido por uma entidade pública a quem incumbe a fiscalização do cumprimento das normas legais atinentes ao trabalho, constitui uma referência oficial, objetiva e segura, no que respeita às exigências mínimas a considerar com o custo dos trabalhadores do sector.

A indignação da concorrente com a mesma ultrapassa o âmbito das competências deste júri e as questões com ela em diferendo terão que ser atacadas e resolvidas noutra sede que não no âmbito do presente procedimento.

Assim, o júri entende não alterar o teor e a conclusão constante do Relatório Preliminar, não considerando como sólida e pertinente a justificação apresentada. A indicação genérica de "desconto comercial" para justificar o preço apresentado não se apresenta ao júri como suficiente para afastar o receio sobre a seriedade da proposta e da viabilidade da sua execução sem infração das disposições legais que regulam o sector, atentas as condições do mercado dos Serviços de Vigilância e Segurança Humana, e sem violação das regras e princípios da concorrência.

Conclusões

Face a tudo o exposto supra, indefere-se a Reclamação apresentada pela concorrente , realimando, em síntese, que:

- Não foi o Relatório Preliminar redigido em língua estrangeira, não havendo, por isso, violação do art.º 54º do CPA ou de qualquer outro que determine a redação dos documentos concursais em Português;
- A decisão do júri encontra-se devida e amplamente fundamentada ao longo das dez páginas do Relatório Preliminar;
- O júri não considera suficiente, nem devidamente esclarecedora a justificação de preço apresentada pela concorrente ("desconto comercial") mantendo as suas dúvidas quanto à seriedade da proposta e viabilidade da sua execução sem violação de normas legais atinentes ao trabalho e do princípio da sã concorrência.
- A apreciação e decisão do júri contante do Relatório reclamado não ofende nenhuma das normas legais nem nenhum dos princípios jurídicos invocados pela Reclamante

(...)

II. PROPOSTA DE ADJUDICAÇÃO

Face ao que foi referido anteriormente e pelo facto do concorrente B..... - Companhia de Segurança, Lda. ter ficado em 1.º lugar em todos os Lotes, designadamente:

- Lote 1 – Serviços da Presidência
- Lote 2 – Escola Superior de Educação do Porto
- Lote 3 – Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto

- Lote 4 – Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Felgueiras
- Lote 5 – Escola Superior de Tecnologia da Saúde do Porto
- Lote 6 – Escola Superior de Música, Artes e Espetáculo
- Lote 7 – Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão

o júri deliberou propor que o serviço lhe seja adjudicado pelos valores unitários constantes da sua proposta, no total bianual estimado de 1.041.248,07€ (um milhão, quarenta e um mil, duzentos e quarenta e oito euros e sete cêntimos), acrescido de IVA à taxa legal em vigor, com o prazo do contrato a iniciar-se no dia 1 de Novembro de 2015 e mantêm-se em vigor até 31 de dezembro de 2015, podendo ser expressamente renovado por um primeiro período de doze meses e um período subsequente de dez meses.

N- Sobre a proposta de adjudicação feita pelo Júri no Relatório Final foi proferido despacho de adjudicação datado de 13.10.2015 (fls. 106, verso);
O- A Entidade Demandada remeteu à Autora, a 14.10.2015, que recebeu, a mensagem de fls. 109 dos autos, com o teor seguinte: «-----

Vimos por este meio, informar-lhe da Decisão de Adjudicação correspondente ao Procedimento com a referência «AQ/PA.099.2015.0005» e a designação «**Serviços de Vigilância e Segurança para as Instalações do Instituto Politécnico do Porto - Serviços da Presidência e Unidades Orgânicas**» para o(s) lote(s) Lote 1,Lote 2,Lote 3,Lote 4,Lote 5,Lote 6,Lote 7 , cujos fundamentos poderá consultar no respectivo Relatório Final. Poderá consultá-la no menu "Adjudicação", acedendo à Plataforma Concursos.eSPap, com os seus dados de acesso.

Mais se informa que os Adjudicatários terão de submeter os Documentos de Habilitação até à data **2015-10-21**

P- Pela Autoridade para as condições do Trabalho foi elaborada e aprovada a RECOMENDAÇÃO ÀS EMPRESAS DE SEGURANÇA PRIVADA, EMPRESAS OU ENTIDADES PÚBLICAS OU PRIVADAS UTILIZADORAS DESTES

SERVIÇOS E INFORMAÇÃO AOS TRABALHADORES com o teor seguinte:----

ESTES SERVIÇOS E INFORMAÇÃO AOS TRABALHADORES

(Alínea b) do n.º 2 do Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 326-B/2007, de 28 de setembro e Artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 102/2000, de 2 de junho)

Após diálogo com os parceiros sociais do setor, representantes das empresas e dos trabalhadores, e considerando o disposto na Lei, a ACT - Autoridade para as Condições do Trabalho recomenda, com objetivos de:

- Prevenção de ilegalidades em matéria laboral e outras conexas no âmbito dos sistemas de segurança social e fiscal
- Prevenção de riscos profissionais
- Promoção de uma concorrência leal, contribuindo para a transparência do mercado
- Promoção do emprego no setor

Que os preços finais a praticar pelas empresas de segurança privada respeitem o somatório de todos os custos abaixo descritos, sob pena de estas e as utilizadoras se envolverem, ao não o fazerem, em ilegalidades muito graves, *dumping social* e concorrência desleal.

DISCRIMINAÇÃO DOS COMPONENTES INTEGRANTES DO PREÇO DOS SERVIÇOS DE SEGURANÇA PRIVADA (MENSAL)

Descrição do serviço (1 posto)	Custos do serviço por mês (euros)		Nº de vigilantes necessários (referência)
24 Horas, todos os dias do ano	5.309,54	A (1)	4,60
OUTROS CUSTOS RELACIONADOS COM O TRABALHO	710,14	B (2)	
OUTROS CUSTOS DE SERVIÇOS		C (3)	
MARGEM COMERCIAL		D	
PREÇO	A + B(6019,68) + C + D =		

(1) Custos mínimos diretos com o trabalho: salário, férias, subsídios de férias e Natal, trabalho noturno, trabalho em feriados, taxa social única e subsídio de alimentação.

(2) Incluindo: absentismo remunerado, crédito de formação, seguros (acidentes de trabalho e de responsabilidade civil), fardamento e outros materiais de serviço, custos com SST, provisões de férias e subsídios (ano de entrada), recrutamento, formação e estágio, coordenação e controlo operacional. O montante correspondente a esta rubrica foi determinado por acordo entre os parceiros sociais abaixo indicados.

(3) Custos de estrutura e de serviços.

NOTA:

1. Estes valores correspondem somente a custos diretos do pessoal de vigilância afeto à prestação do serviço, considerando turnos de 8 h.
2. A utilização de turnos superiores a 8h agravará estes custos, devido aos acréscimos legais do valor do trabalho suplementar e respetiva TSU.
3. Os valores foram calculados tendo por referência o CCT do sector com a atualização salarial mais recente (CCT entre a AES e a FETESE e outras, BTE, n.º 8, 28/2/2011 e CCT entre a AES e outra a o STAD e outros, BTE, n.º 17, 6/5/2011). Não foram publicadas portarias de extensão.
4. Não têm em conta as alterações a serem efetuadas ao Código do Trabalho, previstas no acordo de concertação social de 18/01/2012.

A ACT recomenda às entidades utilizadoras de serviços de segurança privada, públicas e privadas, que:

- Não negociem a preços inferiores aos enunciados
- Se assegurem que as empresas de segurança privada estão devidamente licenciadas para a atividade mediante alvará e seguem às práticas aqui recomendadas, os seus trabalhadores estão abrangidos pelo Regime Geral de Segurança Social e são cumpridas as obrigações para com a Segurança Social.

Se é trabalhador de segurança privada, informa-se e exija que os seus direitos lhe sejam assegurados.

Informações mais pormenorizadas poderão ser obtidas em www.act.gov.pt e através de: <http://www.act.gov.pt/seguranca>, www.stad.pt, www.fetese.pt, www.aes.pt

Q-A 30.10.2015 foi celebrado o contrato objecto do procedimento em litígio (fls. 5- 10 do processo administrativo);

Nada mais ficou provado, ou por provar, com relevância para a decisão da causa.

DO DIREITO

1.RECURSO DA A.....

1.1.A A....., S.A. vem interpor recurso do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 19 de Janeiro de 2017 na parte em que o mesmo decidiu “*julgar procedente a questão suscitada nas conclusões sob os itens 22 a 86 e 87 a 103 no tocante aos pontos IX, VI e VII n.º 1 a) e d) do Convite, na parte em que tomam por padrão de referência a Recomendação da ACT de 12 de Abril de 2012 e revogar a sentença proferida no segmento decisório da alínea a) em que declarou a ilegalidade das mencionadas disposições*”.

Alega a recorrente que as questões que se colocam na presente revista são:

“(i) o preço proposto tem que se revelar suficiente para cumprir os custos mínimos resultantes da legislação laboral, social e fiscal, sob pena de exclusão da proposta nos termos do Art.º 70º n.º 2 alíneas e), f) e g) do CCP?”

E, em consequência:

(ii) A entidade adjudicante pode impor a observância pelas propostas da estrutura de custos constante da Recomendação da ACT, sob pena de exclusão?

(iii) A entidade adjudicante pode impor a justificação do preço de acordo com a Recomendação da ACT, sob pena de exclusão?

(iv) A entidade adjudicante pode fixar o preço anormalmente baixo por referência aos custos indicados na Recomendação da ACT?

(v) A observância da estrutura de custos constante da Recomendação da ACT pode constituir critério de adjudicação?

VI. O Acórdão recorrido decidiu em sentido oposto ao decidido, em sede de revista, pelo Supremo Tribunal Administrativo, em sucessivos Acórdãos, que tem vindo a decidir pela inadmissibilidade de exclusão de propostas com fundamento na alegada desconformidade dos preços propostos com os custos constantes da Recomendação da ACT ou com os custos legalmente impostos (cf. Acórdãos de 14/02/2013, proc.º 0912/12, de 03/12/2015, proc.º 0657/15, de 16/12/2015, proc.º 01047/15, de 07/01/2016, processo 01021/15, de 28/01/2016, processo 01255/15, de 14/12/2016, proc.º 0579/16, e de 19/01/2017, processo 0817/16).”

1.2. Pretende a recorrente que este Tribunal se pronuncie sobre se o preço proposto tem que se revelar suficiente para cumprir os custos mínimos resultantes da legislação laboral, social e fiscal, sob pena da exclusão da proposta nos termos do artº 70º, nº2, als. e), f) e g) do CCP, por entender que a decisão recorrida viola este preceito.

Ora, em parte alguma do procedimento e das decisões das instâncias esteve em causa o incumprimento dos custos mínimos resultantes da legislação laboral, social e fiscal, que determinassem a exclusão de propostas nos termos do artº 70º, nº 2, als. e), f) e g) do CCP.

O que esteve em causa era tão só a bondade da fixação de uma cláusula e se, essa cláusula em si violava o princípio da concorrência assim como se o violava a não aceitação da justificação do preço anormalmente baixo com esse fundamento.

Invoca a recorrente, e no que aqui diz respeito, que não havendo qualquer norma no CCP a mandar excluir as propostas de preço inferior aos custos legais, também não pode o programa de procedimento, como norma regulamentar que é, estabelecer regras restritivas da liberdade de gestão da empresa e da actividade económica, violando o princípio da concorrência.

E esta questão traduz-se em saber se, face ao entendimento a retirar do artigo 70º nº2 als e), f) e g) do CCP, tal implica que as cláusulas do convite no âmbito do procedimento de formação do acordo-quadro

plural e caderno de encargos não podem fixar o preço anormalmente baixo por referência aos custos indicados na Recomendação da ACT nem podem impor a observância da estrutura de custos constante da Recomendação da ACT como critério de adjudicação nem a justificação do preço de acordo com a Recomendação da ACT, sob pena de exclusão.

Quid juris?

A sentença do TAF de Sintra de 21 de Abril de 2016 declarou ilegais os pontos VI, VII n.º 1 al. c) e d) e IX do Convite por estas cláusulas violarem os princípios da proporcionalidade e da concorrência e, quanto ao ponto IX do Convite, também por extravasar o consentido pelo Acordo-Quadro ESPAP, e não por violarem o art. 70º alíneas e) a g) do CCP. Por sua vez o TCAS revogou a sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra no segmento decisório em que declarou a ilegalidade dos pontos VI, VII n.º 1 al. c) e d) e IX do Convite por entender que:

“4. contratos consequentes - pontos IX, VI e VII nº 1 c) d) do Convite;

(...) Consta do caderno de encargos do procedimento de acordo-quadro e do ponto IX do Convite dirigido aos co-contratantes, que o critério adoptado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, constituída pelos factores “preço” e “valia técnica da proposta” – vd. alínea G do probatório.

Na circunstância dos autos, a Entidade Adjudicante, ora Recorrente fixou no Convite os limiares de valor anormalmente baixo para os 7 Lotes por referência aos valores enunciados na Recomendação da ACT de 12.Abril.2012 com as actualizações do Código do Trabalho/2009 (Lei 7/2009, 12.02).

§ quanto ao factor “preço”, o sub-factor “Pab – preço anormalmente baixo nos termos do ponto VI do presente Convite”

§ quanto ao factor “valia técnica da proposta”, o sub-factor de avaliação “JPP - Justificação do preço proposto avaliado através da estrutura de custos a apresentar de acordo com a Recomendação da ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho (apresentação discriminada dos valores pelos diversos factores, das componentes A, B, C e D) designadamente através dos documentos da proposta mencionados na alínea d) do nº 1 do ponto VII” – vd. alínea G do probatório.

O ponto VI do Convite determina como segue:

§ “Será considerado preço anormalmente baixo aquele que apresente valores mensais inferiores aos anunciados na Recomendação da Autoridade para as Condições do Trabalho, referente aos preços a praticar pelas empresas de segurança privada, divulgada a 12 de Abril de 2012, com a actualização dos valores relativos ao factor A, decorrentes da entrada em vigor das actualizações ao Código do Trabalho aprovado pela Lei nº 7/2009 de 12 de Fevereiro e respectivas actualizações, designadamente: ...” – vd. alínea E do probatório.

O ponto VII nºs. 1 c) e d) do Convite, no tocante aos documentos a apresentar com a proposta, determina como segue:

§ c) Documento do concorrente em que declare que a sua proposta respeita a Recomendação da Autoridade para as Condições do Trabalho, referente aos preços a praticar pelas empresas de segurança privada, de 12 de Abril de 2012, com os valores actualizados para o ano de 2015, para cada Lote;

§ d) A proposta deve apresentar, sob pena de exclusão, nota justificativa do preço proposto de acordo com a Recomendação da Autoridade para as Condições do Trabalho, referente aos preços a praticar pelas empresas de segurança privada, divulgada a 12 de Abril de 2012 (apresentação discriminada dos valores pelos diversos factores, das componentes A, B, C e D) para cada Lote; - vd. alínea F do probatório.

5. margem de livre decisão – autovinculação - limiar de anomalia - precedência de lei - artºs. 71º/1, 115º/3, 132º/2 e 189º/3 do CCP;

Um primeiro aspecto a ter em conta no tocante à regulação do Convite nos pontos IX, VI e VII nº1 c) e d) passa pela circunstância de o direito objectivo em matéria de contratação pública expressamente admitir que as Entidades Adjudicantes usem da faculdade de autovinculação a um limiar de valor de preço anormalmente baixo, publicitado nas peças do procedimento e com efeitos excludentes das propostas que apresentem um preço inferior ao indicado.

A atribuição desta faculdade consta do artº 71º nº 1 do CCP que remete expressamente para o regime de conformação do programa do procedimento no concurso público (cfr. artº 132º nº 2 CCP) e do convite nos procedimentos de ajuste directo (cfr. artº 115º nº 3) e de concurso limitado para apresentação de propostas aos candidatos qualificados (cfr. artº 189º nº 3).(...)

O principio constitucional da separação de poderes, artº 2º CRP conjugado com a habilitação dos tribunais restrita ao controlo de legalidade, artº 201º nº 2 CRP, significa que “(..) A margem de livre decisão implica uma consequência fundamental: no seu âmbito não existe controlo jurisdicional ... devendo o controlo resumir-se à aferição do respeito administrativo pelas vinculações administrativas e pelos limites internos da margem de livre decisão (...)

(..) O mérito engloba a apreciação da oportunidade ... e da conveniência ... de uma determinada actuação administrativa em termos que podem levar a dizer que ela prossegue de forma melhor ou pior o interesse público, mas não que é ilegal. (...)”

Tendo em conta as disposições constitucionais e a doutrina citada, o regime dos artºs. 71º nº 1, 115º nº 3, 132º nº 2 e 189º nº 3 do CCP implica a atribuição de um espaço de liberdade conferido às entidades adjudicantes na conformação do procedimento contratual, sendo que o agir administrativo em matéria de tramitação procedimental também se mostra sujeito ao princípio da reserva de lei por disposição expressa do artº 267º nº 5 CRP.

Por isso, no que importa ao caso dos autos, a vertente regulamentar expressa no Convite tem que traduzir, do ponto de vista jurídico, a concretização da previsão normativa constante do CCP em matéria de conteúdo procedimental, o que significa que a margem de abertura conferida pelos citados preceitos em favor da entidade adjudicante no domínio da densificação dos pressupostos do “preço anormalmente baixo” consiste na atribuição de uma margem de livre decisão balizada pelo bloco de legalidade aplicável, ou seja, limitada pela proibição de actuações que não sejam normativamente permitidas pelo bloco de legalidade que rege o caso concreto.

O mesmo é dizer que os artºs. 71º nº 1, 115º nº 3, 132º nº 2 e 189º nº 3 do CCP, além de constituírem o fundamento legitimador da actuação da entidade adjudicante, procedem à densificação normativa dos pressupostos da fixação do limiar de anomalia mediante o conceito indeterminado de “preço total anormalmente baixo” relativamente ao preço total da proposta apresentada pelo concorrente.(...)

O terceiro aspecto tem a ver com a matéria de facto constante das alíneas E, F e P do probatório.

Passa por saber se, no exercício da margem de livre decisão conferida por lei, a ora Recorrente agiu em desconformidade com o bloco normativo aplicável ao concretizar no ponto VI do Convite o limiar de anomalia mediante a fixação dos valores monetários – cfr. alínea E do probatório - e no ponto VII alínea d) determinar a estrutura de custos nas notas justificativas do preço para cada Lote - cfr. alínea F do probatório - tomando por padrão de referência a discriminação dos componentes de custos integrantes dos preços dos serviços enunciados na Recomendação da ACT de 12 de Abril de 2012 de os preços a praticar pelas empresas de segurança privada, com a actualização dos valores relativos ao factor A decorrente das actualizações ao Código do Trabalho aprovado pela Lei nº 7/2009 de 12 de Fevereiro – vd. alínea P do probatório.

A apreciação da actuação administrativa da ora Recorrente no uso da margem de livre decisão conferida por lei em sede de CCP, passa por saber se a determinação do limiar de anomalia e as notas justificativas dos preços nos termos dos pontos IX, VI e VII nº1 c) e d) do Convite, ao tomarem por padrão de referência os valores de custos enunciados na Recomendação da ACT, estão em desconformidade com os limites internos da margem de livre decisão.

Concretamente, em desconformidade com os princípios da concorrência no que tange aos interessados no mercado administrativo presentes no procedimento e da prossecução do interesse público por parte da entidade adjudicante.

6. princípio da concorrência – mínimos legais de retribuição do trabalho;(...)

Quanto ao princípio da concorrência, nada há a censurar ao clausulado nos pontos IX, VI e VII nº1 c) e d) do Convite por referência aos valores enunciados na citada Recomendação da ACT, na parte em que os mesmos acolhem os valores mínimos legais da retribuição do trabalho atento o princípio da legalidade, tendo em conta o princípio da irredutibilidade da retribuição consagrado na lei ordinária, no artº 129º nº 1d) do Código do Trabalho/2009, aprovado pela Lei 7/2009 de 12.02 (anterior artº 122º d) do CT aprovado pela Lei 99/2003).

Por banda do trabalhador, tais normativos apenas excepcionam do âmbito legal de imperatividade garantística da prestação contratual “os casos previstos neste Código e nos instrumentos de regulação colectiva de trabalho”, o que significa que a lei confina as excepções a este princípio (i) às hipóteses expressamente contempladas no Código do Trabalho e (ii) aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. (...).

7. medida e alcance da liberdade de modelação do conteúdo contratual – artºs. 132º/4 e 42º/4, CCP;

No que respeita aos custos discriminados nas notas justificativas dos Lotes sob a componente (B) - Outros custos relacionados com o trabalho, trata-se de custos variáveis que não integram o elenco de imperatividade garantística da

retribuição laboral expressamente contemplado no Código do Trabalho e nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

Integram a componente remuneratória do pessoal de segurança e vigilância na parte respeitante a provisões de férias e subsídios, absentismo remunerado, recrutamento, formação e estágio, seguros de acidentes de trabalho e de responsabilidade civil, fardamento, coordenação e controlo operacional, directamente implicados na prestação de serviços de segurança e vigilância privada, referida na Recomendação da ACT de 12.Abril.2012 para o sector desta actividade – vd. fls. 1169 a 1172 do PA apenso e alínea I do probatório.

Neste caso a questão resolve-se no âmbito do regime legal que regula o espaço de liberdade administrativa em matéria de conformação das prestações contratuais nas peças do procedimento, limitado, nos termos já referidos, pelo bloco de legalidade, isto é, limitado pela proibição de actuações que não sejam normativamente permitidas. (...)

Efectivamente, o artº 132º nº 4 CCP permite que no programa do procedimento sejam incorporadas “quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência” e o artº 42º nº 4 CCP expressamente determina que no caderno de encargos, em matéria de formulação de atributos “os parâmetros base... podem dizer respeito a quaisquer aspectos da execução do contrato .. e devem ser definidos através de limites mínimos e máximos, consoante os casos, sem prejuízo dos limites resultantes das vinculações legais ou regulamentares aplicáveis”.

Dito de outro modo, nos termos já mencionados supra, a questão resolve-se mediante a distinção entre esfera da legalidade e esfera do mérito, ou seja, cabe ter presente o bloco normativo aplicável às circunstâncias do caso concreto para saber em que medida e até que ponto a Entidade Adjudicante pode ir na liberdade de decisão no tocante à estipulação do conteúdo do contrato administrativo. (...).

No caso trazido a recurso, é o próprio regime do CCP que atribui abertura competencial às entidades adjudicantes na definição dos limites mínimos ou máximos vinculativos das propostas em aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência, permitindo liberdade de conformação do procedimento adjudicatório, no respeito pela concorrência entre os operadores do mercado e das vinculações legais ou regulamentares aplicáveis.

Na linha do exposto, a decisão expressa no ponto VII nº 1 d) do Convite do procedimento em matéria de custos variáveis a inserir na nota justificativa do preço proposto para cada um dos Lotes não se mostra eivada de desvio de poder contratual, na medida da observância por parte da Entidade Adjudicante, ora Recorrente, dos limites imanescentes da margem de livre decisão (...). ”.

Ou seja, entendeu-se na decisão recorrida que estava em causa o uso de uma faculdade de auto-vinculação da Administração de conformação do programa do procedimento no concurso público que resulta do art. 71º nº1 e 132º nº2 do CCP e que, no caso sub judice, se traduziu em fixar o preço anormalmente baixo por referência à Recomendação da ACT de 12 de Abril de 2012.

A questão que aqui se colocou não foi, assim, a de saber se o preço proposto tem que se revelar suficiente para cumprir os custos mínimos resultantes da legislação laboral, social e fiscal, sob pena de exclusão

da proposta nos termos do Art.º 70º n.º 2 alíneas e), f) e g) do CCP mas, antes, a da possibilidade de, dentro do quadro legal, ser ou não possível exigir como cláusula do convite efectuado a imposição da observância pelas propostas da estrutura de custos constante da Recomendação da ACT, sob pena de exclusão, por violação do princípio da concorrência.

É certo que nos acórdãos de 14/02/2013, proc.º 0912/12, de 03/12/2015, proc.º 0657/15, de 16/12/2015, proc.º 01047/15, de 07/01/2016, processo 01021/15, de 28/01/2016, processo 01255/15, de 14/12/2016, proc.º 0579/16, e de 19/01/2017, processo 0817/16, este STA tem entendido que o preenchimento da previsão da alínea f) do nº 2 do artigo 70º do CCP apenas 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.

Posição que perfilhamos no acórdão por nós relatado no proc. 657/15 de 03-12-2015 e que o voto de vencido também acompanha.

Mas, como supra referimos, não é essa a questão dos autos.

O que está aqui em causa é a conformação das cláusulas do convite a que se alude na matéria de facto com o bloco normativo/constitucional vigente e nomeadamente o impacto no princípio da concorrência.

Na verdade, a definição, em concreto e casuisticamente, do valor abaixo do qual o preço proposto é considerado anormalmente baixo, resulta de uma decisão discricionária da entidade adjudicante, no exercício da margem de livre decisão da Administração, desde que não haja no bloco normativo em vigor qualquer restrição à mesma conformação do procedimento.

O que resulta nomeadamente do art. 115º nº3 do CCP quando dispõe que:

“3 - O convite pode indicar, ainda que por referência ao preço base fixado no caderno de encargos, um valor a partir do qual o preço total resultante de uma proposta é considerado anormalmente baixo.”

E, não se vislumbra que, no caso sub judice, a referida cláusula do convite ponha em causa o bloco normativo vigente assim como o princípio da concorrência.

Desde logo, no caderno de encargos do Acordo Quadro ESPAP nº 13 - Lote 2 (Região Norte) não consta qualquer determinação, obrigação ou limitação para as entidades contratantes em matéria de fixação do que, em cada procedimento, deva ser considerado preço anormalmente baixo.

E, o facto de se entender que a Recomendação da ACT mencionada na norma do Convite é destituída de força vinculativa, quer pela

natureza jurídica da mesma, quer pela natureza da entidade que a emitiu, não impede que as entidades adjudicantes nas peças conformadoras do convite a elejam como referência das exigências mínimas a considerar com o custo dos trabalhadores do sector.

Pelo que, tendo sido fixado nas peças do procedimento um limiar abaixo do qual as propostas seriam consideradas anormalmente baixas, ainda que por remissão indirecta através da Recomendação da ACT, é esse o valor do preço anormalmente baixo a considerar.

Sendo que, a definição, no âmbito de procedimento adjudicatório, do limite inferior do preço abaixo do qual as propostas serão consideradas anormalmente baixas, com referência directa ou indirecta, ainda que por remissão, para valores correspondentes aos mínimos legais de retribuição do trabalho, encargos fiscais e sociais, não é ilegal, mas antes se situa no âmbito da margem de livre decisão própria da actividade administrativa.

E, tal em nada é afectado pelo entendimento sufragado nos acórdãos supra referidos do âmbito do art.º 70º n.º 2 alíneas e), f) e g) do CCP.

Quanto à violação dos princípios da proporcionalidade ou do interesse público, não podemos dizer que o mesmo foi preterido, na medida em que o padrão de referência utilizado no procedimento, no que concerne à fixação do preço anormalmente baixo, tem por base uma Recomendação da Autoridade para as Condições de Trabalho, a qual não obstante não ser vinculativa, inclui os valores decorrente do quadro legal vigente, nomeadamente os decorrentes da entrada em vigor do CT aprovado pela Lei 7/2009 de 12/2 e respectivas actualizações.

E, ainda que a componente (B) - Outros custos relacionados com o trabalho, se trate de custos variáveis que não integram o elenco de imperatividade garantística da retribuição laboral expressamente contemplado no Código do Trabalho e nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

Ou seja, custos relacionados com o contrato de trabalho decorrentes das obrigações legais relativas a seguro de acidentes de trabalho, segurança e saúde no trabalho, fardamento, entre outros.

E ainda os custos relativos a parceria identificados em C).

Como refere a ACT na resposta ao Projeto de Recomendação da AdC do ofício com a ref.^a S-DIR- 02827-2015, recepcionado na AdC a 6.10.2015, e registado como E-ADC/2015/5804 no âmbito da Recomendação da Autoridade da Concorrência à Autoridade para as Condições do Trabalho sobre a “Recomendação às empresas de segurança privada, empresas ou entidades públicas ou privadas utilizadoras destes serviços e informação aos trabalhadores”, aprovada a 12 de abril de 2012 “ *está aqui em causa um procedimento de*

natureza não vinculativa utilizável no âmbito da atividade de controlo inspetivo, suportado em referenciais técnicos reconhecidos, relativamente a factuais omissas ou não previstas especificamente na lei, traduzindo uma atividade de conselho sobre a melhor forma de lhe dar cumprimento, conforme decorre das Convenções da OIT n.ºs 81 de 1947 (artigo 17º, n.º 2) e 129 de 1969 (artigo 22º, n.º 2), ambas sobre a inspeção do trabalho, ratificadas por Portugal.

Por isso, entende a ACT que a sua Recomendação procedeu à enumeração e divulgação dos custos mínimos associados ao fator trabalho, plasmados nas normas legais aplicáveis ao setor da segurança privada, nomeadamente, retribuições e subsídios, taxas e impostos legais, abaixo de cujos valores não seria possível ao empregador cumprir as respetivas obrigações legais.

Avança com uma primeira conclusão no sentido de que a Recomendação da ACT em apreço se distingue e nem sequer constitui qualquer tipo de medida de política pública com impacto nos níveis de concorrência, defendendo tratar-se tão só de um procedimento inspetivo que promove a divulgação dos referidos custos do trabalho de forma clara e transparente, assumindo-se, por conseguinte, como um meio de defesa dos direitos básicos dos trabalhadores, quer no domínio da legislação laboral e normas convencionais aplicáveis, quer no domínio da legislação da segurança e saúde no trabalho.

Invoca depois que os valores constantes da Recomendação correspondem aos valores legalmente previstos e associados ao custo do trabalho, não constituindo qualquer medida que dificulte a sã concorrência, na medida em que as empresas têm de cumprir as normas relativas à contratação de trabalhadores.

Explica que a Recomendação mais não faz do que traduzir os custos legalmente previstos em valores perçíveis pelas empresas promovendo uma maior clareza e transparência na sua interpretação. Não existe, na sua ótica, qualquer prática de concertação por parte dos agentes económicos mas antes um mero cálculo, vertido numa fórmula matemática, dos valores legalmente previstos.

Menciona, em defesa da sua posição a Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de janeiro de 2014, sobre inspeções laborais eficazes como estratégia para melhorar as condições de trabalho na Europa, na qual se considera que o trabalho não declarado falseia a concorrência no mercado interno, uma vez que constitui uma forma de concorrência desleal face a outras empresas (§ M) e que a consolidação de um verdadeiro mercado comum e a eliminação de todas as formas de «dumping social estão intrinsecamente imbricadas (§ N). E, nessa sequência enquanto princípios de inspeção do trabalho eficazes, todos os Estados-Membros assinaram e ratificaram a Convenção n.º 81 da OIT relativa às inspeções do trabalho; insta, por conseguinte, os Estados-Membros a aplicarem os princípios inscritos nessa convenção. E, de igual modo, o Parlamento Europeu exorta os Estados-Membros a fazerem cumprir as disposições legais com penas proporcionais à gravidade da infração e a aplicarem sanções dissuasivas ao incumprimento das condições de trabalho; realça que dados provenientes da investigação indicam claramente que uma ação forte e bem coordenada a nível da prevenção e controlo precoces, incluindo através de informação e aconselhamento dos empregadores ou..., tem o máximo impacto na melhoria das condições de trabalho.

Reforça o seu argumento, invocando o Acordo Relativo à Política Social celebrado entre os Estados-Membros da Comunidade Europeia desejando aplicar, com base no acervo comunitário, a Carta Social de 1989, tendo em conta o protocolo relativo à política social, que determina, no seu artigo 1º: A

melhoria das condições de vida e de trabalho, uma proteção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro e a luta contra as exclusões. Para o efeito, a Comunidade e os Estados-Membros desenvolverão ações que tenham em conta a diversidade das práticas nacionais, em especial no domínio das relações contratuais e a necessidade de manter a capacidade concorrencial da economia comunitária.

A ACT conclui que a Recomendação da ACT configura um procedimento legítimo desta instituição, no cumprimento da sua missão e no exercício da sua atividade de informação e aconselhamento, visando assegurar o cumprimento dos requisitos mínimos legalmente estabelecidos, bem como promover a sã concorrência das empresas que cumprem as disposições legais, não podendo ser considerada uma medida de política pública com impacto nos níveis de concorrência, sendo que estão em causa direitos fundamentais dos trabalhadores constitucionalmente consagrados.”

São, pois, também, conceitos de “sã concorrência” que estão na base desta Recomendação da ACT.

E, não vemos, de que forma é que as cláusulas do Convite ao integrarem como elemento a ser atendido na consideração de preço anormalmente baixo a referida Recomendação possam constituir uma violação ao princípio da concorrência.

O princípio da concorrência no âmbito da contratação pública traduz-se essencialmente em que as disposições que a ela dizem respeito devem ser interpretadas e aplicadas no sentido mais favorável à participação nos procedimentos pré-contratuais do maior número de interessados, evitando-se exclusões por motivos meramente formais.

E destina-se a tutelar não apenas a posição dos operadores económicos mas também o interesse público.

Ora, não podemos dizer que se trata de uma mera formalidade a exigência imposta pela entidade adjudicante para que se considere como preço anormalmente baixo o por si indicado, tanto mais que está em causa um contrato em que o factor trabalho (pessoal) tem uma preponderância qualitativa e quantitativa no cumprimento do contrato a adjudicar.

Ou que essa exigência vai implicar uma atitude limitadora e desadequada à participação no concurso.

E, independentemente de os “outros custos relacionados com o trabalho”, corresponderem ou não a imposições legais, não é injustificada a exigência de que os mesmos sejam suportados pelas empresas nos termos “fixados” na Recomendação.

É que para o cálculo dos valores constantes na recomendação, foram tidos em conta, como refere a ACT:

“custos mínimos diretos associados ao contrato de trabalho (resultantes das normas legais e convencionais vigentes aplicáveis ao setor), a saber:

retribuição, subsídios de férias e de Natal, retribuição por trabalho noturno, retribuição por trabalho em feriados, taxa social única e subsídio de alimentação – designados pela letra "A" na recomendação;

custos relacionados com o contrato de trabalho decorrentes das obrigações legais relativas a seguro de acidentes de trabalho, segurança e saúde no trabalho, fardamento, entre outros – designados pela letra "B";

custos de estrutura e de serviços – designados pela letra "C" – identificados e objeto de acordo pelos parceiros sociais (representados por associações de empresas do setor e por associações de trabalhadores); ...

estes valores foram identificados e acordados pela ACT e parceiros sociais como sendo os valores mínimos abaixo dos quais a retribuição dos trabalhadores poria em causa o cumprimento das obrigações laborais legalmente previstas, sendo a prática de valores inferiores apenas possível com recurso a dumping social.

Ou seja, a consideração de todos os elementos que integram a componente remuneratória do pessoal de segurança e vigilância na parte respeitante, para além da remuneração, a provisões de férias e subsídios, absentismo remunerado, recrutamento, formação e estágio, seguros de acidentes de trabalho e de responsabilidade civil, fardamento, coordenação e controlo operacional, directamente implicados na prestação de serviços de segurança e vigilância privada, referida na Recomendação da ACT de 12.Abril.2012 para o sector desta actividade.

Em suma, entendemos que, não havendo cláusula contratual no sentido da consideração como preço anormalmente baixo a falta de cumprimento da referida Recomendação, o incumprimento desta não viola o princípio da concorrência.

Mas, também a não viola, a exigência do cumprimento da mesma em cláusula do convite, a título de fixação do valor a considerar como anormalmente baixo.

É que, não se mostra desajustado ou desequilibrado e não justificado pelos fins e por isso violador do princípio da concorrência, considerar como anormalmente baixo um preço que não contemple determinados custos de trabalho que se consideram importantes para o bom cumprimento dos serviços em causa.

Outra coisa será, depois, justificar que, não obstante estar em causa um preço anormalmente baixo nesses termos, se irão cumprir as recomendações que a entidade adjudicante elegeu como relevantes.

1.3. Alega, também, a recorrente que o ponto IX do Convite ao estabelecer como subfactor a “justificação do preço proposto”, viola o Caderno de Encargos do Acordo Quadro ESPAP ao abrigo do qual o procedimento foi lançado quando aqui se estabelece que, em caso de recurso ao critério da proposta economicamente mais vantajosa, no factor qualidade do serviço, apenas pode ser valorada a

implementação de mecanismos de controlo de qualidade da prestação de serviços, onde a justificação do preço não se integra (artigo 22.º n.º 2 al. b) ii) I) do Caderno de Encargos do Acordo Quadro ESPAP).

Conclui que o Acórdão recorrido violou os artigos 6.º n.º 1 al. b) e 22.º al. b) ii) I) do Caderno de Encargos do Acordo Quadro ESPAP e nos artigos 42.º n.º 4, 75.º n.º 1, 251.º, 252.º n.º 1 al. b) e 259.º n.º 2 do CCP.

A entidade recorrida fixou como critério de adjudicação o da proposta economicamente mais vantajosa, fixando como valia técnica da proposta 40% em que entra como elemento a justificação do preço através da estrutura de custos a apresentar de acordo com a Recomendação da ACT (cf. ponto IX do Convite).

Ora, o Caderno de Encargos do Acordo Quadro estabelece que deverão ser valoradas as propostas que prevejam a implementação de mecanismos de controlo da qualidade da prestação dos serviços.

O que significa que nada impede a aplicabilidade do artº 75º do CCP, que dispõe:

“1 - Os factores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes.

2 - Apenas os factores e subfactores situados ao nível mais elementar da densificação do critério de adjudicação, denominados factores ou subfactores elementares, podem ser adoptados para a avaliação das propostas.

3 - O disposto na parte final do n.º 1 não é aplicável quando se tratar de um procedimento de formação de um contrato cujo objecto não abranja prestações típicas de contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços.

4 - Quando, por força do disposto no número anterior, factores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação se referam a elementos de facto relativos aos concorrentes, são-lhes aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras do presente Código respeitantes aos aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.”

A entidade adjudicante conformou o procedimento optando por estabelecer a qualidade de serviço como um dos factores a valorizar submetido à concorrência, juntamente com o factor preço.

Ora, estamos perante um tipo de contrato em que a mão de obra assume preponderância no serviço a prestar pelo que nada obsta a que, ao abrigo do seu poder tecnicamente discricionário de conformação do procedimento, e desde que não ocorra a violação do quadro normativo/constitucional (que como vimos não ocorre), nas cláusulas do convite conste que a avaliação da qualidade do serviço

seja realizada com a fixação de subfactores de certificação, de descrição dos procedimentos a implementar e de justificação do preço proposto.

Na verdade, a estruturação de custos constante das peças do procedimento permite à entidade adjudicante aferir sobre a existência e a capacidade de implementação de mecanismos de controlo da qualidade da prestação dos serviços e a assegurar, nomeadamente através de valores de referência, que o serviço seria prestado por pessoal preferencialmente mais qualificado, o que se reflecte no preço das propostas.

Também não podemos esquecer que neste item está apenas a consideração, como critério ponderativo das mesmas, da observância ou inobservância dos valores de referência correspondentes aos custos tal como fixados na Recomendação da ACT.

Assim, podemos concluir que nada obstava a que se fixasse como critério para a valoração da justificação do preço proposto a estrutura de custos tal como fixada na Recomendação da ACT, nos termos em que o mesmo foi enquadrado no critério de adjudicação, em conformidade quer com o disposto no artº 22º do caderno de encargos do Acordo Quadro, quer com a norma do artº 75º do CCP, quer com a Directiva 2014/24/UE.

Nada impedia, pois, que ao abrigo do seu poder de conformação das cláusulas do procedimento se tivesse fixado um subfactor de avaliação *“justificação do preço proposto”* nos termos em que o foi.

2. RECURSO DO INSTITUTO POLITÉCNICO DO PORTO

2.1. Vem o Instituto Politécnico impugnar a decisão recorrida na parte que a mesma julga improcedente a questão suscitada de impugnação da decisão de 1ª instância relativa à caducidade do direito de acção da A..... na impugnação das peças do procedimento no âmbito do contencioso pré-contratual, por ter decorrido o prazo de um mês a que alude o art. 101º do CPTA.

A partir do momento em que foi julgada improcedente a questão da ilegalidade das peças do procedimento fica prejudicado o conhecimento de qual o momento próprio para impugnar as mesmas peças.

Ficando prejudicada a questão, dela não tomaremos conhecimento.

2.2.1. Vem o IPP sindicar, também, a decisão recorrida na parte em que a mesma julga improcedente o recurso da decisão de 1ª instância que entende que é possível sindicar as decisões dos júris tomadas no âmbito do poder discricionário considerando ou desconsiderando as justificações apresentadas em sede de esclarecimentos do preço anormalmente baixo constantes de propostas.

Para tanto alega que compete à concorrente o ónus de alegar e provar factos e fundamentos que justifiquem a proposta objectivamente anormalmente baixa, para efeitos do procedimento já que a decisão quanto à justificação do preço anormalmente baixo é tomada no exercício de um poder discricionário impondo-se, por isso, ao próprio carrear para o procedimento documentação contendo os esclarecimentos justificativos do preço anormalmente baixo proposto.

O que a A..... não fez, daí que bem tivesse andado o júri ao não justificar o preço anormalmente baixo com os fundamentos invocados.

Extrai-se da decisão recorrida:

“...No caso dos autos, as propostas apresentadas pela ora Recorrida contêm duas versões de valores finais de preços dos Lotes: (i) um primeiro valor constituído pelo preço normal em função dos custos recorrentes próprios da actividade comercial desenvolvida pela ora Recorrida obtido pelo somatório dos diversos factores da decomposição do preço discriminado na nota justificativa; (ii) um segundo valor resultante da aplicação do desconto comercial de 14% ao valor do preço normal.

Todavia, em face do probatório não vem demonstrado (nem constitui matéria de facto alegada nos articulados das partes) que relativamente a cada um dos Lotes este abatimento de 14% ao preço normal resulte na oferta de um preço final competitivo e excludente da concorrência, por subsunção nos conceitos de preço predatório ou não remuneratório, fundado na desconsideração dos custos variáveis discriminados nas notas justificativas dos preços aos 7 Lotes sob as componentes (A) – Custos mínimos directos com o trabalho e (B) - Outros custos relacionados com o trabalho, concretamente os custos variáveis respeitantes à componente remuneratória do pessoal de segurança e vigilância e a provisões de férias e subsídios, absentismo remunerado, recrutamento, formação e estágio, seguros de acidentes de trabalho e de responsabilidade civil, fardamento, coordenação e controlo operacional – vd. fls. 1169 a 1172 do PA apenso e alínea I do probatório.

*

O que significa, na linha do enquadramento doutrinário exposto, que a matéria de facto levada ao probatório não permite concluir que a redução selectiva de preços mediante o desconto de 14% aplicado sobre o preço normal resultante da estrutura de preços especificada nas notas justificativas dos custos para cada um dos 7 Lotes configure por parte da ora Recorrida uma situação de propostas de venda do serviço por preços abaixo dos custos no patamar de sector deficitário de negócio, ou seja, de oferta de preços predatórios ou de preços não remuneratórios da execução do contrato com vista a eliminar a concorrência à adjudicação no concreto procedimento.

Efectivamente, para concluir que a venda do serviço com oferta de desconto comercial de 14% sobre o preço normal especificado nas notas justificativas constitui um preço predatório ou um preço não-remuneratório de efeito anti-concorrencial, não basta que este percentual de abatimento seja superior, como afirmado, à margem comercial e, como tal, que traduza uma venda abaixo do preço de custo, pois que, na linha do entendimento doutrinário e da

jurisprudência comunitária referida, cabe saber sobre que classe de custos incide esse abatimento de 14% ao preço normal.

Como já referido, na linha da jurisprudência do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça da União Europeia passível de ser adoptada como parâmetro de referência, tanto nos preços predatórios como nos preços não-remuneratórios o efeito anti-concorrencial dá-se nos casos de propostas levadas ao procedimento com oferta de venda do serviço por preços inferiores à média dos custos variáveis (CVM) e preços inferiores à média dos custos totais (CTM), com a particularidade de nos preços superiores aos CVM mas inferiores aos CTM serão predatórios se, da prova produzida, também resultar que foram fixados com o objectivo de eliminar a concorrência, como poderá ser o caso da redução selectiva de preços ainda que tais preços selectivos estejam acima dos CTM.

No caso concreto, o elenco da matéria de facto não permite fundamentar um juízo comparativo entre preços e custos tendo por referência o concreto mercado nacional de oferta de serviços de vigilância e segurança humana, em ordem a concluir que o desconto comercial de 14% sobre o preço normal especificado para cada um dos Lotes traduza uma redução selectiva de preços não remuneratórios de efeito anti-concorrencial, isto é, configure uma oferta de preço anómalo fundado na oferta de preços insuficientes para cobrir os custos correntes necessários à execução do contrato e acrescidos da margem de lucro expectável declarada nas notas justificativas do preço proposto levadas à alínea I do probatório."

2.2.2. Nos termos do Artigo 57.º n.º1 al. d) do CCP são documentos que devem constar da proposta:

"d) Documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, quando esse preço resulte, directa ou indirectamente, das peças do procedimento."

E, relativamente ao preço anormalmente baixo, dispõe o art. 71º n.º4 do CCP que:

"4 - Na análise dos esclarecimentos prestados pelo concorrente nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º ou do número anterior, pode tomar-se em consideração justificações inerentes, designadamente:

- a) À economia do processo de construção, de fabrico ou de prestação do serviço;*
- b) Às soluções técnicas adoptadas ou às condições excepcionalmente favoráveis de que o concorrente comprovadamente disponha para a execução da prestação objecto do contrato a celebrar;*
- c) À originalidade da obra, dos bens ou dos serviços propostos;*
- d) Às específicas condições de trabalho de que beneficia o concorrente;*
- e) À possibilidade de obtenção de um auxílio de Estado pelo concorrente, desde que legalmente concedido."*

O preço como anormalmente baixo pode ser fixado nas regras do concurso (ex: artsº 115.3, 132.2, 189.3, todos do CCP), pode ter origem supletiva legal (artº 71.1 do CCP), ou pode ter sido classificado

como tal pelo júri do concurso na pendência do mesmo (artº 71.2 do CCP).

Ver neste sentido, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, in *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, ed. Almedina, 2011, pág. 937.

Desde logo cumpre começar por ter presente que a análise da razão de ser dos preços anormalmente baixos se faz por referência aos valores e motivos que levaram a entidade adjudicante a fixá-lo como tal.

Ora, como vimos, são indicados no artigo 71º nº4 do CCP exemplos de justificações para o preço anormalmente baixo, sendo patente dessa exemplificação o carácter eminentemente técnico das justificações.

E, naturalmente compete ao júri do concurso avaliar se a justificação invocada salvaguarda a razão de ser que esteve na base da criação da cláusula donde resulta que um determinado preço é anormalmente baixo.

E, deve também ter-se presente no referido conhecimento que os esclarecimentos a que se alude no supra referido preceito não traduz uma enunciação taxativa dos critérios mas antes meramente exemplificativa, podendo ser considerados outros critérios que o júri do procedimento entenda dever aplicar, no âmbito do seu poder tecnicamente discricionário.

Cumprido, pois, aferir se a decisão recorrida andou bem quando considerou que o júri errou ao concluir que o desconto comercial de 14% sobre o preço normal especificado para cada um dos Lotes traduzia uma redução selectiva de preços não remuneratórios de efeito anti-concorrencial.

Vejamos, então, se os fundamentos invocados para não aceitar a justificação do preço anormalmente baixo padecem daquele erro grosseiro.

Não podemos esquecer que as regras do concurso estavam definidas e que a aqui recorrida fez uma proposta fora das exigências que decorriam do mesmo.

Pelo que, competia-lhe a ela fazer a prova convincente de que, não obstante, a sua proposta ser objectivamente anormalmente baixa, era uma proposta credível susceptível de criar confiança relativamente à boa execução do contrato, e que não punha em causa os receios que estiveram na base da fixação do critério de preço anormalmente baixo.

A Recorrida especificou nas notas justificativas dos preços propostos para os custos sob a rubrica “*Desconto comercial para reforço de implementação na zona do Porto*”, um abatimento ao preço normal

proposto para cada um dos Lotes 1 a 7, nos valores específicos de - 1 390,86 € (lote 1), 126,62€ (lote 2), 1 071,56€ (lote 3), 746,08€ (lote 4), 746,08€ (lote 5), 398,55€ (lote 6) e 865,33€ (lote 7) explicitando que se trata de “um desconto de 14% sobre o preço de venda concedido ao Instituto Politécnico do Porto, com o objectivo de garantir a adjudicação dos serviços constantes do presente procedimento e de reforçar a implementação operacional da S..... na zona geográfica do Porto.”

No Relatório Preliminar o júri propôs a exclusão das propostas apresentadas aos Lotes 1 a 7 pela Recorrida, com a seguinte fundamentação:

“...de acordo com a alínea e) do n.º 2 do art.º 70º do CCP, uma vez que não se considera válida a fundamentação da justificação dos preços anormalmente baixos, já que, em todos os lotes, o desconto comercial efectuado é superior à margem comercial indicada, representando a venda de um serviço abaixo do preço de custo. Tal situação configura dumping de preços, desvirtuando o mercado, e nesta medida constitui concorrência desleal, representando uma manifesta violação do princípio da concorrência ...”.

À nota justificativa a Autora juntou a nota suplementar de fls. 315, verso, com o seguinte teor:

A....., S.A. vem, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), apresentar a justificação do preço que está a propor para os Lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7, tendo em conta o limiar de anomalia fixado no Ponto VI. do Programa de Procedimento.

Com efeito, o preço proposto pela A..... para cada Lote é um preço que permite à empresa o cumprimento, em matéria de remunerações, da legislação laboral e da regulamentação constante da Convenção Coletiva de Trabalho aplicável, como terão oportunidade de verificar através das Notas Justificativas de Preço que fazem parte integrante da proposta da A.....

Por último, o preço proposto pela A..... integra um desconto comercial de 14% sobre o preço de venda concedido ao Instituto Politécnico do Porto, com o objectivo de garantir a adjudicação dos serviços constantes do presente procedimento e de reforçar a implementação operacional da A..... na zona geográfica do Porto.

Após audição da aqui Recorrida o júri no Relatório Final manteve a exclusão das propostas nos seguintes termos:

“... o júri entende não alterar o teor da conclusão constante do relatório Preliminar, não considerando como sólida e pertinente a justificação apresentada. A indicação genérica de “desconto comercial” para justificar o preço apresentado não se apresenta ao júri como suficiente para afastar o receio sobre a seriedade da proposta e da viabilidade da sua execução sem infracção das disposições legais que regulam o sector, atentas as condições do mercado dos serviços de Vigilância e Segurança Humana, e sem violação das regras e princípios da concorrência. (...) Face a todo o exposto supra, indefere-se a Reclamação apresentada pela concorrente S....., reafirmando, em síntese, que (...)

O júri não considera suficiente, nem devidamente esclarecedora a justificação do preço apresentada pela concorrente (“desconto comercial”) mantendo as suas dúvidas quanto à seriedade da proposta e viabilidade da sua execução

sem violação de normas legais atinentes ao trabalho e do princípio da sã concorrência.

No caso trazido a recurso estamos perante um desconto ou abatimento de 14% sobre o preço normal resultante da estrutura de preços apresentada pela ora Recorrida (...).

Tais descontos constituem uma redução selectiva de preços na medida em que o abatimento através do desconto de 14% é expressamente dirigida a “garantir a adjudicação” “reforçar a implementação operacional na zona geográfica do Porto”.

2.2.3. Vejamos, então, da bondade do acórdão recorrido ao manter a decisão de 1ª instância que anulou os actos de exclusão da proposta da A....., aqui recorrida, e de adjudicação dos Lotes 1 e 4 a 7 à Contra-Interessada com o fundamento de que, contrariamente ao que se refere no acto, a matéria de facto levada ao probatório não permite concluir que a redução selectiva de preços mediante o desconto de 14% aplicado sobre o preço normal resultante da estrutura de preços especificada nas notas justificativas dos custos para cada um dos 7 Lotes visa eliminar a concorrência à adjudicação.

Entende a recorrente que bem andou o júri ao não aceitar a justificação do “desconto comercial” por tal justificação não ser aceitável por não ser objectivável e se traduzir numa justificação vaga suscetível de ser utilizada para justificar, em qualquer procedimento adjudicatório, qualquer preço anormalmente baixo, seja qual for o seu valor, sem qualquer limite, podendo levar até que seja aceite uma tal justificação para uma proposta de preço zero.

O que se traduziria na admissão de qualquer preço anormalmente baixo, mesmo de natureza predatória, com todos os riscos que tal acarretaria para a salvaguarda dos interesses que às entidades adjudicantes cabe acautelar, em manifesta fraude ao estabelecido no CCP e no Direito Comunitário.

Foi a seguinte a motivação do júri para não considerar justificado o preço anormalmente baixo:

j) A....., S.A., de todos os lotes, de acordo com a alínea e) do n.º 2 do art.º 70.º do CCP, uma vez que não se considera válida a fundamentação da justificação dos preços anormalmente baixos, já que, em todos os Lotes, o desconto comercial efetuado é superior à margem comercial indicada, representando a venda de um serviço abaixo do preço de custo. Tal situação configura *dumping de preços*, desvirtuando o mercado, e nesta medida constitui concorrência desleal, representando uma manifesta violação do princípio da concorrência.

Vemos, assim, que a A..... justificou o preço anormalmente baixo com o fundamento de um desconto comercial de 14%, como estratégia de empresa de implementação no mercado, salientando que tal não a impede de cumprir em matéria de remunerações a legislação laboral e a regulamentação constante da CCT, conforme notas justificativas do preço.

A entidade adjudicante não atendeu à justificação com os seguintes fundamentos:

II e III

"Preço anormalmente baixo" e "Recomendação da ACT"



Sendo certo que a Recomendação da ACT não constitui uma norma de natureza imperativa, ela não pode deixar de ser um elemento padrão para as entidades adjudicantes no que respeita aos procedimentos concursais no âmbito da vigilância e segurança humana, pois, sendo emitido por uma entidade pública a quem incumbe a fiscalização do cumprimento das normas legais atinentes ao trabalho, constitui uma referência oficial, objetiva e segura, no que respeita às exigências mínimas a considerar com o custo dos trabalhadores do sector.

A indignação da concorrente com a mesma ultrapassa o âmbito das competências deste júri e as questões com ela em diferendo terão que ser atacadas e resolvidas noutra sede que não no âmbito do presente procedimento.

Assim, o júri entende não alterar o teor e a conclusão constante do Relatório Preliminar, não considerando como sólida e pertinente a justificação apresentada. A indicação genérica de "desconto comercial" para justificar o preço apresentado não se apresenta ao júri como suficiente para afastar o receio sobre a seriedade da proposta e da viabilidade da sua execução sem infração das disposições legais que regulam o sector, atentas as condições do mercado dos Serviços de Vigilância e Segurança Humana, e sem violação das regras e princípios da concorrência.

Conclusões

Face a todo o exposto supra, indefere-se a Reclamação apresentada pela concorrente , reafirmando, em síntese, que:

- Não foi o Relatório Preliminar redigido em língua estrangeira, não havendo, por isso, violação do art.º 54º do CPA ou de qualquer outro que determine a redação dos documentos concursais em Português;
- A decisão do júri encontra-se devida e amplamente fundamentada ao longo das dez páginas do Relatório Preliminar;
- O júri não considera suficiente, nem devidamente esclarecedora a justificação de preço apresentada pela concorrente ("desconto comercial") mantendo as suas dúvidas quanto à seriedade da proposta e viabilidade da sua execução sem violação de normas legais atinentes ao trabalho e do princípio da sã concorrência.
- A apreciação e decisão do júri contante do Relatório reclamado não ofende nenhuma das normas legais nem nenhum dos princípios jurídicos invocados pela Reclamante

Ou seja, entidade adjudicante não atendeu a esta justificação por entender que a indicação do desconto comercial não era suficiente para afastar o receio da proposta vir a ser executada sem infracção das disposições legais que regulam o sector e sem violação do princípio da concorrência.

Estes fundamentos invocados são cumulativos e valem cada um por si mesmo.

Desde logo não podemos dizer que se impunha, sob pena de erro grosseiro, a aceitação da justificação dada pela A.....

Na verdade, a alusão por parte da concorrente de que nada a impede de cumprir em matéria de remunerações a legislação laboral e a regulamentação constante da CCT, conforme notas justificativas do preço, e que o preço tem por fundamento um desconto comercial de 14% sobre o preço normal de cada Lote na proposta como forma de implementar uma estratégia, não impõe que o júri considere como suficiente a justificação do preço anormalmente baixo constante da proposta da A.....

Sendo que, competia à A....., aqui recorrida, e de acordo com as regras do ónus da prova, esclarecer e demonstrar porque, apesar do preço ser anormalmente baixo de acordo com as

cláusulas do convite tal não prejudicaria a qualidade do serviço proposto, razão de ser do critério utilizado na fixação do preço como anormalmente baixo.

Mas, diferente será se ocorreu erro grosseiro na fundamentação utilizada pelo júri na não aceitação da justificação do preço anormalmente baixo.

O júri não aceitou a justificação por duas ordens de razões:

_ por manter as suas dúvidas quanto à seriedade da proposta e viabilidade da sua execução sem violação de disposições legais atinentes ao trabalho

_ e sem violação do princípio da sã concorrência.

Quanto à invocação da violação do princípio da concorrência podemos dizer que não vem explicado porque a venda do serviço com oferta de desconto comercial de 14% sobre o preço normal especificado nas notas justificativas, assim como a venda abaixo do preço do custo, no caso concreto, é um preço predatório que viola o princípio da concorrência.

E, no caso concreto, a matéria de facto efectivamente não permite fundamentar um referido juízo comparativo entre preços e custos tendo por referência o concreto mercado nacional de oferta de serviços de vigilância e segurança humana.

Como decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a proibição da exploração abusiva de uma posição dominante pelo artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia abrange comportamentos que tenham um objetivo ou um efeito concorrencial (Acórdão do atual Tribunal Geral (Terceira Secção), de 30.9.2003, Proc. T-203/01, Michelin c. Comissão, Colet. II-4071, considerando 241). A proibição da exploração abusiva de uma posição dominante pela Lei da Concorrência (artigo 11.º da Lei n.º **19/2012**, de 8 de maio) está harmonizada com aquela disposição do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A demonstração efetiva de que uma empresa abusou da sua posição dominante depende sempre das circunstâncias concretas de cada caso.

Contudo, os argumentos são autónomos e basta que o acto se fundamente num argumento válido para se justificar.

Pelo que, mesmo que se entenda que não está justificado porque concretamente se conclui pelas dúvidas quanto à violação do princípio da concorrência e que a mesma se impunha, sempre a entidade adjudicante também invoca que a referida justificação não esclarece nem demonstra a capacidade da recorrida para, apesar do desconto de 14% que se propõe realizar com a finalidade de estratégias de

mercado, assegurar o cumprimento das normas legais e regulamentares de natureza laboral e demais custos e encargos entendidos como relevantes para o bom e integral cumprimento do contrato.

Ora, como vimos a Recomendação que esteve na base da fixação indirecta do montante do preço anormalmente baixo refere, para além dos custos relacionados com o trabalho, os custos variáveis que não integram o elenco de imperatividade garantística da retribuição laboral expressamente contemplado no C.T e instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (B), ou seja, custos relacionados com o contrato de trabalho decorrentes das obrigações legais relativas a seguro de acidentes de trabalho, segurança e saúde no trabalho, fardamento, entre outros e ainda na letra C) custos de estrutura e serviços identificados e objecto de acordo pelos parceiros sociais.

Ora, a partir do momento em que não foram invocados pela concorrente factos de onde resultasse a realização das preocupações tidas em causa na fixação da cláusula de preço anormalmente baixo, nada impedia o júri de fundamentar a não aceitação da justificação com o facto de não haver seriedade da proposta e viabilidade da sua execução sem violação de normas legais atinentes ao trabalho e já que, a seu ver, não obstante a Recomendação não ser norma imperativa é um elemento padrão para o tipo de procedimento concursal em causa.

E, não obstante a A..... referir que se compromete ao cumprimento da legislação laboral e CCT não é idêntico a cumprimento da Recomendação da ACT de 12.Abril.2012 para o sector desta actividade já que, como vimos, intervêm na mesma outros custos.

Competia, pois, à concorrente indicar factos no sentido da segurança no cumprimento da Recomendação por outros meios que não através dos custos ou que, essa falta de cumprimento seria irrelevante no caso por estar assegurada através de factor humano que assegurasse uma boa execução da adjudicação.

Tal não ocorrendo, nada impedia a entidade adjudicante de não aceitar uma justificação que não lhe desse garantias do seu cumprimento por outra via, não obstante não entrar nos custos apresentados, ou de a sua falta não comprometer as garantias que de boa execução que estiveram na base da sua fixação.

Eram, pois, legítimas as dúvidas veiculadas quanto à seriedade e viabilidade da execução da proposta sem violação das disposições legais que regulam o sector atentas as condições de mercado dos Serviços de Vigilância e Segurança Humana (aqui consubstanciadas na referida Recomendação) apesar de a concorrente expressamente invocar que o preço em causa não a impede de cumprir em matéria de

remunerações a legislação laboral e a regulamentação constante da CCT, conforme notas justificativas do preço.

A fundamentação dada pela entidade adjudicante não padece, assim, de erro grosseiro relativamente a pelo menos um dos dois critérios invocados.

Entendemos, assim, ser de revogar a decisão recorrida nesta parte.

*

Em face de todo o exposto acordam os juízes deste STA em:

- a) negar provimento ao recurso interposto pela A.....;
- b) conceder provimento ao recurso interposto pelo IPP e em consequência manter o acto impugnado que exclui a A....., declarar a legalidade dos pontos VI e VII alíneas c) e d) que integra o ponto IX do Convite Identificado.

Custas pela A.....

N.

Lisboa, 12 de Julho de 2017. *Ana Paula Soares Leite Martins Portela* (relatora) – *Jorge Artur Madeira dos Santos* – *Carlos Luís Medeiros de Carvalho* (vencido nos termos do voto que anexo).

Vencido, não acompanhando o entendimento que logrou obter vencimento, porquanto daria provimento ao recurso jurisdicional da A. e negaria provimento ao do R., pelas razões que são, no essencial, as seguintes:

I. Se é certo que a entidade adjudicante goza, na definição das peças procedimentais de formação de contratos, de poderes de conformação e definição quanto às respetivas regras com alguma amplitude e margem, não se afigura, todavia, que em tal atividade a mesma não esteja sujeita ao controlo jurisdicional ou que este se veja cerceado nos seus limites, como sustenta o IPP enquanto entidade adjudicante.

II. Afigura-se-me que, presentes as dimensões e emanções que o princípio da concorrência aperta em sede de contratação pública; e a jurisprudência deste Supremo elaborada no quadro de exclusão de propostas tendo por base o apelo à Recomendação da ACT de 12.04.2012 [inserta na al. P) da factualidade apurada] e que se mostra citada, jurisprudência essa elaborada, é certo, no âmbito de outro enquadramento normativo e procedimental; não poderia ter-se improcedido o recurso jurisdicional deduzido pela A., mantendo o julgado recorrido pelo TCA Sul quanto à questão da ilegalidade dos pontos VI), VII), n.º 1, c) e d), IX) do Convite quando ali, em apelo e remissão para aquela recomendação, se procede à definição do

padrão da anormalidade do preço [cfr., nomeadamente, als. E), F) e G) da factualidade apurada].

III. Com efeito, entende-se que, no caso, ocorreria violação do princípio da concorrência, tal como sustentado, aliás, pela própria Autoridade da Concorrência visto tal poder envolver uma intervenção pública na definição do preço com impacto para o mercado concorrencial nesta área dos serviços [vide doc. n.º 09 junto a fls. 109/116 dos autos] e impondo, inclusive, às entidades adjudicantes o terem de suportar custos mais elevados para a obtenção daqueles serviços, penalizando também, ou sendo suscetível de, eventualmente, penalizar, as empresas e operadores mais eficientes, ou permitir, igualmente, que, por apelo a preços de referência ou recomendados, possa vir a ocorrer "concertação" entre os agentes económicos e sem que haja, no caso, qualquer notícia e/ou demonstração cabal de violações passadas, presentes e/ou futuras por parte dos operadores económicos, mormente da A., daquilo que são as obrigações legais e contratuais que sobre os mesmos impendem e que, alegadamente, se visam prevenir com a aludida recomendação.

IV. Por outro lado, afigura-se-me que uma cláusula/regra como a em causa, quanto à definição da anormalidade do preço, perante as dúvidas legítimas suscitadas quanto aos dados, pressupostos e termos utilizados nos cálculos que estão na base da recomendação em referência, também não será padrão normativo seguro indiciador da violação duma sã concorrência na dimensão e defesa contra atitudes/comportamentos predatórios por parte dos agentes económicos, que, note-se, não resultam minimamente demonstrados nos autos, nem aquela recomendação permite sinalizar e sancionar.

V. Assim, introduzindo-se, através do clausulado aposto nas peças do procedimento concorrencial, uma limitação ou um entrave ilegítimo ao suscitar do interesse por parte do maior (e melhor) número de candidatos ou concorrentes, abrindo-se tendencialmente o procedimento de formação do contrato a todos os que a ele queiram aceder (ou candidatar-se), tal implica a aposição de uma exigência que terá por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, visto fazer sujeitar uma proposta de concorrente ao instituto da anormalidade do preço com potenciais consequências excludentes do procedimento, pelo que revogaria, nesse âmbito, o acórdão recorrido e faria subsistir o que havia sido julgado pelo TAF de Sintra neste domínio.

VI. De igual modo não se acompanha o juízo e fundamentação quanto à ausência de violação por parte das regras inscritas no convite deste procedimento [seu ponto IX] em face daquilo que eram as regras do caderno de encargos do Acordo Quadro ESPAP, porquanto se me afigura que, presente o critério de adjudicação da proposta "economicamente mais vantajosa" definido para o procedimento, não

poderia no fator relativo à "valia técnica da proposta" considerar-se como elemento ou subfator a ponderar no seu âmbito o da "justificação do preço proposto" considerando como padrão também a recomendação da ACT em referência, fazendo "entrar de novo" o fator preço naquele fator da "valia técnica da proposta", e sem que colha, minimamente, a argumentação de que através daquele elemento se irá aferir ou poderá aferir da qualidade ou da melhor qualidade da prestação de serviços, por ser mais qualificado o pessoal já que, alegadamente, melhor remunerado.

VII. Dissentimos do julgamento efetuado quanto ao recurso jurisdicional deduzido pelo IPP, quer quanto ao ter-se por prejudicado o conhecimento da questão da caducidade do direito de ação, quer quanto a haver-se procedido o mesmo já que não se acompanha, nomeadamente, a sustentação de que na análise feita pelo júri das justificações do preço anormalmente baixo o mesmo detenha um "poder tecnicamente discricionário" e que só através da existência duma situação de "erro grosseiro" na decisão [nomeadamente, a sua fundamentação ter de ser "grosseira"], que qualifique determinada proposta como contendo preço anormalmente baixo e, assim, conduza à exclusão da mesma, é que se possa sindicar a respetiva ilegalidade daquele ato.

VIII. Para além disso, não se acompanha também o entendimento expendido em termos de ónus de prova, desonerando por completo a entidade adjudicante da prova do acerto dos pressupostos em que assentou a sua decisão qualificadora da proposta da concorrente aqui ora recorrida que, ao considerar insubsistentes as justificações pela mesma apresentadas, reputou a proposta como contendo preço anormalmente baixo e que, em decorrência, a excluiu do procedimento.

IX. Inexistindo neste âmbito uma incorreta interpretação e aplicação do quadro normativo em crise, tanto mais que, ao invés do sustentado pelo IPP, não estamos em matéria subtraída ao controlo jurisdicional, nem a atividade realizada nesta sede atenta contra o princípio da separação de poderes ou do disposto nos arts. 02.º, 110.º, 111.º, 266.º da CRP, improcederia o recurso e manteria, assim, nesse segmento o que havia sido o juízo firmado pelas instâncias, mormente no acórdão recorrido.

Carlos Luís Medeiros de Carvalho