

Acórdãos STA**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo**

Processo: 01255/15
Data do Acórdão: 28-01-2016
Tribunal: 1 SECÇÃO
Relator: ANA PAULA PORTELA
Descritores: EXCLUSÃO DE PROPOSTAS
PREÇO
CUSTOS
CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Sumário:

I - A exclusão de uma proposta por violação do disposto na alínea f) do nº 2 do artigo 70º apenas se reporta a direitos e deveres que tenham a sua própria causa e dimensão jurídica no contrato a celebrar e não em qualquer outro título.

II - O facto de uma proposta refletir um preço que implicaria um custo inferior aos custos que derivam da aplicação de uma série de leis do trabalho não implica que, face ao teor da proposta, a entidade adjudicatária não vá cumprir qualquer legislação vigente e nomeadamente a referida legislação de trabalho.

III - A apresentação de uma proposta que insere medidas de apoio à contratação ainda não atribuídas e sem as quais o preço proposto é inferior ao custo mínimo que a prestação de serviços acarreta, não limita, só por si, o acesso de quem quer que seja à apresentação de propostas não se traduzindo em quaisquer acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência não violando, por isso, o princípio da concorrência.

Nº Convencional: JSTA000P20008
Nº do Documento: SA12016012801255
Data de Entrada: 23-11-2015
Recorrente: A....., SA
Recorrido 1: B....., SA
Votação: UNANIMIDADE
Aditamento:

▼ Texto Integral**Texto Integral:****I. RELATÓRIO**

1. B....., S.A. instaurou, no TAF de Sintra, ação administrativa de contencioso pré-contratual, contra o MINISTÉRIO DA ECONOMIA e C....., S.A. e A....., S.A., estas como contra-interessadas, pedindo a anulação da decisão de exclusão da sua proposta, anulação da decisão de adjudicação à C..... S.A. e à A..... S.A. e dos contratos com elas celebrados e condenação do Ministério da Economia a admitir a sua proposta, adjudicação de serviços e celebração dos contratos respeitantes aos lotes 1, 8, 11, 12 e 15.

2. Esta ação foi julgada improcedente por sentença de 30.09.2014 e após prolação de acórdão, em sede de reclamação para a conferência, que confirmou a sentença reclamada, foi interposto recurso para o TCAS, que, por acórdão de 23.07.2015, concedeu provimento parcial ao recurso e acordou em: *“conceder provimento ao presente recurso jurisdicional no que se reporta à exclusão das propostas apresentadas pela recorrente aos lotes 1, 11, 12 e 15 acima referidos e em revogar nessa parte o acórdão recorrido, que se mantém na restante parte, e em convidar as partes a acordarem a indemnização referida no artº 45º/1 do CPTA.”*

3. O MINISTÉRIO DA ECONOMIA e a contra-interessada, A....., S.A., inconformados, interpõem recurso para este STA, ao abrigo do art. 150º CPTA.

O MINISTÉRIO DA ECONOMIA alegou, concluindo:

“A) O presente recurso tem efeito suspensivo nos termos do disposto no n.º 1 do art. 143.º do CPTA.

B) O âmbito do presente recurso prende-se com a violação de lei substantiva, uma vez que o Tribunal a quo aplicou – incorretamente, segundo o nosso entendimento – o art. 70.º, n.º 2, alíneas f) e g) do Código dos Contratos Públicos (CCP), considerando que não é fundamento legal para a exclusão de uma proposta a circunstância de um concorrente justificar os preços propostos fazendo apelo às medidas de apoio à contratação previstas no Decreto-Lei n.º 89/95, de 6 de maio, e na portaria n.º 106/2013, de 14 de março, que lhe poderão ser ou não concedidas, e que a justificação dos preços fazendo apelo a tais medidas de apoio não concedidas não indicia o falseamento da concorrência.

C) O Tribunal Central Administrativo Sul pronunciou-se já em sentido diverso ao do acórdão recorrido, no Acórdão de 26/06/2015, proferido no processo n.º 12170/15, onde sumariamente se afirma que *«1. Incorre em violação dos princípios da concorrência, igualdade e imodificabilidade das propostas, devendo ser excluída, a proposta cujo preço incorpora um efeito redutivo fundado em benefício de medidas públicas de apoio ao emprego, previstas no DL 89/95 de 6.5 e Portaria 106/2013, de 14.3, cuja concessão o concorrente não demonstra»*.

D) Assim, num caso a atribuição das medidas de apoio à contratação é relevante, porque determina o preço proposto – e, não estando atribuídas, considera o TCA Sul falhar a consistência da declaração negocial (proposta) do proponente -, e noutro, no destes autos, não é, sendo a sua atribuição irrelevante por se entender que o risco corre pelo concorrente proponente que terá de executar o contrato de acordo com o preço proposto, sem que ocorra violação do

princípio da concorrência.

E) Resulta demonstrada a necessidade de uniformizar o direito pela mais alta instância da jurisdição administrativa, como prevê o art. 150.º do CPTA, esclarecendo-se a seguinte questão: Um concorrente, cuja proposta de preço apresentada seja inferior ao custo mínimo inerente à prestação de serviços que se pretende contratar, pode, atenta a definição de proposta (constante no art. 56.º do CCP) e as causas de exclusão das mesmas (previstas no art. 70.º do CCP), apresentar como justificação do preço apresentado o benefício de Medidas de Apoio à Contratação cuja concessão, para os profissionais a afetar ao serviço, ainda não esteja aprovada?

F) A problemática suscitada é relevante por estarem em causa os limites da formação do preço apresentado pelos concorrentes nos procedimentos concursais, problemática que se apresenta complexa, na medida em que em última análise uma proposta insuficiente para cobrir a totalidade dos custos inerentes à prestação a contratar poderá falsear as regras da concorrência, como entendeu o STA na apreciação preliminar de 16/06/2015, que admitiu a revista no processo n.º 0657/15.

G) Pelas razões expostas deve o presente recurso de revista ser admitido, não só porque a questão a resolver é suscetível de se repetir em inúmeros casos futuros, pelo que se reveste de importância fundamental, mas também porque a sua resolução é claramente necessária para uma melhor aplicação do direito.

H) No caso dos autos a razão que determinou a exclusão das propostas da Recorrida decorre de os preços delas constantes determinarem uma violação das vinculações legais e regulamentares aplicáveis, designadamente do Contrato Coletivo de Trabalho do setor e indiciarem a prática de atos suscetíveis de falsear a concorrência.

I) A Autora, ora Recorrida, não poderia considerar para efeitos de preço da sua proposta os apoios/incentivos à contratação (de pessoal) que ainda não haviam sido concedidos, conforme se afirma na Sentença proferida em primeira instância revogada pelo Acórdão ora recorrido.

J) Aliás, incentivos esses que nunca comprovou ter-se candidatado.

K) Na hipótese académica, de as medidas de apoio à contratação de pessoal lhe serem atribuídas — note-se que não o comprovou — aqueles incentivos têm um limite temporal e reportam-se a um número máximo de trabalhadores por empregador/entidade beneficiária, em conformidade com o

n.º 11 do artigo 3.º da Portaria n.º 106/2013, de 14 de março, pelo que, à partida, aquando da apresentação das propostas, a Recorrente jamais poderia garantir a prestação do serviço a que se propunha e, conseqüentemente, a boa execução do contrato, o que constitui o fim último do procedimento.

L) Estas condicionantes são obrigatoriamente impeditivas a que a Recorrida se propusesse executar todas as prestações de serviços para que apresentava proposta com recurso a trabalhadores contratados ao abrigo daquela medida de incentivo ao emprego, ao invés do que fez constar nas suas propostas.

M) Aliás, não demonstrou qualquer capacidade para só por si e sem a ajuda dos benefícios sociais de concessão incerta, que toma como certos, praticar os preços propostos sem preterir os encargos salariais e sociais a que se encontra legalmente vinculada.

N) Não estando concedidos os apoios à contratação, não poderá considerar-se o seu efeito redutivo, devendo a proposta ser excluída, de acordo com o previsto nas alíneas f) e g) do n.º 2 do art. 70.º do CCP, por se entender que o contrato a celebrar contraria efetivamente o bloco de legalidade em vigor, designadamente o disposto nas cláusulas 16.ª, 20.ª, 22.ª, 23.ª e 26.ª do CCT, no n.º 2 do artigo 131.º do Código do Trabalho, Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, no artigo 53.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema de Segurança Social e no artigo 65.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e indicia a prática de atos suscetíveis de falsear as regras da concorrência.

O) Pelas razões expostas requer-se a revogação do Acórdão recorrido, devendo ser mantidas as decisões de exclusão das propostas da Autora quanto aos Lotes 1, 11, 12 e 15. Termos em que se requer a Vs. Exas., Venerandos Juízes Conselheiros, que seja o presente recurso de revista admitido, ao qual deverá ser dado provimento, devendo ser anulado o Acórdão recorrido e, conseqüentemente, ser a ação julgada improcedente, com a correspondente manutenção das decisões de exclusão das propostas da Autora, ora Recorrida.

Assim se fará a habitual Justiça. ”

A....., S.A. alegou, concluindo:

“ Da admissibilidade do presente recurso de revista

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

- i. Atenta a definição de proposta (constante do artigo 56.º do CCP) e as causas de exclusão das mesmas (previstas no artigo 70.º, do CCP), os concorrentes podem fixar livremente os preços, apresentando preços abaixo dos custos inerentes à prestação de serviços que se pretende contratar?
- ii. Deve considerar-se um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71.º, n.º 2, e do artigo 70.º, n.º 2, al. e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço?
- iii. Deve considerar-se a adjudicação de uma proposta cujo preço não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70.º, n.º 2, al. f do CCP?
- iv. Um concorrente, cuja proposta de preço apresentada seja inferior ao custo mínimo inerente à prestação de serviços que se pretende contratar, pode, atenta a definição de proposta (constante do artigo 56.º do CCP) e as causas de exclusão das mesmas (previstas no artigo 70.º, do CCP), apresentar como justificação do preço apresentado o benefício de Medidas de Apoio à Contratação cuja concessão, para os profissionais a afectar ao serviço em causa, ainda não estejam aprovadas?

B) Cada uma destas questões, autonomamente considerada, revela-se de importância fundamental, quer pela sua relevância jurídica quer pela sua relevância social.

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

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

D) Ainda de uma forma global, socialmente, a matéria em

análise é, igualmente, de extrema relevância na medida em que está em causa uma das matérias que em termos de concorrência, e de relacionamento do Estado com os particulares, maior impacto tem — a contratação pública.

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

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

G) A relevância da questão anterior reflecte-se, necessariamente, nas segunda e terceira questões.

Efectivamente, saber se se deve considerar (i) um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71.º, n.º 2, e do artigo 70.º, n.º 2, al. e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço; e (ii) a adjudicação de uma proposta cujo preço não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70.º, n.º 2, al. O do CCP; reveste-se da mesma relevância que a de saber se os concorrentes podem propor preços inferiores ao custo inerente à prestação dos serviços.

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

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

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

J) A primeira questão à qual, no entender da Recorrente, cumpre dar resposta é a de saber se, atenta a definição de

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

K) Como aspecto prévio, note-se que, no presente caso, o Relatório Final que integra o acto impugnado considerou provado o seguinte: quanto aos lotes 1 e 11, a proposta de preço da Recorrida é inferior ao custo directo do trabalho com a prestação do serviço, sendo essa diferença justificada com o recurso a medidas de apoio à contratação; quanto aos lotes 12 e 15, a proposta de preço da Recorrida é inferior ao custo directo do trabalho com a prestação do serviço, sem que tenha sido apresentada qualquer justificação para esse facto (al. I) dos factos considerados provados). Ora, esses fundamentos constantes do Relatório Final não foram impugnados pela Autora, ora Recorrida, pelo que os mesmos mantêm-se válidos e eficazes (vide, por recente, o Acórdão do TCA Sul de 09/07/2015, proferido no âmbito do processo n.º 12111/15), como aliás não poderia deixar de ser na medida em que é a própria Autora, ora Recorrida, que o reconhece quer nas notas justificativas de preço apresentadas quer nos esclarecimentos prestados.

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

M) Em segundo lugar, a legislação nacional impõe a mesma conclusão. Apesar de a CRP consagrar a liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, da CRP), é a mesma

Constituição que limita essa liberdade, quer por referência a outras disposições da Constituição e da lei (ver n.º 1, do artigo 61.º, da CRP) quer por imposição, ao Estado, da incumbência de “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas” (artigo 81.º, al. f), da CRP).

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

a) Os contratos coletivos celebrados entre (i) a AES — Associação de Empresas de Segurança e outra e a FETESE — Federação dos Sindicatos da Indústria e Serviços e outros, com o texto publicado no Boletim do Trabalho e do Emprego (“BTE”), n.º 8, de 28 de fevereiro de 2011, mas já objeto de recente revisão global em 28 de julho de 2014, que foi publicada no BTE, n.º 32, de 29 de agosto de 2014; e entre (ii) as mesmas associações de empregadores e o STAD — Sindicato dos Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância e Limpeza, publicado no BTE, n.º 17, de 8 de maio de 2012, e cujos efeitos foram estendidos às relações de trabalho entre empregadores e, ou, trabalhadores não filiados nas associações de empregadores ou sindicais outorgantes daqueles contratos coletivos, pela Portaria n.º 131/2012, de 7 de maio;

b) Os artigos 44.º, 46.º e 53.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, com as alterações posteriormente introduzidas;

c) Os artigos 234.º e 269.º, n.º 2, do Código de Trabalho;

d) Os artigos 103.º e seguintes da Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro;

e) O artigo 3.º da Portaria n.º 1085/2009, de 11 de setembro; Os artigos 6.º, 7.º n.º 1, 8.º, n.º 1, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, 14.º, 18.º, 23.º, 26.º n.ºs 1 e 2, alíneas a), c), e), f) e g) e 33.º do Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de fevereiro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de novembro; e

g) O artigo 2.º, n.º 2, da Portaria n.º 131/2012, de 7 de maio.

O) O respeito por estas normas tem de ter, necessariamente, reflexos na contratação pública.

P) Finalmente, a própria jurisprudência nacional tem apontado no mesmo sentido (vide o Acórdão, de 2 de Junho de 2005, proferido no âmbito do processo n.º 00748/05 pelo Tribunal Central Administrativo do Sul, o Acórdão do Tribunal

Central Administrativo do Norte, de 19 de Julho de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 162/06.OBEPR, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 21 de Outubro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 6613/10, o Acórdão Tribunal Central Administrativo Norte, de 12 de Junho de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 02363/12.6BELSB Porto, e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 09/07/2015 proferido no âmbito do processo n.º 11994/15).

Q) Em face do exposto parece-nos evidente que todas as restrições à liberdade de iniciativa económica legalmente previstas têm de ser tidas em conta e respeitadas na elaboração de uma proposta. Caso assim não fosse, permitir-se-ia que a contratação pública existisse em violação dessas regras, distorcendo o mercado e estimulando, com o beneplácito (senão mesmo o incentivo) das entidades públicas, do Estado, a violação pelas empresas dos direitos dos trabalhadores e das obrigações tributárias (entre outras).

R) Assim, o Acórdão recorrido, ao entender que cada concorrente pode fixar livremente o preço que propõe num procedimento de contratação pública, ainda que em desrespeito pelos encargos sociais obrigatórios, interpretou e aplicou incorrectamente os artigos 61.º e 81.º, al. f) da CRP, os Contratos Colectivos de Trabalho, a Portaria n.º 131/2012, de 7 de maio, os artigos 44.º, 46.º e 53.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro, os artigos 234.º e 269.º, n.º 2, do Código de Trabalho, os artigos 103.º e seguintes da Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, o artigo 3.º da Portaria n.º 1085/2009, de 11 de setembro, os artigos 6.º, 7.º, n.º 1, 8.º, n.º 1, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, 14.º, 18.º, 23.º, 26.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a), c), e), f) e g) e 33.º do Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de fevereiro, republicado pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de novembro, o artigo 2.º, n.º 2, da Portaria n.º 131/2012, de 7 de maio, o artigo 56.º do CCP e o artigo 70.º, do CCP. Estas normas, conjuntamente consideradas, devem ser interpretadas no sentido de considerar que uma proposta apresentada no âmbito de um procedimento de contratação pública tem de ter em consideração, na formação do preço, os custos inerentes à prestação de serviços, não podendo o preço proposto ser inferior a estes.

Da apresentação de uma proposta de preço de valor inferior ao custo inerente aos custos do serviço a contratar como preço anormalmente baixo (nos termos e para os efeitos do artigo 71.º, n.º 2, e do artigo 70 n.º 2, al e), ambos do CCP).

S) A segunda questão à qual, no entender da Recorrente, cumpre dar resposta é a de saber se se deve considerar um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71.º, n.º 2, e do artigo 70.º, n.º 2, al. e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço.

T) Como aspecto prévio, note-se que, no presente caso, o Relatório Final que integra o acto impugnado considerou provado o seguinte: quanto aos lotes 1 e 11, a proposta de preço da Recorrida é inferior ao custo directo do trabalho com a prestação do serviço, sendo essa diferença justificada com o recurso a medidas de apoio à contratação; quanto aos lotes 12 e 15, a proposta de preço da Recorrida é inferior ao custo directo do trabalho com a prestação do serviço, sem que tenha sido apresentada qualquer justificação para esse facto (al. l) dos factos considerados provados). Ora, esses fundamentos constantes do Relatório Final não foram impugnados pela Autora, ora Recorrida, pelo que os mesmos mantêm-se válidos e eficazes (vide, por recente, o Acórdão do TCA Sul de 09/07/2015, proferido no âmbito do processo n.º 12111/15), como aliás não poderia deixar de ser na medida em que é a própria Autora, ora Recorrida, que o reconhece quer nas notas justificativas de preço apresentadas quer nos esclarecimentos prestados.

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

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

W) Assim, o regime do preço anormalmente baixo originado no Direito da União Europeia (e consagrado no artigo 55.º da Directiva 2004/18/CE) visa conciliar a tutela de três interesses contrapostos: por um lado, o interesse da entidade adjudicante em que seja adjudicada a proposta de preço mais baixo (obtendo assim as poupanças económicas que procura); por outro lado, o interesse público em que a execução do contrato seja afastada do risco do seu incumprimento ou do seu cumprimento defeituoso por força

da adjudicação de uma proposta de preço excessivamente baixo; por último, a tutela do mercado e da sã concorrência, garantindo aos demais operadores económicos que nele atuam a possibilidade de apresentarem propostas que, apesar de serem extremamente competitivas, cobrem integralmente os custos implicados na prestação do serviço (e ainda lhes permitem retirar uma adequada margem de lucro).

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

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

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

AA) Fazendo uso da liberdade que lhe foi conferida pelo legislador comunitário, o legislador nacional adotou no artigo 71.º do CCP um sistema misto, nos termos do qual o conceito de preço anormalmente baixo pode ser preenchido por uma de três vias: (a) por imposição legal, através da presunção de anomalia do preço quando este se situa abaixo dos limiares fixados nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo

71.º do CCP face ao preço base fixado no caderno de encargos; (b) por autolimitação da margem de livre apreciação da entidade adjudicante, através da fixação no programa do concurso de "um valor a partir do qual o preço total proposto é considerado anormalmente baixo" (cfr. n.º 2 do artigo 71.º do CCP); e (c) por decisão proferida pela entidade adjudicante, já depois de recebidas as propostas, assente num juízo de prognose ou valorativo sobre a falta de seriedade ou de congruência do preço à luz das circunstâncias individuais e concretas (cfr. o mesmo n.º 2 do artigo 71.º).

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

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

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

EE) A resposta a esta pergunta depende do preenchimento

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

FF) O exercício desse poder funcional, integrado que está na margem de livre apreciação administrativa, está sujeito a condicionantes (já não a determinantes) jurídicas, tais como o respeito pela competência subjetiva para o exercício desse poder-dever e a existência de habilitação legal para o exercício de poder discricionário, bem como aos limites imanescentes ou internos da margem de livre apreciação administrativa, a saber, a prossecução do interesse público que justificou a concessão do poder funcional pelo legislador e os demais princípios da atividade administrativa, os princípios da proteção das posições jurídicas subjetivas dos particulares, da justiça, da igualdade, da imparcialidade, da boa fé e da proporcionalidade (nas suas vertentes de adequação, necessidade e estrita proporcionalidade).

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

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

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

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

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

LL) Perante a existência de indícios de apresentação de uma proposta de preço abaixo de custo, a ponderação e harmonização dos princípios da sã concorrência e da tutela da execução integral e perfeita do contrato, por um lado, e da prossecução do interesse público financeiro, por outro, aqui destinada à maximização otimizada dos seus objetivos contraditórios, quando devidamente equacionadas à luz das circunstâncias do caso e dos princípios gerais da atividade

administrativa, apontam uma única opção ao decisor: a qualificação do preço proposto como anormalmente baixo e a sujeição dessa proposta a um contraditório direcionado suscetível de confirmar ou desmentir as razões que fundamentam a suspeita.

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

NN) Em face do exposto, resulta que a insuficiência do preço proposto para custear a globalidade das despesas inerentes à execução das obrigações abarcadas pelo objeto contratual constitui causa de exclusão da respetiva proposta e as propostas de preço abaixo de custo serão sempre juridicamente enquadráveis na figura do preço anormalmente baixo e excluídas à luz do disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP. Ao entender de forma diferente, o Acórdão recorrido interpretou e aplicou incorrectamente o mencionado preceito.

Da apresentação de uma proposta de preço de valor inferior ao inerente aos custos do serviço a contratar como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70.º, n.º 2, al. f), do CCP.

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

PP) Como aspecto prévio, note-se que e, no presente caso, o Relatório Final que integra o acto impugnado considerou provado o seguinte: quanto aos lotes 1 e 11, a proposta de

preço da Recorrida é inferior ao custo directo do trabalho com a prestação do serviço, sendo essa diferença justificada com o recurso a medidas de apoio à contratação; quanto aos lotes 12 e 15, a proposta de preço da Recorrida é inferior ao custo directo do trabalho com a prestação do serviço, sem que tenha sido apresentada qualquer justificação para esse facto (al. I) dos factos considerados provados). Ora, esses fundamentos constantes do Relatório Final não foram impugnados pela Autora, ora Recorrida, pelo que os mesmos mantêm-se válidos e eficazes (vide, por recente, o Acórdão do TCA Sul de 09/07/2015, proferido no âmbito do processo n.º 12111/15), como aliás não poderia deixar de ser na medida em que é a própria Autora, ora Recorrida, que o reconhece quer nas notas justificativas de preço apresentadas quer nos esclarecimentos prestados.

QQ) Sem prejuízo da cláusula de exclusão de propostas de preço abaixo de custo presente na alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, a entidade adjudicante pode mesmo ser dispensada de iniciar o procedimento de contraditório previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 71.º, destinado a confirmar ou a infirmar os indícios relativos à possível formação ilícita do preço proposto, nos casos em que a proposta analisada se subsuma na previsão da cláusula — autónoma e não confundível com a anterior — constante da alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º, do CCP.

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

SS) Tal solução não implica qualquer extravasação das atribuições de uma entidade adjudicante que não haja recebido responsabilidades específicas de fiscalização ou supervisão da conduta de entidades privadas nos âmbitos sociais ou laborais. É que o princípio da legalidade, com o conteúdo inerente ao modelo de Estado de Direito e acolhido pelo n.º 1 do artigo 266.º da Constituição, pelo n.º 1 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo e pelo artigo 286.º do CCP, englobando os subprincípios da preferência de

lei e da precedência de lei pressupõe a iniciativa da Administração Pública para adequar positivamente cada regulamento, ato, contrato ou operação material à normatividade que a parametriza, escolhendo, não uma das soluções compatíveis com a lei, mas — sem prejuízo da óbvia subsistência de uma margem de livre decisão nos casos em que a lei lhe confira — a solução que melhor se conforma com a lei.

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

UU) Se, por conseguinte, a entidade adjudicante confirma que o universo de obrigações a fixar pelo contrato cuja celebração se prepara para aceitar não pode ser cumprido sem violação da legalidade vigente — isto é: confirma que, em face do teor da proposta que tem em mãos, o contrato não pode ser celebrado sem que a execução das suas prestações dê origem a uma ilegalidade —, então, dando cumprimento ao disposto na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, é o próprio teor da proposta, de modo explícito ou através da apreciação conjugada dos elementos que dela constam, que contém o fundamento para concluir que “o contrato a celebrar implicaria a violação de [vinculações legais ou regulamentares aplicáveis]”, porque o universo de obrigações contratuais projetado na proposta foi configurado de tal forma que não pode ser executado sem desrespeito por tais vinculações.

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

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

Da impossibilidade de considerar medidas de apoio à contratação.

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

YY) Como aspecto prévio, note-se que, no presente caso, o Relatório Final que integra o acto impugnado considerou provado o seguinte: quanto aos lotes 1 e 11, a proposta de preço da Recorrida é inferior ao custo directo do trabalho com a prestação do serviço, sendo essa diferença justificada com o recurso a medidas de apoio à contratação; quanto aos lotes 12 e 15, a proposta de preço da Recorrida é inferior ao custo directo do trabalho com a prestação do serviço, sem que tenha sido apresentada qualquer justificação para esse facto (al. I) dos factos considerados provados). Ora, esses fundamentos constantes do Relatório Final não foram impugnados pela Autora, ora Recorrida, pelo que os mesmos mantêm-se válidos e eficazes (vide, por recente, o Acórdão do TCA Sul de 09/07/2015, proferido no âmbito do processo n.º 12111/15), como aliás não poderia deixar de ser na medida em que é a própria Autora, ora Recorrida, que o reconhece quer nas notas justificativas de preço apresentadas quer nos esclarecimentos prestados.

ZZ) É comum que as entidades que praticam preços inferiores aos custos que a prestação de serviços acarreta aleguem que os preços por si propostos não são ilegais, porque: (i) encerram condições para beneficiar das medidas de apoio à contratação previstas na legislação,

designadamente no Decreto-Lei n.º 89/95, de 6 de Maio e na Portaria n.º 106/2013, de 14 de Março; (ii) podem, por isso, deduzir esses benefícios aos custos que a prestação dos serviços determina; e (iii) não necessitam de comprovar a atribuição do benefício no momento de apresentação da proposta.

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

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

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

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

EEE) Fácil é concluir que a eliminação prática do tecido normativo das alíneas e), f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP — assim convertidas em letra morta — não é um efeito consentido pelo bloco de legalidade, pois nunca qualquer concorrente na mesma situação, foi impedido de recorrer a tais benefícios à contratação ou de os fazer refletir na sua proposta, apresentando preços mais competitivos, contanto

que a disponibilidade dos mesmos possa ser comprovada e que com a sua concessão não seja colocada em causa a concorrência.

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

GGG) A filosofia subjacente às normas da contratação pública não é a da “concorrência a qualquer preço” sem olhar aos meios utilizados pelos concorrentes para atingir o mais baixo preço proposto. Pois se assim não fosse não teria o Código plasmado as preocupações do legislador quanto ao cumprimento das obrigações legais e regulamentares ou quanto ao cumprimento dos ditames da legal concorrência plasmados, por exemplo, nas alíneas f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do Código.

HHH) Esta filosofia está implantada desde as primeiras diretivas sobre contratação pública. E foi em consonância com esta mesma filosofia que o legislador comunitário teve a preocupação de deixar expressa na Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, a relevância do cumprimento das obrigações sociais e laborais por parte dos concorrentes (parágrafos 37) e 40) do preâmbulo).

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

JJJ) É manifestamente insubsistente a alegação de que, na hipótese de ser adjudicada uma proposta cujo preço incorporasse uma (potencial) medida de incentivo à contratação, o risco da não concessão desse auxílio de Estado recairia na esfera jurídica do concorrente adjudicatário, que continuaria obrigada a cumprir as obrigações salariais e sociais, não obstante o incentivo à contratação não tivesse sido concedido. Pois, nessa hipótese, o adjudicatário estaria sempre em incumprimento legal: incorreria na violação das disposições legais e

regulamentares que fixam as obrigações salariais, sociais ou fiscais das inerentes à prestação do serviço objeto do contrato. E a entidade adjudicante estaria, em qualquer das hipóteses, a ser conivente com a prática de ilicitudes.

KKK) Portanto, a exigência de comprovação da concessão de medidas de apoio que permitam introduzir poupanças na formação do preço proposto é um requisito inteiramente justificável face àqueles que, já desde os primeiros ensinamentos de MARCELLO CAETANO e repetidos por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, se entendem ser os predicados insofismáveis de uma proposta apresentada num procedimento de formação de um contrato público/administrativo: a seriedade e a firmeza. (13 Cfr. MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, vol. I, 10.^a ed., pp. 559 e ss...)

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

MMM) O que é atributo (ou termo ou condição) da proposta é o preço, e, quanto a estes aspetos, a lei (e, em consequência, a entidade adjudicante) basta-se com uma mera declaração de vontade, nos termos predispostos pelo n.º 1 do artigo 56.º do CCP.

NNN) Em face do exposto, o Acórdão recorrido interpretou e aplicou incorrectamente os artigos 1.º, n.º 4, 56.º, 70.º, n.º 2, als. e) e f) e 71.º, n.º 2, todos do CCP, os quais impõem a exclusão de uma proposta que contemple, na formação do preço, medidas de apoio à contratação ainda não atribuídas e sem as quais o preço proposto é inferior ao custo mínimo que a prestação de serviços acarreta.

Do pedido formulado no presente Recurso

OOO) Na presente acção, a Autora, ora Recorrida, requer a anulação da exclusão das suas propostas para os lotes 1, 8, 11, 12 e 15 e, consequentemente, da adjudicação que ocorreu nos mesmos, tendo o Acórdão Recorrido concedido essa anulação quanto aos lotes 1, 11, 12 e 15. Ora, com o presente recurso, a Recorrente requer a revogação do Acórdão Recorrido e, consequentemente, a manutenção das decisões de exclusão das propostas da Autora quanto aos lotes 1, 11, 12 e 15 e, consequentemente, das decisões de adjudicação proferidas quanto aos referidos lotes.

NESTES TERMOS

Requer-se a Vs. Exas., ilustres Juízes Conselheiros, se

dignem admitir o presente recurso de revista e, em conferência, se dignem revogar o Acórdão recorrido e, consequentemente, julgar a Acção improcedente, determinando a manutenção das decisões de exclusão das propostas da Autora quanto aos lotes 1, 11, 12 e 15 e, consequentemente, das decisões de adjudicação proferidas quanto aos referidos lotes.”

4. B....., S.A. apresentou as suas contra-alegações, concluindo:

“ Do objecto da revista

I. Reconduzindo-se o objecto destes autos à apreciação da legalidade ou ilegalidade da decisão de exclusão da proposta da B....., e não tendo tal proposta sido excluída com fundamento na apresentação de preço anormalmente baixo, é irrelevante, para a procedência ou improcedência da acção, saber se “deve considerar-se um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71.º, n.º 2, e do artigo 70.º, n.º 2, al. e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço?

II. O recurso de revista não visa responder a questões teóricas que, atenta a matéria de facto julgada provada e os termos do Acórdão recorrido, não determinem a procedência ou improcedência da acção nem sejam susceptíveis de a influenciar, pelo que a segunda questão colocada pela A..... não é admissível.

III. Nos termos do artigo 636.º n.º 1 do CPC requer-se que o objecto do recurso seja ampliado à seguinte questão, na qual a B..... decaiu no Acórdão recorrido (fls. 11 do Acórdão): *“Existindo critério previamente fixado nas peças concursais para a apreciação de propostas que devam ser tidas como propostas que apresentam um preço anormalmente baixo (por fixação do preço base que permite a aplicação do critério legal estabelecido no artigo 71.º n.º 1 do CCP) pode ser solicitado ao concorrente que apresentou preço que, nos termos de tal limiar, não é considerado anormalmente baixo, que justifique o preço apresentado, demonstrando quais os custos que foram considerados na formação desse preço?”.*

IV. A questão colocada situa-se no âmbito da problemática dos limites da formação de preço a propor em procedimentos de contratação pública porquanto se visa saber se fora do regime do preço anormalmente baixo existem ou não limitações que devam condicionar a elaboração do preço e,

consequentemente, se pode ser imposto aos concorrentes que justifiquem um preço que não é qualificado como anormalmente baixo.

V. O Supremo Tribunal Administrativo já decidiu que as questões relacionadas com os limites da formação de preço são muito complexas e assumem forte importância jurídica e social (Acórdãos de 16-06-2015, processo 0657/15 e de 09-09-2015, processo 1021/15).

VI. A resposta à questão agora concretamente colocada é determinante porquanto condiciona os termos de formação das suas propostas e os termos em que tais propostas devem ser analisadas por entidade adjudicante/júri.

VII. Trata-se uma questão de complexidade superior ao comum pois convoca a interpretação e aplicação de diversos conceitos, preceitos e princípios jurídicos oriundos de várias fontes normativas, europeias e nacionais.

VIII. Já foi produzida jurisprudência pelos Tribunais Centrais Administrativos no sentido da inexistência de norma que imponha o modo de formação do preço e da liberdade de formação de preço pelos concorrentes limitada apenas pelo preço anormalmente baixo enquanto único “preço mínimo” legal (cfr. Acórdãos do TCA Norte de 19-06-2015, processo 1646/14.5BESNT, junto sob o documento n.º 1 e do TCA Sul de 29-01-2015, processo 11661/14)

IX. E os tribunais de primeira instância já decidiram, mesmo, que não pode ser solicitado esclarecimentos sobre um preço que não é qualificado como anormalmente baixo (cfr. sentenças juntas sob os Documentos n.º 3 a 5)

X. A questão colocada também se relaciona com o âmbito e os limites do princípio da estabilidade das regras concursais (pois visa-se saber se se, a entidade adjudicante, ao arrepio das regras a que se auto-vinculou, pode considerar suspeitos preços que como tal não eram por si classificados nas regras concursais e solicitar esclarecimentos sobre o mesmo) e com o âmbito e limites do artigo 72.º do CCP (pois visa-se saber se no âmbito dos esclarecimentos sobre a proposta se enquadram pedidos de justificação, decomposição e explicitação de preços), pelo que também sobre esta perspectiva assume complexidade e relevância jurídica e social.

XI. A questão suscitada na presente revista é susceptível de

se repetir num número elevado de casos futuros e já deu origem a jurisprudência contraditória, pelo que se impõe a intervenção clarificadora do Supremo Tribunal Administrativo para uma melhor aplicação do direito.

XII. Termos porque, preenchidos que estão os pressupostos previstos no Art.º 150º n.º 1 do CPTA, deverá ser admitida a ampliação do objecto da revista.

Dos fundamentos de revista

XIII. Tanto o direito comunitário como o direito nacional elegeram, como princípio geral enformador da contratação pública, o princípio da concorrência (considerando (2) da Directiva 2004/18, artigo 18 n.º 1 da Directiva 2014/24, artigo 83.º al. e) da CRP e artigo 1.º n.º 4 do CCP)

XIV. Tal princípio, interpretado em conformidade com a pré-existência do princípio geral de concorrência de direito europeu, tal como consagrado nos artigos 101.º a 109.º do TFUE e nos artigos 9.º e ss. da Lei 19/2012 exige que sejam eliminadas as práticas anti concorrenciais na contratação pública, de molde a que a concorrência no mercado da contratação pública não seja limitada, restringida ou distorcida (cfr. também, no âmbito da legislação nacional, o artigo 132.º n.º 4 do CCP).

XV. O princípio da concorrência determina, também, que o leque de oferta das entidades adjudicantes deve ser o maior possível, por forma a que os concorrentes optimizem as suas propostas e, assim, as entidades adjudicantes obtenham a melhor relação qualidade-preço possível, tudo por forma a assegurar-se outro dos objectivos da contratação pública, ou seja, uma melhor eficiência da despesa pública.

XVI. A promoção da concorrência nos procedimentos concursais é fundamental para promover a competitividade e a produtividade das empresas, para garantir o acesso às melhores condições económicas e para contribuir para uma eficiente afetação de recursos nos mercados (Recomendação da ACT de Setembro de 2015).

XVII. Em suma, o princípio da concorrência pressupõe que os operadores económicos concorrentes a procedimentos de contratação pública possam utilizar a sua experiência, a sua capacidade empreendedora, a sua valia e atributos empresariais, para avantajar as suas propostas, não podendo ser adoptadas práticas que, injustificadamente,

impeçam, limitem ou restrinjam tais liberdades.

XVIII. Todas concretas limitações que o legislador nacional ou o comunitário introduzam a tais liberdades devem por um lado, justificar-se em fundamentos de interesse público e, por outro lado, serem necessárias, adequadas e proporcionais à finalidade que se visa atingir (cfr. proposta de Recomendação da AdC de Setembro de 2015)

XIX. Também as políticas laborais, sociais e ambientais que os Estados-Membros procurem executar através da contratação pública não se podem sobrepor às exigências concorrenciais que constituem o objectivo primeiro daquele regime, pelo que apenas serão admissíveis se cumprirem os dois requisitos a que se aludiu na conclusão anterior.

XX. Não há na legislação comunitária e nacional qualquer disposição que delimite os termos em que o preço deva ser formado ou que imponha a decomposição do mesmo numa determinada estrutura fixa de custos (Acórdãos do TCAS de 29-01-2015, processo 11661/14 e do TCAN de 19-06-2015, processo 1646/14.5BESNT (AVR e Parecer de Mário Esteves de Oliveira).

XXI. Nada obriga o concorrente a organizar a sua gestão de custos de molde a imputar os custos com os trabalhadores nos preços dos contratos celebrados com os clientes aos quais esses trabalhadores serão afectos (Acórdãos do STA de 14-02-2013, processo 0912/12, do TCAS de 29-01-2015, processo 11661/14 e Parecer de Mário Esteves de Oliveira)

XXII. Já que é a totalidade das receitas obtidas pela empresa no cômputo geral da sua actividade (ou mesmo a totalidade do seu património) que deverá cobrir a totalidade das despesas geradas por essa actividade (Acórdão do STA de 14-02-2013, processo 0912/12, do TCAS de 29-01-2015, processo 11661/14).

XXIII. Assim, atento o princípio da liberdade de gestão empresarial cabe a cada concorrente construir e estruturar o preço que propõe, livremente, pelo que o preço proposto num dado contrato pode, simplesmente, espelhar a estratégia comercial do concorrente (Acórdãos do TCA Sul de 07-02-2013, processo n.º 09611/13 e de 29-01-2015, processo 11661/14, parecer de Mário Esteves de Oliveira)

XXIV. Tal estratégia pode, inclusivamente, levar a que um concorrente participe num dado procedimento de contratação

pública sem qualquer intuito lucrativo (Acórdãos do Tribunal de Justiça de 14-11-2013, processo C-388/12 e de 23-12-2009, processo C-305/08, do STA de 14-02-2013, processo 0912/12 e do TCA Sul de 29-01-2015, processo 11661/14 e de 12-12-2012, processo 08300/11)

XXV. A única limitação que o legislador comunitário e nacional estabeleceram à liberdade de formação de preços foi o preço anormalmente baixo, que é o único preço mínimo legal (Acórdãos do TCA Norte de 19-06-2015, processo 1646/14.5BESNT e do TCA Sul de 29-01-2015, processo 11661/14)

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

XXVII. A introdução de restrições adicionais à liberdade de formação de preço (designadamente através de uma imposição de prática de preços superiores aos custos laborais e sociais) constituiria uma barreira manifestamente falseadora e restritiva da concorrência e da liberdade comercial que impediria os agentes económicos mais eficazes de apresentar preços mais vantajosos, gerando uma subida artificial dos preços, com o inerente prejuízo para o interesse público (Acórdão do TCAS de 29-01-2015, processo 11661/14, Parecer Mário Esteves de Oliveira e Parecer de Nuno Ruiz).

XXVIII. Uma imposição de preços mínimos é suscetível de representar um significativo impacto no nível da concorrência que existiria na sua ausência, reduzindo os benefícios que as entidades adjudicantes, podem retirar de mercados concorrenciais e reduzindo os níveis de concorrência desejáveis entre os prestadores dos serviços (proposta de Recomendação da AdC de Setembro de 2015)

XXIX. Uma tal restrição do princípio da concorrência não estaria justificada em qualquer motivo de interesse público, designadamente, o interesse público em não contratar e não

efectuar pagamentos a entidades que não cumprem as suas obrigações laborais e sociais porquanto tal interesse já está devidamente assegurado pelo legislador nacional que estabelece que as entidades adjudicantes estão vinculadas a verificar se as entidades competentes declararam que o adjudicatário/co-contratante cumpre as suas obrigações retributivas e contributivas e não foi condenado pela prática de contra-ordenações laborais, quer na fase da adjudicação (artigos 55.º e 81.º n.º 1 al. b) do CCP), quer aquando da realização de cada pagamento (artigo 31.º-A do Decreto-Lei 155/92) (Acórdão do TCA Norte de 19-06-2015, processo 1646/14.5BESNT

XXX. Uma imposição de prática de preços superiores aos custos laborais e sociais também não seria adequada e proporcional ao objectivo de verificação do cumprimento das obrigações contributivas e retributivas porquanto o conteúdo dum contrato de prestação de serviços de vigilância e segurança humana não tem quaisquer implicações no que respeita às remunerações a que os trabalhadores da empresa de segurança privada legalmente têm direito, nem no que respeita às contribuições obrigatórias para a Segurança Social (Recomendação de Setembro de 2015 da AdC e Parecer de Mário Esteves de Oliveira).

XXXI. E, por outro lado, não é possível presumir o cumprimento ou incumprimento futuro das obrigações laborais e contributivos através da análise de preços, porquanto não é possível assumir que o operador que pratica preço superior aos custos retributivos e sociais o irá utilizar para pagar as retribuições e liquidar as contribuições ou que o operador que pratica preço inferior aos custos retributivos e sociais não irá cumprir as suas obrigações, utilizando outros proveitos da sua actividade ou outros elementos do seu património.

XXXII. Estando os interesses comunitário e nacionais em não aceitar propostas que não sejam sérias e credíveis e não celebrar contratos públicos com operadores que violem as obrigações laborais e sociais devidamente acautelados na legislação nacional inexiste qualquer fundamento que justifique a introdução de regras que restrinjam a concorrência, ao impor limitações (adicionais à do regime do preço anormalmente baixo) à liberdade de formação do preço, que, assim, não são necessárias, adequadas ou proporcionais.

XXXIII. Atento o supra exposto conclui-se, no que concerne à primeira questão formulada pela A....., qua nada impõe que o preço a propor numa prestação de serviços seja superior aos custos laborais e sociais e, no que concerne à terceira questão formulada pela A..... de que tal situação não integra a previsão da alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º e não viola nem esta última disposição, nem o direito comunitário, nem o Código do Trabalho, nem o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social, nem os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

XXXIV. Também se conclui pela improcedência da segunda questão colocada pela A..... no sentido de que deve ser considerado anormalmente baixo o preço que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos com o trabalho.

XXXV. Com efeito, no que concerne às preocupações comunitárias e nacionais com as problemáticas do risco da degradação das propostas e da necessidade de acautelamento do cumprimento das obrigações laborais e sociais remete-se para o referido nas conclusões XIII a XXXII no sentido de que os mesmos estão devidamente assegurados pelo legislador nacional.

XXXVI. No que concerne à interpretação dita extensiva que a A..... efectua do artigo 71.º n.º 2 do CCP para obter aquele entendimento, diga-se que tal interpretação viola a letra da lei, que claramente apenas abrange naquela disposição as situações em que as peças concursais não fixam o que se deva entender por preço anormalmente baixo.

XXXVII. O entendimento de que mesmo nas situações enquadráveis no n.º 1 do artigo 71.º é possível, na fase de apreciação de propostas, serem consideradas anormalmente baixos preços que ficam acima de tal limiar viola, também, a ratio da norma, ao permitir que, ao arrepio do princípio da estabilidade das regras concursais, a entidade adjudicante possa, após a abertura das propostas, alterar as regras que ela mesma delineou nos documentos concursais e às quais se vinculou, e considerar como anormalmente baixos preços que como tal não estavam qualificados nos documentos concursais.

XXXVIII. A jurisprudência Lombardini não é aplicável a este caso porquanto aí não se discutia se as entidades adjudicantes, para além do critério positivamente fixado na

legislação nacional, podiam atender a outros critérios para considerar um preço anormalmente baixo.

XXXIX. O decidido nesse Acórdão (em que estava em causa uma disposição nacional que estabelecia um limiar de anomalia baseado na média dos preços das propostas, que, por isso, era desconhecido pela entidade adjudicante na fase de apresentação das propostas e que corria o risco de ser falseado e em que as instâncias comunitárias admitiram que, nessas situações, e atentos esses riscos, a entidade adjudicante pudesse reconsiderar o critério adoptado) não é extrapolável para as situações que se enquadrem na previsão do artigo 71.º n.º 1 do CCP porquanto nestas o valor do preço anormalmente baixo é absolutamente certo e determinado e não corre o risco de ser influenciado ou falseado pelos concorrentes.

XL. Concluindo-se pela total ilegalidade da interpretação “extensiva” do artigo 71.º n.º 1 preconizada pela A.....

XLI. Por outro lado, os termos em que a A..... defende que o juízo de anormalidade do preço seja efectuado (conclusão HH) das alegações da A.....) (e que, no presente caso, também foram considerados pelo Ministério da Economia, ao aludir à Recomendação da ACT – alínea F) dos Factos Assentes) são, também, marcadamente ilegais porquanto pretende impor-se às entidades adjudicantes que para fixação do limiar do preço anormalmente baixo considerem não apenas aos custos com o trabalho estabelecidos na lei mas também aos valores médios dos “outros custos relacionados com o trabalho” tal como divulgados pelos parceiros sociais e pelas entidades reguladoras das condições de trabalho.

XLII. Tais custos não têm qualquer valor mínimo fixado na lei que se imponha a todos os operadores, são custos, variáveis, que dependem de inúmeros factores ligados à capacidade de gestão, comercial e negocial dos concorrentes.

XLIII. Quanto a tais custos não pode ser imposto a qualquer operador que suporte um determinado valor ou que utilize uma dada fórmula para calcular esses custos, designadamente, as constantes da recomendação da ACT que não tem qualquer valor vinculativo (Acórdão do TCA Norte de 06-12-2013, processo 02363/12.6BELSB).

XLIV. Aliás, a Recomendação da ACT, tal como emitida,

constitui intromissão nos critérios de gestão e na capacidade negocial e organizativa das empresas e introduz uma forma inadmissível de fixação de preços mínimos (tendo a AdC, em Setembro de 2015, emitido proposta de recomendação de revogação da Recomendação da ACT – cfr. também Parecer de Nuno Ruiz).

XLV. Conclui-se pela improcedência da segunda questão colocada pela A.....

XLVI. Inerente a tal questão sobre o âmbito do preço anormalmente baixo está a questão relativamente à qual se solicitou a ampliação do objecto da presente revista.

XLVII. A exigência de justificação de um preço que, por aplicação do critério do artigo 71.º n.º 1 do CCP não é considerado anormalmente baixo não tem cabimento legal porquanto, como referido nas conclusões XXXV a XXXVII tal traduz-se numa violação do princípio da estabilidade das regras concursais e a tal não subjaz qualquer interesse atendível porquanto os objectivos do legislador comunitário com a instituição do regime do preço anormalmente baixo (evitar a apresentação de propostas não sérias e credíveis e o risco de incumprimento das obrigações sociais e contributivas) estão assegurados pelo legislador nacional.

XLVIII. Tal exigência não tem enquadramento no artigo 72.º do CCP porquanto a entidade adjudicante/júri ao solicitar a um concorrente que demonstre como calculou o preço que propôs, dilucidando quais os custos que considerou na construção do mesmo, não está a solicitar ao concorrente que esclareça algo que esteja contido na sua proposta mas de modo pouco claro.

XLIX. Tal exigência constitui também imposição de divulgação de segredos de negócios e de informações estratégicas, pois obriga os concorrentes a explicarem a estratégia concorrencial que adoptam na formação de preços e imputação de custos (Parágrafo 86 das Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado, Parecer de Mário Esteves de Oliveira e Parecer de Nuno Ruiz)

L. Mais se diga que uma excessiva transparência diminui a eficácia do próprio procedimento de contratação por reduzir a concorrência entre os concorrentes já que divulgação de informações comerciais sensíveis facilita a concertação de preços no mercado e a formação e a implementação de

cartéis.

LI. Concretamente, uma prática, seja qual for a sua forma, da qual resulte a possibilidade de obtenção de dados individualizados sobre as intenções em matéria de preços (o que se verifica com a divulgação, por todos os concorrentes, da nota justificativa de preços aos demais), é, pela sua própria natureza, prejudicial ao normal e correcto funcionamento da concorrência (deliberação da AdC de 16 de Dezembro de 2008, proferida no PRC 26/05 e Parecer de Nuno Ruiz)

LII. O mecanismo previsto no artigo 66.º do CCP não obsta a tais efeitos porque a classificação dos documentos não é automática, estando dependente de prévia decisão da entidade adjudicante.

LIII. Concluindo-se que, existindo critério normativo previamente fixado nas peças concursais para a apreciação de propostas que devam ser tidas como propostas que apresentam um preço anormalmente baixo (por fixação do preço base que permite a aplicação do critério legal estabelecido no artigo 71.º n.º 1 do CCP) não pode ser solicitado ao concorrente que apresentou preço que, nos termos de tal limiar, não é considerado anormalmente baixo, que justifique o preço apresentado, demonstrando quais os custos que foram considerados na formação desse preço.

LIV. No que concerne à possibilidade de recurso a medidas de apoio à contratação diga-se que, em termos gerais, impedir os concorrentes susceptíveis de beneficiar de certas condições que reduzem os custos de reflectir tais condições no preço proposto e de, assim, reduzir os benefícios que as entidades adjudicantes podem retirar dos mercados concorrenciais proposto traduzir-se-ia numa violação grosseira do princípio da concorrência e da liberdade comercial.

LV. Para que uma dada vantagem consubstancie um auxílio de Estado é necessário que favoreça certas empresas relativamente a outras empresas que se encontram numa situação factual e jurídica comparável à luz do objetivo prosseguido pela medida em causa e que não tenham justificação na natureza ou economia geral do sistema em que se insere (Acórdão do Tribunal de Justiça de 8-11-2011, processo C-143/99 e Parecer de Nuno Ruiz)

LVI. As medidas de apoio à contratação visam combater o

desemprego, são medidas gerais aplicáveis a todo o território nacional, a todos os sectores de actividade e a todas as empresas, não se destinam a auxiliar estes ou aqueles empregadores em função do sector em que actuam ou da actividade que exercem, pelo que não têm carácter selectivo, nem afectam nem distorcem a concorrência nem consubstanciam auxílios de Estado (Acórdãos do TCA Norte de 19 de Julho de 2015, do TCA Sul de 20-03-2014, processo 10857/14 e de 07-02-2013, processo n.º 09611/13). Parecer de Nuno Ruiz)

LVII. A jurisprudência comunitária admite, inclusivamente, que não viola o princípio da concorrência e da igualdade a possibilidade de concorrerem entidades beneficiárias de certas subvenções que lhes permitem fazer ofertas a preços sensivelmente inferiores aos dos demais concorrentes não subvencionados, sendo tal compatível com a Directiva 2004/18/CE (Acórdãos de 23-12-2009, processo C-305/08 e de 7-12-2000 - Processo C-94/99).

LVIII. Mais se diga que como as medidas de apoio à contratação fomentam a inclusão no mercado de trabalho desempregados de longa duração e jovens à procura do primeiro emprego as mesmas contribuem para a realização dos objectivos comunitários de sustentabilidade social.

LIX. Careceria de toda e qualquer justificação que o Estado, por um lado, criasse incentivos legais à contratação para combater o desemprego, motivando as empresas para a criação de novos empregos que permitam a inserção de jovens ou de desempregados de longa duração na vida activa e, por outro lado, que excluísse do procedimento de contratação pública empresa que, precisamente, responde à solicitação do Estado recorrendo a tais incentivos, fazendo-os reflectir na sua proposta.

LX. Não é verdade que a concessão dos benefícios seja de verificação incerta ou hipotética já que a decisão é vinculada e dependente de pressupostos objectivos cuja verificação é controlável.

LXI. Desde que a empresa cumpra os requisitos legalmente exigidos, o Estado tem que conceder as medidas, não podendo optar por não as conceder, ou só as conceder àquela ou a esta empresa com base num juízo discricionário.

LXII. Também não é verdade que a proposta na qual se considere valor referente a medidas de apoio à contratação

ainda não concedidas seja uma proposta apresentada sob condição porquanto o concorrente (concretamente, a B.....) não declarou que o preço proposto apenas produziria efeitos caso os incentivos à contratação fossem concedidos.

LXIII. A B..... declarou de forma séria, clara e firme que iria praticar o preço de 1.365.316,00, assumindo o respectivo compromisso e será (sempre e em qualquer caso) esse o preço que a B..... irá cobrar.

LXIV. Se, porventura, os incentivos não vierem a ser concedidos, o preço praticado pela B..... não sofrerá qualquer modificação ou alteração, simplesmente, nessa caso, a B..... estará obrigada a praticar o preço de 1.365.316,00€ e a pagar a taxa social única ou a retribuição do trabalhador por inteiro (Acórdão do TCAS de 23-07-2015, processo 11995/15 e parecer de Mário Esteves de Oliveira)

LXV. Sendo que, repete-se, da assunção desse risco não deriva qualquer ilegalidade, porquanto não é o preço a cobrar pela execução de um contrato que deve assegurar o pagamento das despesas inerentes ao mesmo, não tendo o contrato qualquer influência na necessidade de cumprir as obrigações legais (Acórdãos do STA de 14-02-2013, processo 0912/12 e do TCA Sul de 29-01-2015, processo 11661/14 e Parecer de Mário Esteves de Oliveira).

LXVI. A exigência imposta de que – para repercussão no preço - as medidas estejam já concedidas à data da apresentação da proposta não tem enquadramento legal e viola o Art.º 56º n.º 1 do CCP porquanto o CCP não exige que, ao assumir o compromisso de contratar, o concorrente disponha dos meios a afectar à prestação de serviço, caso a mesma lhe venha a ser adjudicada.

LXVII. A proposta da B....., nas condições em que foi apresentada, é certa, segura e idónea.

LXVIII. O preço proposto nesses termos não constitui “um atributo variável” mas sim num atributo certo, firme e invariável, que, consequentemente, pode ser comparado com os demais.

LXIX. Em suma, a exclusão de uma proposta por a mesma considerar no preço proposto medidas de apoio à contratação legalmente previstas constitui violação do princípio da concorrência porquanto se está a impedir o

acesso ao procedimento de quem é susceptível de beneficiar de um incentivo legal e de, assim, reduzir os seus custos com pessoal, apresentando, por via que a própria lei prevê e permite, um preço mais competitivo.

LXX. Concluindo-se que a proposta na qual é apresentado preço formado com recurso a valor correspondente a medidas de apoio à contratação a que o concorrente irá recorrer é uma declaração contratual firme e séria, que não viola o artigo 56.º do CCP, nem integra a previsão das alíneas c) ou f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

LXXI. No caso concreto, (i) os preços propostos pela B..... não são anormalmente baixos pelo que o Júri não podia ter solicitado esclarecimentos justificativos; (ii) tais esclarecimentos poderiam ter sido utilizados para qualquer efeito, designadamente para excluir a proposta da B..... (iii) a proposta da B..... não é inferior aos encargos que teria que suportar com a execução deste contrato porquanto foram consideradas medidas de apoio à contratação que lhe permitem uma redução de custos com os salários e com a segurança social, o que é legal, independentemente de as medidas já terem sido concedidas ou não

LXXII. Pelo que deve ser mantido o Acórdão Recorrido, com o que se fará Justiça!”

5. A revista foi admitida em 29.10.2015, por acórdão proferido pela Formação deste STA a que alude o nº5 do artº 150º do CPTA, nos termos seguintes:

“ ...1.5. É desse acórdão que o Ministério da Economia e a contra interessada vêm, ao abrigo do artigo 150.º do CPTA, interpor recursos de revista.

Aquela última submete à apreciação deste Tribunal as seguintes questões:

«i. Atenta a definição de proposta (constante do artigo 56.º do CCP) e as causas de exclusão das mesmas (previstas no artigo 70.º, do CCP), os concorrentes podem fixar livremente os preços, apresentando preços abaixo dos custos inerentes à prestação de serviços que se pretende contratar?

ii. Deve considerar-se um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71.º, n.º 2, e do artigo 70.º, n.º 2, al. e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço?

iii. Deve considerar-se a adjudicação de uma proposta cujo preço

não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70.º, n.º 2, al. f) do CCP?

iv. Um concorrente, cuja proposta de preço apresentada seja inferior ao custo mínimo inerente à prestação de serviços que se pretende contratar, pode, atenta a definição de proposta (constante do artigo 56.º do CCP) e as causas de exclusão das mesmas (previstas no artigo 70.º, do CCP), apresentar como justificação do preço apresentado o benefício de Medidas de Apoio à Contratação cuja concessão, para os profissionais a afectar ao serviço em causa, ainda não estejam aprovadas?».

Advoga que cada uma das questões, autonomamente considerada, é relevante tanto numa perspectiva jurídica como social.

Concretiza, alegando que as questões colocadas, numa perspectiva jurídica, são relevantes, para saber «(i) se um determinado concorrente pode apresentar o preço que entender mesmo que isso impossibilite que o preço assim cobrado não seja suficiente para cobrir os custos com a prestação de serviços objecto do procedimento; e (ii) se a distorção da concorrência daí resultante é compatível com as normas que regem a contratação pública.» (conclusão B)).

Numa perspectiva social justifica a admissão da revista, por as questões suscitadas poderem vir a colocar-se num indeterminado número de casos no âmbito da contratação pública.

O recorrente Ministério da Economia sustenta também a relevância da problemática em causa, salientando a possibilidade de reiteração da litigiosidade inerente.

1.6. A Autora pugna, também, pela admissão da revista, pretendendo a ampliação do recurso à seguinte questão: «Existindo critério previamente fixado nas peças concursais para a apreciação de propostas que devam ser tidas como propostas que apresentam preço anormalmente baixo (por fixação do preço base que permite a aplicação do critério legal estabelecido no artigo 71.º n.º 1 do CCP) pode ser solicitado ao concorrente que apresentou preço que, nos termos de tal limiar, não é considerado anormalmente baixo, que justifique o preço apresentado, demonstrando quais os custos que foram considerados na formação desse preço?».

Cumpre apreciar e decidir.

2.1. Tem-se em atenção a matéria de facto considerada no acórdão recorrido.

2.2. O artigo 150.º, n.º 1, do CPTA prevê que das decisões proferidas em 2ª instância pelo Tribunal Central Administrativo possa haver, «excepcionalmente», recurso de revista para o Supremo

Tribunal Administrativo «quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental» ou «quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito».

A jurisprudência deste STA, interpretando o comando legal, tem reiteradamente sublinhado, como as partes reconhecem, a excepcionalidade deste recurso, referindo que o mesmo só pode ser admitido nos estritos limites fixados neste preceito. Trata-se, efectivamente, não de um recurso ordinário de revista, mas antes, como de resto o legislador cuidou de sublinhar na Exposição de Motivos das Propostas de Lei n.ºs 92/VIII e 93/VIII, de uma «válvula de segurança do sistema» que apenas deve ser accionada naqueles precisos termos.

2.3. Recorda-se as questões que alegadamente justificam a admissão da revista, na óptica dos recorrentes:

«i. Atenta a definição de proposta (constante do artigo 56.º do CCP) e as causas de exclusão das mesmas (previstas no artigo 70.º, do CCP), os concorrentes podem fixar livremente os preços, apresentando preços abaixo dos custos inerentes à prestação de serviços que se pretende contratar?

ii. Deve considerar-se um preço anormalmente baixo, nos termos e para os efeitos do artigo 71.º, n.º 2, e do artigo 70.º, n.º 2, al. e), ambos do CCP, aquele que não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço?

iii. Deve considerar-se a adjudicação de uma proposta cujo preço não permite ao adjudicatário suportar os custos mínimos inerentes à prestação do serviço como evidência de que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares, nos termos e para os efeitos do artigo 70.º, n.º 2, al. f) do CCP?

iv. Quando um concorrente se encontre legalmente dispensado de suportar determinados custos, encontra-se o mesmo obrigado, atenta a definição de proposta (constante do artigo 56.º do CCP) e as causas de exclusão das mesmas (previstas no artigo 70.º, do CCP), a demonstrá-lo perante o Júri do procedimento quando apresenta uma proposta?

v. Um concorrente, cuja proposta de preço apresentada seja inferior ao custo mínimo inerente à prestação de serviços que se pretende contratar, pode, atenta a definição de proposta (constante do artigo 56.º do CCP) e as causas de exclusão das mesmas (previstas no artigo 70.º, do CCP), apresentar como justificação do preço apresentado o benefício de Medidas de Apoio à Contratação cuja concessão, para os profissionais a afectar ao serviço em causa, ainda não estejam aprovadas?».

E, como se viu, também a recorrida sustenta a admissão, para outra questão.

No caso presente, a recorrida concorreu ao concurso acima identificado tendo apresentado propostas de preço, relativamente aos diferentes lotes, tomando em consideração medidas de apoio à contratação, ainda não aprovadas.

Na base do litígio está a problemática respeitante à formação do preço apresentado pelos concorrentes, avultando o que refere à consideração das medidas de apoio à contratação previstas no Decreto-Lei n.º 89/95, de 06/05 e na Portaria n.º 106/2013, de 14/03 (revogada pela portaria n.º 149-A/2014, de 24/06).

Muito próximo desta mesma problemática esteve o caso submetido a esta Formação no processo n.º 657/15, em cujo acórdão, de 16/06/2015, se ponderou que «independentemente de se saber se as questões que a recorrente pretende ver apreciadas podem ser autonomizadas nos termos indicados, e se as mesmas são cognoscíveis com o alcance pretendido, o certo é que a problemática suscitada é relevante por estar em causa os limites da formação do preço apresentado pelos concorrentes nos procedimentos concursais».

Também no processo n.º 01021/15, pelo acórdão de 09/09/2015, se admitiu revista, estando em discussão, entre o mais, apresentação de proposta de preço, tomando em consideração medidas de apoio à contratação, ainda não aprovadas.

Trata-se de problemática que se apresenta, enquanto tal, como muito complexa, assumindo forte importância jurídica e social, havendo, como os casos indicados atestam, possibilidade de reiteração. Essa problemática justifica, por si só, a admissão da revista, estando a ela coligadas as demais questões suscitadas.

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

6. Notificado o EMMP, ao abrigo dos art.s 146º, nº 2 e 147º, nº 2, CPTA, não foi emitido qualquer parecer.

*

II. FUNDAMENTAÇÃO

O acórdão recorrido deu por reproduzida a matéria de facto fixada no tribunal a quo, constante de fls. 1206 a 1215 dos autos, e que aqui se transcreve:

A) O Ministério da Economia através da sua Secretaria-Geral, lançou o Procedimento nº AQ/13/VS/2010, ao abrigo do Acordo Quadro celebrado pela Agência Nacional de Compras (hoje Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, IP) para “aquisição de serviços de vigilância e segurança” para os organismos do ME referidos no Anexos I do Convite para a apresentação de propostas –

cf. doc. 1 junto à petição inicial;

B) No sobredito Convite pode ler-se designadamente o seguinte:

*“ *...6. CARACTERIZAÇÃO DE LOTES PARA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS*

a) O procedimento está organizado por lotes. Cada lote corresponde a instalações de organismos do Ministério da Economia (ME), cujas moradas se encontram mencionadas no Anexo II;

b) A adjudicação será efectuada por lote, cuja caracterização é a seguinte:

Tipologia 1 – Prestação de Serviços de Vigilância e segurança humana

Lote 1: Instalações da Direcção Regional da Economia do Norte

Lote 2: Instalações da Direcção-Geral do Consumidor

Lote 3: Instalações da Direcção-Geral de Energia e Geologia

Lote 4: Instalações da Direcção Regional da Economia de Lisboa e Vale do Tejo

(...) Lote 8: Instalações do Laboratório Nacional de Engenharia Civil

Tipologia 2 – Prestação de serviços de ligação a central de recepção e monitorização de alarmes (...)

Tipologia 3 – Prestação de serviços combinados de vigilância e segurança humana e de ligação a central de recepção e monitorização de alarmes (...)

Lote 11: Instalações da Secretaria-Geral

Lote 12: Instalações do Instituto Nacional de Aviação Civil (...)

Lote 15: Instalações do Instituto da Construção e do Imobiliário (...)

7. CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE SINTRA

Proc. nº 283/14.9BESNT (Processo de contencioso pré-contratual)
10

a) O critério de adjudicação será o da proposta com o mais baixo preço por lote.

b) Em caso de empate, será escolhida, pela ordem abaixo indicada

i. Menor valor hora/diurno;

*ii. Menor valor hora/nocturno**iii. Plataforma submetida em primeiro lugar na plataforma electrónica.***8. DOCUMENTOS DA PROPOSTA****2. Documentos que terão de acompanhar obrigatoriamente a proposta***a) Quadro do Anexo II devidamente preenchido;**b) Quadro do Anexo III;**c) Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos (do concurso da ANCP que deu origem ao Acordo Quadro AQ 13) elaborada nos termos do modelo constante do Anexo V.***3. Elementos a indicar obrigatoriamente na proposta***a) Valor hora/h;**b) Valor mensal por lote;**c) Valor anual para o ano de 2014 (de acordo com o início previsível do contrato)**d) Preço total da proposta (...)***11. PRAZO DE EXECUÇÃO***a) Os contratos iniciarão nas datas constantes do anexo II;**b) O contrato vigorará até 31 de Dezembro de 2014, independentemente da data do seu início (...)***13. ANÁLISE E EXCLUSÃO DAS PROPOSTAS****Serão excluídas as propostas***a) Que não apresentem todos os preços/hora constantes nos Quadros do Anexo II;**b) Que não apresentem todos os preços/hora constantes nos Quadros do Anexo III;**c) Que apresente preços superiores aos referidos no Acordo Quadro ANCP nº AQ/13/VS/2010;***C) O Preço base total do procedimento é de €1.695.624,24, correspondente aos preços base por lote (destacando-se):****Lote 1: €83.701,80****Lote 8: €278.717,40**

Lote 11: €196.349,32;

Lote 12: €140.000,00

Lote 15: €138.971,52 – cf. doc. 1 junto à p.i. (convite);

D) A Autora apresentou a sua proposta que constitui o doc. 2 junto à p.i, cujo teor se dá por integralmente reproduzido; destacando-se sendo que para o lote 1- propôs o preço total de € 64.782,60 (sendo €5.398,55, para a prestação do seu serviço de 24h/TDA); para o Lote 11 propôs o preço total de €149.128,44 (sendo €5.389,64, para a prestação de serviços 24 h/TDA); Para o lote 12 propôs o preço total de € 130.090,80 (sendo de €5.398,55, para a prestação do seu serviço de 24h/TDA); para o Lote 15 apresentou o preço total de €97.999,84 (sendo de €5.529,08 para a Vigilância 24 h/TDA);

E) Além da Autora, apresentaram proposta as contra-interessadas: D....., Lda; E..... Lda; F..... S.A.; A..... S.A.; G....., S.A; C....., S.A. – cf. Respectivas propostas no processo administrativo apenso, cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

F) Com data de 16 de Dezembro de 2013, (ACTA nº 3) considerando que os preços mensais propostos pelas concorrentes B....., C....., H....., A....., G..... e F..... para alguns dos lotes eram inferiores ao preço mínimo mensal de €6.019,68, constante da Recomendação da Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), o júri deliberou notificar essas concorrentes *“para virem justificar os valores supra referidos apresentados nos citados lotes, mediante a demonstração matemática da decomposição do respectivo valor mensal, até às 12h00, do dia 18 de Dezembro de 2013 ”* – cf. doc. 3 junto à petição inicial, cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

G) A B..... prestou os esclarecimentos constantes do doc. 4 junto à p.i., cujo teor se dá por integralmente reproduzido, referindo designadamente que (i) o valor que resulta da recomendação da ACT não traduz qualquer custo mínimo legal e obrigatório dos serviços de vigilância humana; (ii) as peças concursais não estabelecem qualquer obrigatoriedade de os preços apresentados pelos concorrentes serem iguais ou superiores aos que resultam da recomendação da ACT, apenas estabelecendo o preço base (cláusula 5ª), pelo que apenas podem ser excluídas as propostas que apresentem preço anormalmente baixo

(desde que verificados os condicionalismos do artigo 70º, nº 2, al. e) do CCP, ou preço superior ao preço base (artigo 70º, nº 2, al. d) do CCP); (iii) o preço por si proposto tem em consideração as medidas de apoio à contratação prevista no Decreto-Lei nº 89/95, de 6 de Maio, na Portaria nº 106/2013, de 14 de Março;

H) No Relatório Preliminar, elaborado em 19 de Dezembro de 2013, o Júri do Procedimento deliberou, designadamente que:

“(...) Face aos esclarecimentos prestados, o júri conclui que:

- Todos os valores apresentados pelos concorrentes respeitam os custos mínimos directos com o trabalho;

- O valor indicado na recomendação da ACT não tem contempladas as alterações introduzidas pela Lei 23/2012, de 25 de Junho, nomeadamente a diminuição do número de feriados, por ano e consequente redução da remuneração do trabalho prestado nesses dias;

Nestes termos, o júri considera que não pode concluir pela existência de ilegalidades de dumping social ou concorrência desleal, tendo deliberado não excluir nenhuma das propostas com esse fundamento.”

Mais deliberou:

- excluir a proposta da H..... nos lotes 1, 15, 16 e 17;
- excluir a proposta da F..... nos lotes 8 e 9;
- Excluir a proposta do D..... nos lotes 12 e 15;
- Excluir a proposta da G..... no lote 16;
- Admitir as restantes propostas e proceder à sua ordenação; tendo ordenado a B..... nos lotes 1, 13, 14 e 15 – cf. doc. 5 junto à p.i., cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

I) No dia 6 de Janeiro de 2014, o júri emitiu o primeiro Relatório Final, tendo deliberado propor a exclusão da proposta do B..... nos lotes 1, 8, 11, 12 e 15 ao abrigo do disposto na alínea f) do nº 2 do art. 70º do CCP, destacando-se o seguinte:

“(...) Lote 1 - Conforme é esmiuçado pela C..... na sua pronúncia, a B....., quando solicitada a discriminar os preços apresentados na sua proposta, indica como custo mínimo relacionado com o trabalho o valor mensal de € 5.227,44 para a prestação de serviços de 24h/TDA, mais reconhecendo que ainda

terá de suportar o encargo mensal de € 618,92 com outros custos relacionados com o trabalho. Assim, mesmo sem considerar qualquer lucro para a sua atividade, indica a B..... que a prestação de serviço a que se propõe terá um encargo mensal mínimo de € 5.846,37.

No entanto, propôs a B..... para o Lote 1 o preço de € 5.398,55 para a prestação de serviços de 24h/TDA, o que corresponde a menos € 447,82 do que aquele que será o seu encargo.

Justificou a B..... este preço com a candidatura às "Medidas de apoio à contratação" previstas no Decreto-Lei n.º 89/95, de 6 de maio, e na Portaria n.º 106/2013, de 14 de março, não tendo, no entanto, junto qualquer documento comprovativo que tal apoio lhe tivesse sido concedido, ou mesmo demonstrado que preenche os critérios de elegibilidade e que apresentou candidatura a tal medida.

Importa saber se a proposta apresentada pela concorrente B..... nestes termos viola os custos mínimos diretos com o trabalho previsto no Contrato Coletivo de Trabalho. Esta questão foi já objeto de decisão judicial proferida pela 3.ª Unidade Orgânica do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, no Processo n.º 1010/13.BESNT. Nesta decisão, que a A..... juntou com a sua pronúncia, pode ler-se "Assim, pese embora a consideração de benefícios decorrentes de medidas de apoio financeiro não se mostre, em abstrato, violadora do princípio da concorrência, (...) a dedução desse montante, ainda não concedido, na proposta de preço apresentada, quando determinante do incumprimento dos custos mínimos relacionados com o trabalho constantes do CCT, integra a causa de exclusão prevista no art. 70.º/2/f) do CCP, na medida em que, sem esse benefício, o contrato a celebrar implicará a violação das disposições vinculativas de instrumento de Regulamentação Coletiva. ".

Nestes termos, não obstante tal decisão judicial não ser vinculativa, entendeu o júri ser de excluir a proposta apresentada pela concorrente B..... para o Lote 1, com os fundamentos acima indicados e nos termos da alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Lote 8 - No Lote 8 são exigidos para a prestação de serviços 3 vigilantes 24h/TDA e 1 vigilante chefe das 08h-20h/TDU. Na sua proposta a B..... vem apresentar preço para a prestação de serviços nos termos pretendidos, mas como diz a A..... na sua pronúncia, vem propor preços iguais para os serviços a prestar por vigilantes, por chefes de grupo e por vigilantes chefes, apesar de a estes últimos ser devida uma remuneração mínima mensal superior em quase 21 % à devida aos vigilantes (775,90 euros versus 641,93 euros), em conformidade com o CCT, com a alteração ao mesmo que foi publicada no Boletim do Trabalho e Emprego n.º 8, de 28/02/2011.

Assim, a proposta da B..... para o Lote 8, a ser admitida, levaria a que o contrato a celebrar implicaria a violação de vinculações legais e regulamentares aplicáveis, neste caso o respetivo CCT, pelo que deve ser excluída a proposta apresentada pela B..... para o

Lote 8 nos termos e com os fundamentos da alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Lote 11 - Na proposta para o Lote 11 apresentada pela B..... é igualmente indicado por esta, quando solicitada a discriminar os preços, um custo mínimo relacionado com o trabalho com o valor mensal de € 5.227,44 para a prestação de serviços de 24h/TDA, bem como um encargo mensal de € 618,92 com outros custos relacionados com o trabalho.

Assim, igualmente para este lote, considera a B..... que a prestação de serviço a que propõe terá um encargo mensal mínimo de € 5.846,37. E para este lote propõe a B..... o preço de € 5.539,64 para a prestação de serviços de 24h/TDA, o que corresponde a menos € 306,73 do que aquele que será o seu encargo.

Justificou a B..... este preço também com a candidatura às "Medidas de apoio à contratação" previstas no Decreto-Lei n.º 89/95, de 6 de maio, e na Portaria n.º 106/2013, de 14 de março, não tendo, igualmente, junto qualquer documento comprovativo que tal apoio lhe tivesse sido concedido, ou mesmo demonstrado que preenche os critérios de elegibilidade e que apresentou candidatura a tal medida.

Assim, mesmo sem nos quedarmos sobre os demais fundamentos alegados pela A..... que poderiam determinar a exclusão da proposta da B....., esta terá que ser excluída com os mesmos fundamentos que no entender do júri levam à exclusão da proposta para o Lote 1, em conformidade com o disposto na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Lote 12 - E o mesmo se dirá relativamente ao Lote 12. A B..... apresenta proposta com o valor de € 5.398,55 para a prestação de serviços de 24h/TDA. No entanto, conforme esta indica para o Lote 1, também esta prestação terá obrigatoriamente um encargo mensal mínimo de € 5.846,37, incluindo apenas os custos relacionados com o trabalho. Quando solicitada para o efeito, a B..... não apresentou qualquer discriminação ou justificação para este preço.

Não obstante, fica demonstrado, até pela similitude da prestação e do respetivo preço com a que foi apresentada para o Lote 1, que o preço da sua proposta para o Lote 12 é insuficiente para dar cumprimento às obrigações de índole laboral que lhe são legalmente impostas, pelo que revela que o contrato a celebrar implicaria a violação de um alargado conjunto de vinculações legais e regulamentares aplicáveis, designadamente o disposto nas cláusulas 16.a, 20.a, 22.a, 23.a e 26.a do CCT, no n.º 2 do artigo 131.º do Código do Trabalho, na Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto, no artigo 53.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema de Segurança Social e no artigo 65.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

Assim, deliberou o júri, por unanimidade, excluir a proposta apresentada pela B..... para o Lote 12, com fundamento na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Lote 15 - A B..... apresentou na sua proposta para o Lote 15 um preço de € 5.529,08 para a vigilância 24h/TDA.

Quando solicitada a prestar esclarecimentos sobre o preço apresentado e a discriminá-lo, veio a B..... apresentar dois mapas, num dos quais altera o preço da proposta para € 5.935,81 e noutro mantém-no em € 5.529,08.

A alteração à proposta não é admissível, dado que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 72.º do CCP, os esclarecimentos prestados pelos respetivos concorrentes fazem parte integrante das propostas, desde que não contrariem os elementos constantes dos documentos que as constituem e não alterem ou completem os respetivos atributos.

Assim, o preço a considerar para avaliar a proposta da B..... será o apresentado inicialmente com a sua proposta, o de € 5.529,08. Para justificar este preço, no mapa respetivo, vem a B..... indicar que o mesmo se deve a "Medida de Apoio à Contratação". Ora, à semelhança do que aconteceu nos Lotes antes analisados, a concorrente não apresenta qualquer documento que comprove que tal medida de apoio lhe foi concedida.

E, conforme confessa a própria B..... no esclarecimento prestado, ao discriminar os custos relacionados com o trabalho em ambos os mapas que apresenta para este Lote, este valor é manifestamente insuficiente para suportar os encargos com os custos relacionados com o trabalho, designadamente salários, absentismo remunerado, crédito de formação, seguros, fardamento e materiais, SST, provisões de férias e subsídios, recrutamento, formação, estágio, etc. Assim, não sendo o preço proposto pela B..... para este lote suficiente para suportar os encargos advenientes dos custos relacionados com o trabalho, viola as normas do CCT que lhe é aplicável, pelo que deliberou o júri excluir a proposta apresentada para o Lote 15, nos termos do disposto na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Importa aqui referir que a B....., em resposta aos esclarecimentos que lhe foram pedidos, vem invocar que, não existindo nas peças de procedimento disposição que determine a exclusão das propostas fundamentada por estas, esta exclusão só poderá ocorrer, e os esclarecimentos só poderiam ser pedidos se a proposta apresentasse um preço anormalmente baixo, o que não é o caso. No entender do júri, a concorrente B..... confunde conceitos, pois a causa que determina a exclusão de algumas das propostas por si apresentadas deriva exclusivamente dos preços propostos determinarem uma violação das vinculações legais e regulamentares aplicáveis, designadamente do CCT do sector, conforme ficou demonstrado. (...)” – cf. doc. 6 junto à p.i., cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

J) Em sede de audiência prévia a B..... requereu a rectificação de lapsos de escrita constantes de duas das quatro notas justificativas de preço apresentadas em sede de

esclarecimentos, juntando as notas justificativas de preço para os lotes 1 e 12, como doc. 12 e para os lotes 6 e 16, como documento 13, já corrigidas, mais esclarecendo que as notas justificativas de preço para o lotes 15 (preço proposto de €5.529,08), e para os lotes 8 e 11 (preço proposto de €5.539,64), anteriormente apresentados com esclarecimentos estavam correctos.

Pronunciou-se ainda contra a sua exclusão – cf. doc. 7 junto à p.i., cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

K) No 2º Relatório Final, elaborado em 20 de Janeiro de 2014, o júri admitiu as rectificações requeridas “por se tratarem de erros materiais que não alteram as propostas apresentadas” mantendo a proposta de exclusão da proposta da B..... para os lotes 1, 8, 11, 12 e 15, destacando-se o seguinte:

“(...) Entendeu ainda o júri, aquando da análise das propostas, que o benefício que o concorrente invoca não é de concessão obrigatória, sendo, muito pelo contrário, demarcado no tempo e limitado a um número máximo de trabalhadores por empregador, em conformidade com o n.º 11 do artigo 3.º da Portaria n.º 106/2013, de 14 de março. Estas condicionantes são obrigatoriamente impeditivas que o concorrente se possa propor a executar todas as prestações de serviços para que apresenta proposta com recurso a trabalhadores contratados ao abrigo daquela medida de incentivo ao emprego, o que pretende com as suas propostas.

E a verdade é que a concorrente não demonstrou que tal apoio lhe será concedido relativamente a todos os trabalhadores que irão estar afetos à prestação de serviços e que, assim, as irá executar cumprindo os preços propostos e com todas os encargos salariais e sociais que legalmente lhe são impostos.

Nestes termos, atendendo ao princípio da intangibilidade das propostas, bem como da estabilidade objetiva e subjetiva do procedimento, o júri teve que considerar o cenário de não atribuição do benefício a que a concorrente diz ter-se candidatado e às consequências daí advenientes.

E, nos termos das alíneas f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, devem ser excluídas as propostas cuja análise revele que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis ou existência de fortes indícios de atos suscetíveis de falsear as regras da concorrência.

Entendeu ainda o júri, aquando da análise das propostas, que o benefício que o concorrente invoca não é de concessão obrigatória, sendo, muito pelo contrário, demarcado no tempo e limitado a um número máximo de trabalhadores por empregador, em conformidade com o n.º 11 do artigo 3.º da Portaria n.º 106/2013, de 14 de março. Estas condicionantes são obrigatoriamente impeditivas que o concorrente se possa propor a executar todas as prestações de

serviços para que apresenta proposta com recurso a trabalhadores contratados ao abrigo daquela medida de incentivo ao emprego, o que pretende com as suas propostas.

E a verdade é que a concorrente não demonstrou que tal apoio lhe será concedido relativamente a todos os trabalhadores que irão estar afetos à prestação de serviços e que, assim, as irá executar cumprindo os preços propostos e com todas os encargos salariais e sociais que legalmente lhe são impostos.

Nestes termos, atendendo ao princípio da intangibilidade das propostas, bem como da estabilidade objetiva e subjetiva do procedimento, o júri teve que considerar o cenário de não atribuição do benefício a que a concorrente diz ter-se candidatado e às consequências daí advenientes.

E, nos termos das alíneas f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, devem ser excluídas as propostas cuja análise revele que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis ou existência de fortes indícios de atos suscetíveis de falsear as regras da concorrência.

Assim, o preço apresentado pela B....., para o lote 8 não tem subjacente nenhum benefício para o incentivo do emprego, que a concorrente sistematicamente arvora sempre que é solicitada a fundamentar os preços das suas propostas. E se fosse celebrado contrato tendo por base tal proposta o mesmo implicaria a violação de um alargado conjunto de vinculações legais e regulamentares aplicáveis.

Tal veio reforçar os fundamentos que determinaram que o júri deliberasse propor a exclusão das propostas apresentadas pela concorrente B....., SA para os lotes 1, 8, 11, 12 e 15, pelo que o júri deliberou por unanimidade manter o seu primeiro relatório final e, assim, a seguinte ordenação final: “

- cf. doc. 8 junto à p.i., cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

L) No dia 30 de Janeiro de 2014 a B..... foi notificada da decisão de adjudicação de 30.01.2014, da Secretária-Geral do ME, a qual aprovou o segundo relatório final, no sentido da adjudicação aos concorrentes indicados pelo Júri e exclusão da B..... para os lotes 1, 8, 11, 12 e 15 – cf. doc. 9 junto à p.i., e fls. 661 a 678 do p.a. apenso, (pasta II), cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

M) 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, de

fls. 518 dos autos, cujo teor se reproduz:-« »;

Q) Dá-se por reproduzido o teor do CCT entre a AES — Associação de Empresas de Segurança e a FETESE — Federação dos Sindicatos dos Trabalhadores de Serviços e outros — Alteração salarial e outras e texto consolidado, publicado no BTE nº 8 do ano de 2011;

R) Dá-se por reproduzido o teor do Contrato colectivo entre a AES — Associação de Empresas de Segurança e outra e o STAD — Sindicato dos Trabalhadores dos Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticas e Actividades Diversas e Outros — Alteração salarial e outras e texto consolidado, publicado no BTE nº 17 do ano de 2011 (fls. 642 a 663).

*

Colhidos os vistos, cumpre decidir.

*

III O DIREITO

A B....., aqui recorrida, veio interpor no TAF de Sintra, em 27/2/014, ação de contencioso pré-contratual pedindo a anulação da decisão que a exclui, para os lotes 1, 8, 11, 12 e 15 do procedimento para “aquisição de serviços de vigilância e segurança ao abrigo do Acordo ANCP nº AQ/13/VS/2010” e condenação do Ministério da Economia a admitir a sua proposta e ordená-la em 1ª lugar, adjudicando à B..... os serviços correspondentes e celebrando os inerentes contratos.

Para tanto alega que, no âmbito do referido procedimento, lhe foi solicitado que justificasse os preços mensais propostos para alguns lotes, decompondo-os, com o fundamento de que os mesmos são inferiores ao “preço mínimo” constante da Recomendação de “Autoridade para as Condições do Trabalho”.

E que, não estavam preenchidos os pressupostos para tal pedido, já que o preço fornecido é certo e firme e, por outro lado, a ausência de resposta não pode fundamentar a sua exclusão.

Como resulta dos elementos dos autos e nomeadamente da matéria de facto fixada, o fundamento da exclusão da B..... pela deliberação de 20/1/014 teve a ver com o facto de a análise da sua proposta revelar que “o contrato a celebrar

implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis ou a existência de fortes indícios de atos suscetíveis de falsear as regras da concorrência” nos termos dos alíneas f) e g) do n.º 2 do art. 70.º do CCP.

Vem o recorrente Ministério da Economia invocar que o Tribunal recorrido aplicou incorretamente o art. 70.º, n.º 2, alíneas f) e g) do Código dos Contratos Públicos (CCP), ao considerar que não é fundamento legal para a exclusão de uma proposta a circunstância de um concorrente justificar os preços propostos fazendo apelo às medidas de apoio à contratação previstas no Decreto-Lei n.º 89/95, de 6/5 e Portaria n.º 106/2013, de 14/3, que lhe poderão ser ou não concedidas.

E, ao entender também que a justificação dos preços fazendo apelo a tais medidas de apoio não concedidas não indicia o falseamento da concorrência.

Pelo que, a decisão recorrida teria violado aquele art. 70º n.º 2 als f) e g) que foram os fundamentos do ato de exclusão da aqui recorrida B.....

Por sua vez a A..... vem interpor recurso de revista para este STA onde solicita que se dê resposta a várias questões que identifica.

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

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

Pretende a recorrente A..... que o acórdão recorrido interpretou e aplicou incorrectamente os artigos 1.º, n.º 4, 56.º, 70.º, n.º 2, als. e) e f) e 71.º, n.º 2, todos do CCP, os quais impõem a exclusão de uma proposta que contemple, na formação do preço, medidas de apoio à contratação ainda não atribuídas e sem as quais o preço proposto é inferior ao custo mínimo que a prestação de serviços acarreta.

Contudo, o ato de exclusão da proposta da recorrida

B....., e que foi objeto de impugnação por esta entidade, em parte alguma alude ao fundamento da exclusão como o do “preço anormalmente baixo”.

Daí que a própria decisão de 1ª instância refira expressamente que:

“A Autora alega ainda que a decisão de exclusão da sua proposta padece de erro sobre a natureza jurídica da Recomendação da ACT; da absoluta falta de poderes/atribuições da ACT para fixar preços; da desconsideração do Princípio da Concorrência. Defende também a legalidade da consideração no preço proposto de medidas de apoio à contratação.

Todos estes vícios se reconduzem a saber se a proposta da Autora foi bem ou mal excluída (ou seja se o júri do concurso e a entidade adjudicante fizeram uma errada interpretação do art. 70º, nº 2, alínea f) do CCP (fundamento da exclusão da referida proposta, para os lotes 1,8, 11, 12 e 15.

Não fazendo, pois sentido, saber se a proposta deveria ter sido excluída com outro fundamento, designadamente com fundamento na alínea e) do mesmo preceito legal, ou seja, por apresentar um preço anormalmente baixo”.

Por sua vez, na decisão recorrida, apenas se alude, e bem, aos preceitos em causa no ato recorrido e que foram fundamento do mesmo, como se extrai da mesma:

“Porém no que se reporta à exclusão das propostas da ora recorrente referentes aos lotes 1, 11, 12 e 15, afigura-se-nos serem procedentes as conclusões XLIV a LIV das alegações jurisdicionais apresentadas, pois que não existe fundamento legal para tal exclusão fazendo apelo ao disposto na al f) do artº 70º/2 do CCP, ou até à sua alínea g), sendo certo que quanto a esta última, dos autos não se indiciam quaisquer fortes indícios de falseamento da concorrência.

A circunstância de a ora recorrente ter justificado os preços propostos em tais lotes fazendo apelo às medidas de apoio à contratação previstas no DL nº 89/95, de 6/5 e na Portaria nº 106/2013, de 14/3, que lhe poderão ou não ser concedidas, constitui uma faculdade legal ao seu alcance, não importando apurar se no momento das propostas tais após já haviam sido concedidas ou se existiam indícios de que tal pudesse vir a suceder ou se já haviam sido requeridos, nem tão pouco proceder a idênticos “descontos” nas propostas apresentadas pelos outros concorrentes, de modo a assegurar a igualdade entre todos eles.

Com efeito, a norma contida no artº 70º/2 do CCP, não enumera como um dos motivos de exclusão das propostas o recurso a tais medidas de apoio à contratação, que voluntariamente conduzirão à apresentação de um preço mais baixo.

Por outro lado, não é possível pretender, sem mais, que não sendo obtidos tais apoios, “o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis em matéria salarial e de descontos para a Segurança Social, pois que o risco corre pela proponente que não fica por tais razões desonerado de cumprir as suas obrigações legais e regulamentares durante a execução do contrato, pelo que e praticamente não existe fundamento legal, nomeadamente o do artº 70º/2/f) do CCP, para exclusão de tais propostas, que decorrem da existência da concorrência entre empresas de prestação de serviços de segurança...”

Assim, nenhuma das instâncias nem o ato recorrido, aludem e conhecem de qualquer vício do ato ou de acórdão ao abrigo do art. 70º nº 2 al. e) do CCP, não podendo, pois, as partes em sede de recurso de revista fazê-lo.

Pelo que, está fora do objeto deste recurso aferir se a proposta da B....., deveria ter sido excluída pelo Júri ao abrigo do artigo 70º, nº 2 alínea e), do CCP, isto é, se teria sido bem excluída ao abrigo de preceito que não foi invocado no ato, o “*preço total anormalmente baixo*».

Assim como, se deveria tal proposta ter sido excluída ao abrigo de outras disposições nomeadamente a conjugação da definição de proposta (constante do artigo 56.º do CCP) com as causas de exclusão das mesmas (previstas no artigo 70.º, do CCP).

Na verdade, o que está aqui em causa e as instâncias se pronunciaram é a questão de saber se os fundamentos do ato de exclusão da B..... a podiam justificar.

Sendo assim, e relativamente a ambos os recursos interpostos apenas está em causa aferir da violação pelo ato aqui em causa dos preceitos do art. 70º nºs f) e g) do CCP suscetíveis de levar à exclusão da proposta da B.....

E, em conformidade com a solução encontrada, concluir pela bondade ou erro sobre os pressupostos de direito da decisão recorrida.

1.1. Atenhamo-nos à al. f) do nº 1 do referido art. 70º do CCP.

O júri do concurso atendendo a que o preço mínimo para alguns dos lotes da B..... eram inferiores ao preço mínimo mensal, constante da Recomendação da Autoridade

para as Condições do Trabalho (ACT), notificou-a para vir justificar os valores mediante a demonstração matemática da decomposição do respectivo valor mensal.

A B..... prestou esclarecimentos entre os quais o de que o preço por si proposto tem em consideração as medidas de apoio à contratação prevista no Decreto-Lei nº 89/95, de 6 de Maio, na Portaria nº 106/2013, de 14 de Março.

A decisão recorrida exclui a B..... com o fundamento de que com seguinte fundamento a concorrente não demonstrou que o apoio que alega lhe será concedido relativamente a todos os trabalhadores que irão estar afetos à prestação de serviços e que, assim, não irá executar o contrato cumprindo os preços propostos e com todas os encargos salariais e sociais que legalmente lhe são impostos.

E, daí conclui que a proposta é excluída nos termos das alíneas f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP por a celebração do contrato implicar a violação de vinculações legais ou regulamentares aplicáveis e existir fortes indícios de atos suscetíveis de falsear as regras da concorrência.

Por sua vez a decisão recorrida em discordância com a decisão de 1ª instância entende que estes preceitos não podem fundamentar o referido ato de exclusão aqui em causa.

Então vejamos.

Dispõe o art. 70º nº 2 al. f) do CCP aqui em causa que “... *excluídas as propostas cuja análise revele: f) Que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis*”.

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

Isto é, o próprio contrato que se viesse a celebrar, caso a proposta da recorrida não tivesse sido excluída, ficaria adstrito a violar as referidas vinculações respeitantes às relações do adjudicatário com terceiros.

Em suma, a referida al. f), do nº 2 do artº 70º do CCP apenas se dirige a direitos e deveres que tenham a sua própria causa e assento jurídicos no contrato a celebrar, isto é, a

referida violação de normas legais há-de ressaltar de imediato da proposta apresentada.

Ora, no caso sub judice, o facto de uma proposta refletir um preço que implicaria um custo inferior aos custos que derivam da aplicação de uma série de leis do trabalho não implica que, face ao teor da proposta, a entidade adjudicatária não vá cumprir qualquer legislação vigente e nomeadamente a legislação de trabalho que vem invocada como custos fixos a considerar na proposta.

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

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

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

Por estarem em causa atos de gestão, esta opção/estratégia comercial implicará antes custos a arcar em sede de execução do contrato e não necessariamente a violação da legislação em vigor.

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

Não podemos, pois, dizer que pelo facto de a proposta da B..... incorporar um preço inferior aos custos mínimos do trabalho inerentes à prestação de serviços em causa, tal signifique que a mesma, caso venha a celebrar o contrato, vá incumprir a legalidade vigente, nomeadamente as normas relativas à legislação do direito do trabalho em vigor.

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

Pelo que, nada a apontar à interpretação feita ao artigo 70º, nº 2 alínea f) do CCP na decisão recorrida.

Sendo assim, não tinha a B..... nem qualquer outro concorrente que demonstrar, como lhe foi requerido pelo Júri do concurso, se e quando beneficia de medidas legais que permitem que não tenha de suportar alguns custos.

Para além disso não existe no procedimento concursal aqui em causa, ao qual é aplicado o Código dos Contratos Públicos, qualquer obrigação dos concorrentes de demonstrar a formação do preço proposto através da qual seja possível à entidade adjudicante aferir da observância dos encargos obrigatórios decorrentes do quadro normativo vigente.

Pelo que, não se impõe qualquer justificação pela B..... de estar, ou poder estar, legalmente dispensada de fazer face a alguns custos com o pessoal.

Com relevância para a situação em análise disse-se no acórdão de 14/02/2013, proc. n.º 0912/12, do STA que: *“não é a execução de cada contrato que tem de garantir o pagamento da RMG, mas os resultados económico-financeiros da contratante, no cômputo geral da sua actividade e, em última análise, todo o seu património” (...)* É claro que se em todos os contratos celebrados as remunerações obtidas fossem inferiores aos encargos assumidos, não só estes não poderiam ser assegurados, como a falência logo ficaria à vista. Mas essa não é a situação comprovada nos autos, bem podendo acontecer que razões estratégicas aconselhem a apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, sem implicarem a intenção de incumprimento de encargos legalmente impostos, intenção esta que não é sequer imputada às 3 concorrentes que apresentaram propostas em conformidade com as cláusulas postas em causa”.

Em suma, estamos perante um contrato em que os concorrentes fixam livremente o preço, não havendo qualquer disposição no CCP que delimite os termos em que o mesmo deve ser formado ou que imponha a sua decomposição numa determinada estrutura fixa de custos ponderados por valores certos, pelo que o facto de o concorrente não justificar os preços propostos ou fazê-lo com

apelo às medidas de apoio à contratação previstas no Decreto-Lei n.º 89/95, de 6/5 e Portaria n.º 106/2013, de 14/3, que lhe poderão ser ou não concedidas, não implica a violação do art. 70º n.º 2 al. f) do CCP, como bem entendeu a decisão recorrida.

1.2. Atenhamo-nos agora à referida al. g) do art. 70º n.º 2 do CCP.

O Ministério da Economia vem invocar que a decisão recorrida viola o princípio da concorrência ao ter entendido que o júri não podia ter excluído a B..... com este fundamento mas não invoca qualquer concreto argumento donde se possa concluir que este princípio terá sido postergado pela decisão recorrida.

Por sua vez, a A....., embora faça referência a este preceito no decurso das suas conclusões não termina invocando a violação do mesmo nem de quaisquer factos concretos no sentido dessa violação pela decisão recorrida.

Aliás, o próprio ato recorrido de exclusão alude a esta alínea mas não invoca quaisquer factos que a integrem.

De qualquer forma sempre se diga que, bem andou a decisão recorrida ao entender que o ato recorrido havia violado este princípio ao excluir a proposta da B..... com esse fundamento.

Senão vejamos.

O princípio da concorrência está previsto no artigo 1.º, n.º 4, do CCP como princípio da contratação pública.

Por outro lado o artigo 5.º, n.º 1 do mesmo diploma estabelece que a parte II do Código *«não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação»*.

E, o artigo 16.º, n.º 1, refere que os procedimentos nele indicados devem ser adoptados *«para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado»*.

Muitos outros preceitos e a propósito das diversas etapas do

procedimento concursal aludem a este princípio como os artigos 42º nº 3, 49º nº 1, 56º nº 2, 63º nº 2, entre muito outros onde se inclui o preceito aqui em causa.

Ora, de todos estes preceitos podemos concluir que se visa com este princípio da concorrência a ideia de acesso público de todos os interessados aos procedimentos da contratação.

E, portanto, o referido princípio reporta-se às situações de restrição injustificada ou eliminação do acesso público à contratação.

Na verdade, o que está em causa neste princípio é que o universo concorrencial não é definido pela entidade adjudicante, mas antes pela apresentação pública de propostas (no concurso público) ou de candidaturas (no concurso limitado, no procedimento de negociação e no diálogo concorrencial).

Ora, não se vê nem sequer está alegado de forma concreta e real de que forma a admissão da proposta da B..... põe em causa este princípio, isto é, de que forma a apresentação de uma proposta que insere medidas de apoio à contratação ainda não atribuídas e sem as quais o preço proposto é inferior ao custo mínimo que a prestação de serviços acarreta, limita o acesso de quem quer que seja à apresentação de propostas.

Não tendo, pois, sido provada a existência de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência, e não integrando tal a invocação de que o preço proposto não suporta todos os custos obrigatórios, não foi posto em causa pela decisão recorrida aquela al. g) do nº 1 do art. 70º do CCP.

*

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

Custas pelos recorrentes.

Lisboa, 28 de Janeiro de 2016. – *Ana Paula Soares Leite Martins Portela* (relatora) – *Alberto Acácio de Sá Costa Reis* – *António Bento São Pedro*.