

Acórdãos TCAS

Processo:
Secção:
Data do Acordão:
Relator:
Descritores:
Sumário:

11994/15
CA-2º JUÍZO
09-07-2015
CRISTINA DOS SANTOS
JUÍZO DE ANOMALIA DA PROPOSTA – CAUSA DE EXCLUSÃO – ARTº 70º N° 2 E)
CCP

Votação:
Aditamento:
1

Decisão Texto Integral: SA, com os sinais nos autos,
inconformada com o acórdão proferido pelo Tribunal Administrativo e Fiscal
de Si0ntra dele vem recorrer, concluindo como segue:

1. Deve haver uma apreciação do preço anormalmente baixo mesmo fora da regra da violação do limiar dos 50% do preço base.
2. O limiar previsto no art 71º dos 50 % do preço base é apenas de uma presunção inilidível de um preço anormalmente baixo, mas a conclusão é que a norma do nº2 do artigo 71º do CCP deve ser interpretada de modo a permitir que, mesmo fora dos casos literalmente tratados no art.71º, a entidade adjudicante mantém sempre a competência (e a consequente habilitação legal) para qualificar como anormalmente baixo os preços constantes de propostas que, não obstante situadas acima do limiar previamente fixado, suscitam sérias dúvidas sobre a sua seriedade ou congruência.
3. Esta é aliás a única forma de conciliar o regime do artigo 71º do Código dos Contratos Públicos com a interpretação que a jurisprudência Lombardini / Mantovani faz do regime comunitário do preço anormalmente baixo. E é nestes termos que o TJUE decidirá a questão se mesma lhe for reenviada prejudicialmente
4. A norma do nº2 do artigo 71 do CCP deve ser interpretada de modo a permitir que, mesmo fora dos casos literalmente tratados no art.71, possa a Entidade Adjudicante qualificar uma proposta com um preço anormalmente baixo.
5. E que essa apreciação, que se integra num poder - dever previsto no nº2 do Artigo 71 do CCP do júri (Entidade Adjudicante).
6. Ainda podemos concluir que o critério de decisão da análise a efectuar, 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.
7. Ora, se analisarmos o pedido de esclarecimentos efectuado pelo Júri do

procedimento à proposta facilmente concluímos que o Júri do procedimento fez essa análise de um juízo de anomalia do preço proposto para custear a totalidade dos encargos com a prestação do serviço a realizar.

8. Agora, acontece que no procedimento em análise, perante o juízo de anomalia do preço proposto o Júri efectuou o pedido de esclarecimentos à proposta, mas a concorrente recusou-se a prestar essa mesma justificação,

9. A confirmá-lo veja-se as conclusões do parecer "**as propostas de preço abaixo de custo - O seu ENQUADRAMENTO JURÍDICO**", de Novembro 2014, do DR. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, PROF. DR. RUI MEDEIROS e DR. PEDRO FERNANDEZ SANCHEZ, todos Advogados da SERVULO& ASSOCIADOS, que aqui se transcrevem parte e que se solicita e pede a sua apreciação e enquadramento (que se junta como doe 1 e que se dá por integralmente reproduzido): "(...) Conclusões (...)

- iv) Quer o ordenamento jurídico - comunitário, quer o ordenamento jurídico-constitucional português, assumem como valor estruturante do mercado interno europeu e a organização económica nacional, respectivamente, a prevenção e controlo de distorções da concorrência, exigindo inclusivamente a Lei Fundamental Portuguesa que a liberdade de iniciativa económica seja exercida nos quadros da Constituição e da lei;
- v) Desde logo, o ordenamento jurídico exige que a liberdade de iniciativa económica seja exercida pelos operadores económicos no respeito pelos encargos laborais e sociais mínimos, previstos nas disposições legais aplicáveis -assumindo, assim, a disciplina da contratação pública o objectivo secundário de prossecução de certas políticas embebidas na legislação laboral e social aplicável a cada sector económico (...)"
- ix) Ora, a única concepção de preço anormalmente baixo que, sendo simultaneamente compatível com o regime actual desse instituto jurídico, com o elemento literal da norma do art. 55º da Directiva 2004/18/CE e com a jurisprudência comunitária e do Parlamento Europeu em instrumentos de soft law é a de que uma proposta de preço anormalmente baixo é aquela que é insuficiente para cobrir a totalidade dos custos inerentes à prestação a contratar, resultando numa prática de dumping:
- x) Trata-se, por isso, de um instituto jurídico específico do Direito da Contratação Pública que, embora transporte preocupações de protecção de uma sã concorrência, não se identifica plenamente com a figura do preço predatório própria do Direito da Concorrência, não só porque a qualificação de um preço como anormalmente baixo prescinde da detenção pelo concorrente de uma posição dominante no mercado, mas igualmente porque o preenchimento desse conceito não depende da sua virtualidade para eliminar empresas tão eficientes quanto a empresa dominante;
- xi) O sistema de contratação pública europeu e nacional, munido que está de um instituto jurídico que lhe permite eliminar propostas de preço anómalo não (adequadamente) justificado, tem, naturalmente, na sua raiz uma regra de inadmissibilidade de propostas de preço abaixo de custo, não se compadecendo com a adjudicação de uma proposta de preço inferior ao conjunto dos encargos inerentes à execução das obrigações abarcadas pelo objecto contratual; (...)"
- xiii) Fazendo uso da liberdade que lhe foi conferida pelo legislador comunitário, o legislador nacional adoptou no artigo 71 do CCP por um sistema misto, nos termos do qual o conceito do preço anormalmente baixo pode ser preenchido por uma de três vias: (a) por imposição legal, através da presunção da anomalia do preço quando este se situa abaixo dos limiares fixados nas alínea a) ou b) do nº1 do artigo 71 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 de concurso de "um valor a partir do qual o preço total proposto é considerado anormalmente baixo " (cfr nº2 do artigo 71 do CCP); M por decisão proferida pela entidade adjudicante. Ia depois de recebidas as propostas, assente num juízo de prognose ou valorativo sobre a falta de seriedade ou de congruência do preço a luz das circunstâncias individuais e concretas (cfr. O mesmo nº2 do artigo 71º);
- Poderia supor-se que, nos casos em que foi fixado um preço base no caderno de encargos (hipótese a)) e nos casos em que a entidade adjudicante lançou mão do poder de fixar directamente o limiar da anomalia (hipótese b)), o conteúdo significativo do conceito do preço anormalmente baixo já foi predeterminado no momento da elaboração das peças concursais - pelo que estaria vedado à entidade adjudicante recorrer à textura aberta da norma do n°2 do art.º 71 para formular um juízo de anomalia em relação a uma proposta de preço situada acima do limiar fixado directa ou indirectamente nas peças do procedimento;
- Porém (a) seja porque a vocação positiva do princípio da (sã) concorrência impõe a interpretação extensiva do nº2 do artigo 71 do CCP (b) seja porque a vocação negativa do mesmo princípio produz o efeito de afastar a aplicação da regra contida literalmente nessa disposição (c) seja pelo primado do Direito da União Europeia e pela consequente necessidade de interpretação da norma do n°2 do artigo 71 do CCP em conformidade com a interpretação que a jurisprudência Lombardini / Mantovani faz do regime comunitário do preço anormalmente baixo, (d) seja ainda porque é nestes termos que o TJUE decidirá a questão se mesma lhe for reenviada prejudicialmente, a conclusão é constante: a norma do nº2 do artigo 71 do CCP deve ser interpretada de modo a permitir que, mesmo fora dos casos literalmente tratados no art.71. 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;
- xvi) o poder-dever previsto no nº2 do artigo 71 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 decisum 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; (..)xxi) Para indagar sobre fin) 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 lesais e regulamentares aplicáveis, como igualmente aos valores médios das outras componentes de custos variáveis ou, até custos fixos a suportar pelo adjudicatário publicados por quaisquer entidades públicas ou provadas com conhecimento sobre a realidade do sector económico em causa, nomeadamente os parceiros sociais (associações patronais e sindicais) e as entidades reguladoras das condições de trabalho;
- xxii) Sempre que a entidade adjudicante se confronta com a suspeita da insuficiência de uma proposta de preço para suportar a totalidade dos custos variáveis, e ou, fixos implícitos na execução do contrato, a decisão de não

formular um juízo de anomalia não atende nem pondera adequadamente as exigências e objectivos do dever de boa administração, 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;

- xxiii) Uma tal medida é ainda manifestamente desproporcional e irrazoável, pois a compressão ou restrição dos princípios da sã concorrência e da tutela do interesse publico na integral e atempada execução contratual, que resulta da não formulação desse juízo e da não sujeição da proposta ao procedimento de verificação da anomalia, não é objectivamente justificada e compensada por qualquer incremento relevante do grau de concretização dos objectivos estritamente financeiros a entidade adjudicante, podendo ser inclusivamente contraproducente a satisfação desses mesmos objectivos por forçar a entidade contratante a custear mais tarde tanto ou mais do que inicialmente tinha perspectivado poupar;
- xxiv) 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 de dimensão objectiva de imparcialidade, pois o procedimento de verificação da anomalia, é em si mesmo, um mios 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 material de ponderação.
- xxv) 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 optimizada dos seus objectivos contraditórios, quando devidamente equacionados à luz das circunstâncias do caso e dos princípios gerais da actividade administrativa, apontam uma única opção ao decisor; a qualificação do preço proposto como anormalmente baixo e a sujeição dessa proposta a um contraditório direccional susceptível de confirmar ou desmentir as razões que fundamentam a suspeita; xxvi) Em situações como as identificadas na Consulta, opera-se uma redução da margem de livre decisão a zero e o poder funcional de qualificar certa proposta como anómala convola-se num verdadeiro e estrito dever de formular esse juízo de anomalia, de produzir a respectiva notificação e, em consequência, de promover o sub-procedimento de verificação dessa anomalia, sob pena de manifesto erros de apreciação das circunstâncias do caso e violação ostensiva dos princípios da sã concorrência e da tutela da execução perfeita e integral do contrato, da proporcionalidade e da imparcialidade na sua dimensão objectiva de ónus de ponderação de todos os interesses públicos e privados;
- xxvii) Esta, assim encontrada a resposta as duas primeiras questões objecto da presente Consulta: a insuficiência do preço proposto para custear a globalidade das despesas inerentes à execução das obrigações abarcadas pelo objecto contratual constitui causa de exclusão da respectiva proposta — rectius, a vertida na alínea J) do nº2 do artigo 70 do CCP - as propostas de preço abaixo de custo serão sempre juridicamente enquadráveis na figura do preço anormalmente baixo e excluídas à luz do disposto na aliena e) do nº 2 do artigo 70 do CCP;" (...) " Sem prejuízo da clausula de exclusão de propostas

de preço abaixo de custo presente na alínea e) do nº2 do artigo 70 do CCP, a entidade adjudicante pode mesmo ser dispensada de iniciar o procedimento contraditório revisto nos nº3 e 4 do artigo 71, destinado a confirmar ou informar os indícios relativos à possível formação ilícita do preço proposto, nos casos em que a proposta analisada se subsuma na previsão da clausula, - autónoma e não confundível com a anterior - constante da alínea f) do nº2 do artigo 70º, cujos termos "são excluídas as propostas cuja análise revele (...) que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis".

- xxxix) Essa causa de exclusão é aplicável, entre outros, nos casos em que se haja demonstrado objectivamente, à luz da informação que consta dos respectivos documentos - dos documentos iniciais ou de posteriores esclarecimentos prestados nos termos do artigo 72 do CCP - que uma dada proposta, no caso de sobre ela recair a adjudicação, daria origem à celebração de um contrato cujo preço seria inferior ao montante necessário para que o adjudicatário cobrisse rigorosamente todos os custos decorrentes de normas legais ou regulamentares vinculativas e aplicáveis a tal contrato, independentemente de tais normas serem ou objecto de referência expressa nas peças do procedimento;
- xl) 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; xli) é que o princípio da legalidade, com o conteúdo inerente ao modelo de Estado de Direito acolhido pelo nº1 do artigo 266 a Constituição, pelo nº1 do artigo 3º do Código do procedimento Administrativo e pelo Artigo 286º do CCP, englobando os subprincípios da preferência da lei (Vorrang des Gesetzes) e da precedência de lei (Vorbehalt des Gesetzes), pressupor a iniciativa da Administração Pública para adequar positivamente cada regulamento, alo, contrato, ou operação material à normatividade que a parametriza, escolhendo, não uma das soluções compatíveis com a lei, mas - sem prejuízo da obvia subsistência de uma margem de livre decisão nos casos em que a lei lha confira - a solução que melhor se conforma com a lei;
- xlii) Assim, nenhuma preterição do princípio da legalidade das competências e das atribuições existe quando uma entidade adjudicante, no exercício das responsabilidades inelimináveis de análise das propostas que o legislador lhe cometeu nos termos previstos nos nº 1 e 2 do artigo 70º, no nº 1 do artigo 124º, no nº2 do artigo 146 e nos nºs 1 e 4 do artigo 148 do CCP, se depara com um conjunto de informações que lhe atestem, 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 um ou ambas as partes;
- xliii) Se, por conseguinte, a entidade adjudicante confirma que o universo de obrigações afixar 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 de origem a uma ilegalidade - estão, dando cumprimento ao disposto na alínea j) do nº2 do art. 70 do CCP, é o próprio teor a proposta, de modo explícito ou através da apreciação conjugada dos elementos que dela constam, que contem o fundamento para concluir que "o contrato a celebrar implicaria a violação de vinculações legais ou regulamentares aplicáveis", porque o universo de obrigações contratuais projectado na proposta foi configurado de tal forma que não pode ser executado sem desrespeito por tais vinculações;
- xliv) Entendimento diverso implicaria admitir que, além da admissão (e

possível adjudicação) de uma proposta em violação do disposto na aliena f) do nº2 do artigo 70º, a entidade adjudicante poderia dispor-se - conscientemente, sabendo do vício em apreço - a celebrar um contrato de teor parcialmente ilegal, desconsiderando o disposto nos nº1 e nº2 do artigo 284º do CCP - o que configuraria um absurdo incomportável para uma entidade sujeita ao princípio da legalidade e implicaria uma solução incompatível com o disposto no nº2 do artigo 266 da Constituição. "

10. Relevante para a apreciação desta causa é também o parecer "AS PROPOSTAS COM PREÇO ANÓMALO EM, PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA (incluindo análise das questões mais críticas versadas no Parecer de Mário Esteves Oliveira de Fevereiro de 2014)", de 5 de Dezembro de 2014, do DR. LUÍS OLIVEIRA e PROF. DR. DIOGO BARTOLO. (Documento 2 que se junta e que se dá por integralmente reproduzido), que se transcreve em parte,

"285. Segundo o Artigo 70 nº1 e nº2 alínea e) do CCP, as propostas são analisadas em todos os seus atributos, devendo ser excluídas aquelas das quais conste um preço total cujo valor seja anormalmente baixo. 286. O Artigo 55 da Directiva 2004/18 (tal como o artigo 69º da Directiva 2014/24) não define o conceito de proposta de preço anormalmente baixo, nem fixa o limiar abaixo do qual o preço indicado numa proposta se considera anómalo, deixando tal opção aos legisladores dos Estados - membros. (...) 289. O acórdão Lombardini e Mantovani, proferido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em 27/11 (2001, fixou a jurisprudência de que: "a compatibilidade do limiar matemático de determinação das propostas anómalas com o direito comunitário só pode ser admitida sob condição de a interpretar no sentido de que a mesma não preclude o poder da Administração de, discricionariamente, submeter à verificação outras propostas, cujo preço se situa acima daquele limiar e que despertam igualmente suspeitas sobre a sua seriedade ou congruência" (...)

11. É claro assim que, perante a solicitação de esclarecimentos justificativos do preço anormalmente baixo, o concorrente não pode, sob pena de exclusão da respectiva proposta, recusar-se a prestar os esclarecimentos com o argumento de que o preço proposto é um preço superior ao limiar previamente fixado no programa do concurso/convite ou, supletivamente na lei. Ora, foi o que a concorrente fez no presente procedimento. É clara, a conclusão: a proposta da devia ter sido excluída.

12. Veja-se as conclusões do parecer de Setembro 2014, do DR. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, Advogado da SERVULO& ASSOCIADOS:

- "Pretende-se o nosso parecer sobre as seguintes questões que se suscitam no âmbito de um procedimento de contratação pública: a) Pode o júri de um procedimento solicitar esclarecimentos, ao abrigo do disposto no nº3 do artigo 71 do CCP aos concorrentes cujos preços propostos se situam acima do limiar do preço anormalmente baixo "
- b) Em caso afirmativo, qual a consequência jurídica, naquela situação, para o caso dos concorrentes não apresentarem os esclarecimentos justificativos solicitados pelo Júri?
- c) Pode um concorrente legitimamente recusar-se a apresentar os esclarecimentos justificativos do preço proposto invocando segredo comercial ou industrial?
- () Em conclusão:
- O júri do procedimento pode sempre solicitar esclarecimentos justificativos, ao abrigo do disposto no nº3 do artigo 71 do Código dos Contratos Públicos (CCP), aos concorrentes cujos preços propostos se situem acima do limiar do preço anormalmente baixo previamente fixado, desde que

fundamentem quais as duvidas que tal preço lhes suscita:

- E o caso flagrante daquelas propostas que apresentem preços de absoluta proximidade daquele limiar; mas o referido poder discricionário de considerar que os preços propostos são anormalmente baixos também abrange casos em que o preço proposto se situa bem mais acima desse limiar;
- Perante a solicitação de esclarecimentos justificativos do preço anormalmente baixo, o concorrente não pode, sob pena de exclusão da respectiva proposta, recusar-se a prestar os esclarecimentos com o argumento de que o preço proposto é um preço superior ao limiar previamente fixado no programa do concurso/convite ou, supletivamente na lei;
- Com efeito, nos termos da aliena e) do nº2 do artigo 70º do CCP, são excluídas as propostas cuja análise revele um preço anormalmente baixo - preço que foi discricionariamente considerado como tal pela entidade adjudicante (pelo júri) - cujos esclarecimentos não tenham sido apresentados;
- Não existe qualquer base legal que permita a um concorrente recusar-se legitimamente a prestar esclarecimentos justificativos que são referidos no nº3 do artigo 71º do CCP, com fundamento em que os mesmos contêm segredos comerciais ou industriais ou aspectos da vida privada da empresa;
- Essa recusa é da inteira responsabilidade do concorrente, que se expõe por isso à consequência da exclusão da sua proposta ou ao risco do défice de informação que implique a conclusão de que o preço não se considera suficientemente justificado.
- Nos casos - raros - em que a prestação dos esclarecimentos justificativos do preço envolva segredos comerciais ou industriais ou aspectos da vida interna da empresa, o concorrente pode solicitar à entidade adjudicante a restrição do acesso aos documentos;
- Todavia, nos termos da parte final do nº6 do artigo 6 da Lei nº 46/2007, o direito de audiência prévia no que toca a análise da questão da não exclusão de uma proposta que havia sido considerada de preço anormalmente baixo por força dos esclarecimentos justificativos apresentados, só pode ser exercido com o conhecimento desses documentos."

13. Nesta conformidade é manifesto que o acórdão recorrido incorre no apontado erro de julgamento, que resultou numa errada interpretação e aplicação das alienas e), f) e g) do nº 2 do art. 70º do CCP.

14. Sobretudo, porque perante a recusa da de justificar o seu preço a única consequência legalmente admissível seria a exclusão daquela proposta, com efeito nos termos da alínea e) do nº2 do artigo 70º do CCP, são excluídas as propostas cuja análise revele um preço total anormalmente baixo - preço que foi discricionariamente considerado como tal pela entidade adjudicante (pelo júri) - cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados.

15. Contrariamente ao entendimento perfilhado no acórdão recorrido, o Tribunal a quo não só podia como devia ter apreciado as invalidados imputadas pelo Recorrente aos actos impugnados, e todas as outras que no caso se verificassem (nº2 do artigo 95 do CPTA), julgando a final, precedentes os pedidos formulados na PI, decretando, em conformidade, a anulação dos referidos actos e a invalidade, consequente, do contrato celebrado entre os Recorridos.

16. Na verdade a Recorrente ao longo processo demonstrou que o resultado final deste procedimento é mera consequência dos erros de facto e de direito em que o Júri do procedimento incorreu na aplicação das regras imperativamente fixadas, quer no Convite, quer no CE, quer especialmente, no CCP, regras essas que impunham, inequivocamente, a exclusão da proposta da

17. O resultado final a que se chegou no Relatório Final só foi possível porque

o Júri "desculpou", ilicitamente, a recusa da em justificar o preço proposto para o total das horas solicitadas no Caderno de Encargos, apesar de tal justificação lhe ter sido solicitada expressamente pelo Júri!

18. Acresce que o Júri se "furtou", ilicitamente, a retirar as devidas ilações, e consequências jurídicas, dos documentos que lhe foram remetidos pela em sede de audiência prévia (a propósito dos custos incorridos anteriormente pela com os seguros de acidentes de trabalho), os quais demonstram, à saciedade, que a proposta da é insuficiente para cobrir os custos necessários a assegurar a execução das prestações objecto do contrato a celebrar.

19. Importa ter presente que sobre o Júri impende o dever de apreciar e tomar posição sobre as questões que lhe sejam colocadas pelos concorrentes em sede de audiência prévia, devendo, nesse sentido, averiguar todos os factos cujo conhecimento seja necessário para a justa - e legal - decisão do procedimento, no caso a decisão de adjudicação, cabendo-lhe, se for caso disso - como tudo indica que seja - realizar as diligências complementares que se mostrem convenientes (cfr. art. 104º do CPA aplicável ex vi art. 2º, nºs 6 e 7, do mesmo Código).

20. Na verdade, confrontado com uma recusa ilegal por parte da em justificar aspectos da sua proposta - designadamente, se o preço apresentado "cumpr[e] com o estipulado na regulamentação colectiva aplicável e na legislação laboral, social e fiscal em vigor" - e, consequentemente, com uma potencial situação irregular numa das propostas apresentadas a Concurso, o Júri tudo deveria fazer para acautelar que a decisão final de adjudicação a emitir pela Recorrida seja conforme não só ao que vem disposto no Programa de Concurso, mas também no CCP.

21. Ao preterir da justificação do preço proposto pela e sem que daí retirasse a única consequência que se impunha - a da exclusão daquela proposta -, o Júri abdicou de uma garantia substantiva de segurança jurídica e de regularidade concursal para a decisão da própria entidade adjudicante.

22. Torna-se, assim, evidente a 'fragilidade' potencial da adjudicação da proposta da - que apresenta um preço total anormalmente baixo e não respeita as vinculações legais e regulamentares aplicáveis ao contrato a celebrar, configurando, aliás, uma prática susceptível de falsear as regras da concorrência - não se mostrando à juridicamente aceitável (nem como opção de boa gestão contratual) que se adjudique uma proposta nestes termos, os quais, em rigor, implicam a exclusão vinculada da proposta (cfr. art. 70º, nº 2, ais. e), f) e g), do CCP.

23. Acrescente-se que, apesar de as directivas comunitárias não darem uma definição de "propostas anormalmente baixas", o artigo 55º da Directiva 2004/18/CE e o artigo 69º da Directiva 2014/24/UE só as consideram admissíveis se os operadores económicos forem capazes de explicar os preços e os custos ' indicados nas respectivas propostas.

24. Daí resulta que está claramente implícito nos textos comunitários, que, só será considerada justificação adequada, a que consiga demonstrar que, apesar de o preço ser aparentemente demasiado baixo, ele é na realidade suficiente para, pelo menos, cobrir os custos mínimos obrigatórios em que irá incorrer o prestador do serviço

25. Esta evidente falta de colaboração do concorrente só pode ter uma consequência: a exclusão da proposta ao abrigo do disposto na ai. e) do nº 2 do art. 70º do CCP, na parte em que aí se prevê, *tout court*, a não apresentação dos esclarecimentos justificativos solicitados a propósito do preço anormalmente baixo.

26. Com efeito, se este segmento normativo se aplica seguramente aos casos

em que a proposta não se encontre constituída, *ab initio*, e como impõe a ai. d) do nº 1 do art. 57º do CCP (e a ai. d) do ponto 5. do Convite), pelos documentos que contenham os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo; por maioria de razão ela há de aplicar-se também aos casos, como é o presente, em que o concorrente foi convidado, nos termos do nº 3 do art. 71º do CCP (ainda que, no caso, por invocação do art. 72º), a entregar esclarecimentos justificativos do preço apresentado.

27. E nem se argumente que, perante a invocação do art. 72º do CCP, o concorrente não tinha como se aperceber que o Júri estava a considerar o preço proposto como um preço anormalmente baixo e que, por isso, se lhe impunha a exigência da apresentação dos referidos esclarecimentos justificativos.

28. É que o pedido formulado na mensagem de 07.05.2014 é, só por si, bem eloquente a este propósito: aí se diz, para além da referência expressa a uma "nota justificativa do preço proposto" o que só por si mostra que está em causa considerar o preço anormalmente baixo - os pretendidos esclarecimentos justificativos tinham a ver com dúvidas do Júri acerca do cumprimento da regulamentação colectiva de trabalho e da própria legislação laboral, social e fiscal. O que não deixa margem para dúvidas que estava em causa um pedido de apresentação de esclarecimentos justificativos do preço proposto.

29. O que bem se comprehende, visto que as entidades públicas adjudicantes não podem ser indiferentes ao cumprimento, por parte dos concorrentes, das regras fixadas no procedimento, bem como das constantes da legislação laboral ou das convenções colectivas aplicáveis àquele sector de actividade, podendo e devendo as referidas entidades adjudicantes, ao abrigo da supracitada ai. f) do nº 2 do art. 70º do CCP, excluir aquelas propostas cujo cumprimento, nos exactos termos em que estão formuladas, implicaria fatalmente a violação de normas legais e regulamentares com carácter imperativo, entre as quais se incluem as disposições constantes das convenções coletivas aplicáveis.

30. A total e absoluta ausência de resposta da a este pedido formulado pelo Júri não pode pois deixar de ter consequências jurídicas, sob pena de se considerar que se tratava de uma mera "brincadeira". Ou seja, de que o pedido não era para levar minimamente a sério: o concorrente se lhe apetecer responde, da mesma forma que se não lhe apetecer não responde e o Júri assiste passivamente a este comportamento.

31. Ora, como já se referiu, a lei - o Código dos Contratos Públicos - prevê a consequência para os casos em que o concorrente, notificado para apresentar uma nota justificativa do preço (anormalmente baixo) proposto, não apresenta esses esclarecimentos justificativos: a exclusão da sua proposta (cfr. ai. e) do n.º 2 do art. 70.º do CCP).

32. Assim, não tendo sido excluída a proposta da e mantendo-se a adjudicação daquela com base num preço anormalmente baixo, sem que a tivesse apresentado os esclarecimentos justificativos desse preço, dúvidas não existem que a decisão de adjudicação tomada neste Concurso é manifestamente ilegal.

33. É certo que se poderia objectar - como o Júri fez no Relatório Final - que nem o art. 70º, nº 2, nem o art. 72º, e nem o art. 146º, nº 2, do CCP, prevêem que a falta de prestação dos esclarecimentos tenha por efeito a exclusão da proposta.

34. Porém, tal argumento não seria de modo algum decisivo, visto poder-se sempre retorquir que, no caso em apreço, o fundamento da exclusão não seria a recusa do concorrente em prestar esclarecimentos, mas sim o facto de o Júri ter concluído, com base nos elementos de informação de que dispunha e na

ausência de apresentação de esclarecimentos justificativos, que se verificava a situação prevista nas alíneas e), f) e g) do nº 2 do art. 70º do CCP.

35. Na realidade, a exclusão da proposta da terá sempre de ocorrer pois é manifesto que a adjudicação desta implicará a violação de regras legais e regulamentares aplicáveis (cfr. ai. f) do nº 2 do art. 70º do CCP) e que se trata também de uma proposta cujo preço falseia as regras da concorrência (cfr. ai. g) do nº 2 do art. 70.º do CCP).

36. Sucede que esta recusa da impossibilita a análise da totalidade do preço apresentado e visa enfraquecer essa mesma análise.

37. Na medida em que a proposta apresentada pela revela um preço total anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não foram apresentados, deve essa proposta ser excluída nos termos da ai. e) do n.º 2 do art. 70.º do CPP.

38. Decorre igualmente do acima exposto que, no caso vertente, se deve dar por preenchida a previsão normativa da ai. f) do n.º 2 do art. 70.º do CCP, que comina com a exclusão as propostas cuja análise revele que o contrato a celebrar implicaria a violação de disposições legais e regulamentares aplicáveis.

39. Como já se demonstrou, os preços unitários propostos pela são insuficientes para custear os encargos mínimos com a remuneração directa do trabalho, e as contribuições para a segurança social e para o fundo de garantia da compensação do trabalho e a exigência legal da existência de seguros de acidentes de trabalho.

40. Em abono da tese defendida pela, veja-se o teor do Considerando 40 da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (transposta pelo Código dos Contractos Públicos): «O controlo da observância destas disposições ambientais, sociais e laborais deverá ser efectuado nas fases pertinentes do procedimento de contratação, ou seja, ao aplicar os princípios gerais que regem a escolha dos participantes e a adjudicação de contractos, ao aplicar os critérios de exclusão e ao aplicar as disposições relativas às propostas anormalmente baixas. A verificação necessária para este efeito deverá ser conduzida em conformidade com as disposições pertinentes da presente directiva, e em especial com as disposições aplicáveis aos meios de prova e às declarações sob compromisso de honra».

41. Na medida em que a proposta apresentada pela viola normas legais e regulamentares aplicáveis à definição dos custos do trabalho (sejam os custos com remunerações, sejam os custos com o cumprimento de obrigações para com a Segurança Social ou sejam os custos co a obrigatoriedade da existência de seguro com acidentes de trabalho), deve essa proposta ser excluída nos termos da al. f) do n.º 2 do art. 70.º do CCP.

42. Como resulta do anteriormente exposto, a proposta de preço apresentada pela consubstanciam preços predatórios, situando-se abaixo do respectivo preço de custo dos serviços de vigilância que constituem o objecto da prestação de serviços a executar.

43. Desde logo, porque são insuficientes para custear os encargos a suportar pelos concorrentes com a S remuneração directa dos vigilantes e assegurar o pagamento das contribuições para a Segurança Social e para «o fundo de garantia da compensação do trabalho e os custos decorrentes da obrigatoriedade de subscrição de um seguro de acidentes de trabalho para o pessoal a afectar ao serviço.

44. Donde que a proposta da revela fortes indícios de prática de preços predatórios, isto é, propostas de preço abaixo do respectivo preço de custo ou *dumping*.

45. O que constitui uma «prática susceptível de falsear a concorrência», pelo que a proposta da é, automaticamente, excluída pelo regime jurídico da contratação pública (cfr. ai. g) do n.º 2 do art. 70.º do CCP). - Cfr. JOÃO MOREIRA, "Cartelização em contratação pública. A exclusão de propostas susceptíveis de falsear as regras da concorrência", Estudos de Contratação Pública, Vol. III, org. Pedro Gonçalves, p. 238.

46. Pois o «princípio da concorrência, expressamente assumido no art. 1, n.º 4, [do CCP] não se articularia convenientemente [com] uma interpretação que limitasse o controlo das propostas predatórias àquelas que atingissem as percentagens estabelecidas no art. 71.º [do CCP para o limiar do preço anormalmente baixo]»

47. Mas, o legislador do CCP teve o especial cuidado de integrar na previsão normativa da ai. g) do n.º 2 do art. 70.º do CCP não apenas as hipóteses em que se verifiquem fortes indícios de «acordos» ou «práticas» «susceptíveis de falsear as regras da concorrência», mas igualmente os casos de «actos» e «informações» susceptíveis de produzir os mesmos efeitos; o que vale por dizer que não é lícito integrar o pressuposto de aplicação desta norma legal por recurso apenas às designadas práticas concertadas (colectivas) falseadoras da concorrência.

48. Dito de outro modo: qualquer interpretação da norma contida na ai. g) do nº 2 do art. 70º do CCP que implique a não integração das práticas de prestação de serviços abaixo de custo, dumping ou preço predatório no conceito de "prática susceptível de falsear a concorrência" (cominada com a exclusão da proposta) viola o princípio da concorrência acolhido constitucionalmente e na ordem jurídica europeia.

49. Ora, a doutrina considera que se está aqui perante uma cláusula geral aplicável a qualquer situação de concorrência, mesmo às que nada tenham a ver com questões de propriedade industrial, podendo a concorrência desleal traduzir-se numa simples contrariedade objectiva aos padrões de lealdade da concorrência, ou seja, não tendo necessariamente que ter uma finalidade ilícita.

50. Tendo em conta essa cláusula geral sobre concorrência desleal, afigura-se-nos por demais evidente que uma empresa que em procedimentos de formação de contratos públicos, com o objectivo de derrotar os concorrentes, apresenta sistematicamente propostas com preços manifestamente inferiores ao custo efectivo dos serviços a prestar (mesmo que eventualmente não sejam qualificáveis como anormalmente baixos), estará a ter uma conduta contrária às normas e usos honestos daquele ramo de actividade, podendo e devendo a entidade adjudicante, com fundamento em tal violação, excluir a referida proposta, nos termos do art. 70º, nº, ai. g) do CCP.

51. A proposta apresentada pela deve ser excluída com fundamento na prática de preços predatórios, prática cominada com a exclusão pela al. g) do n.º 2 do art. 70.º do CCP.

52. Portanto, cabe desdizer a delimitação negativa que a e o acórdão recorrido, desenha das preocupações do legislador com a formação de preços e dizer que, mesmo à margem das hipóteses em que uma proposta se situe abaixo dos limiares de anomalia fixados no programa do concurso, o legislador continua interessado — e, em consequência, as entidades adjudicantes devem interessar-se — pela formação e a estrutura de custos dos preços propostos. Sendo espelho de tais preocupações, desde logo, a norma do n.º 2 do art. 71.º do CCP.

53. Cabe, também, afirmar que, fora das hipóteses em que uma proposta se situe abaixo do preço anormalmente baixo, o legislador continua interessado — e, em consequência, as entidades adjudicantes devem interessar-se — pela

formação e a estrutura de custos dos preços propostos. Espelho de tais preocupações é, igualmente, a norma da alínea g) do n.º 2 do art. 70.º do CCP.

54. Note-se que os entendimentos doutrinários acima explanados se fundam, ambos, no princípio da livre concorrência. E assim logo cabe perguntar: mas não é justamente o princípio da concorrência que imporia, à luz do entendimento professado pela a inteira liberdade dos concorrentes para apresentarem os preços que bem entenderem, desde que não ferissem o limiar de anomalia previamente fixado nas peças do procedimento ou no n.º 1 do art. 71.º do CCP?

55. É que nos procedimentos de formação de contratos públicos, não está singelamente em jogo o favorecimento da concorrência na perspectiva do acesso dos operadores ao mercado [*«concorrenza per il mercato»*], como pressupõe a leitura do princípio da concorrência ensaiada pela Está também em causa o interesse em garantir concomitantemente uma verdadeira concorrência no mercado [*«concorrenza nel mercato»*] entre operadores económicos.

56. Pois como referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA o «princípio da concorrência não é de sentido único, podendo apontar, a um tempo, para a maior concorrência possível», no sentido de uma garantia de abertura do procedimento pré-contratual a todos quantos estejam interessados em contratar, «mas, a outro tempo, para uma concorrência efectiva e sã», indo ao ponto de se inferir uma verdadeira obrigação da entidade adjudicante de zelar pelo bom funcionamento do mercado no qual ao qual o procedimento vai dirigido. Dito de outro modo: «é de facto no respeito pela concorrência e simultaneamente na sua promoção que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios: é a ela (a concorrência) que estes se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidades que se baseia o seu lançamento. E se é na concorrência que se funda o mercado da contratação pública, isso há-de significar que a tutela de uma concorrência sã entre os competidores interessados deve estar na primeira linha das preocupações do sistema jurídico».

57. Acresce que, a inobservância pelo Júri, e pela Recorrida, de aspectos vinculados contidos nas peças do Procedimento, a cujo conteúdo aqueles se autovincularam, implica a violação de princípios fundamentais da contratação pública, como sejam os princípios da transparência (n.º 4 do art. 1.º do CCP), da imparcialidade (art. 6.º do CP A), da igualdade e da concorrência (n.º 4 do art. 1.º do CCP), mas também o princípio da legalidade (previsto no n.º 2 do art. 266.º da CRP e no art. 3.º do CP A).

58. Em face de tudo o que antecede, e atendendo a que o ato impugnado - a decisão de adjudicação notificada em 18.08.2014 - padece de todos os vícios que lhes são assacados.

59. Ao ter decidido em sentido contrario, o acórdão recorrido encerra incorrecta interpretação e aplicação do art. 70 n.º 2 alíneas e) f) e g) do CCP, assim como dos princípios da transparência, da imparcialidade, da igualdade e da concorrência, especialmente aplicáveis à contratação pública, nº 4 do art. 1 do CCP.

*

A SA contra-alegou, concluindo como segue:

A O presente recurso vem interposto do Acórdão de 28 de Novembro de 2014

proferido em conferência pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra que julgou totalmente improcedente a acção administrativa de contencioso pré-contratual proposta pela Autora , ora Recorrente ;

B Neste âmbito vem a Recorrente sustentar junto do Venerando Tribunal Central Administrativo Sul que o Tribunal a quo errou na interpretação e aplicação das alíneas e), f) e g) do número 2 do artigo 70º do CCP.

C Mas não tem qualquer razão;

D Desde logo, quanto ao eventual erro na interpretação e aplicação da alínea e) do número 2 do artigo 70.º do CCP, a construção da Recorrente não tem qualquer fundamento legal pois não há qualquer dúvida de que o pedido de esclarecimentos foi feito ao abrigo do artigo 72.0 do Código dos Contratos Públicos;

E A entidade adjudicante tem a liberdade, que lhe é conferida pelo artigo 72.º do CCP, para apresentar pedidos de esclarecimento sobre a decomposição I construção do preço e tal já foi expressamente decidido pelo Supremo Tribunal Administrativo (Acórdão de 30 de Janeiro de 2013, processo n.º 878/12);

F Por outro lado, no que toca à arguição de que o Júri deveria ter proposto a exclusão da proposta da por falta de entrega da nota justificativa do preço solicitada à luz do artigo 72.0 do CCP, veja-se que o legislador estabelece um elenco taxativo das hipóteses que determinam a exclusão de determinada proposta, e fá-lo no artigo 70.º número 2 e 146.º, número 2 do CCP, sendo que a não prestação de esclarecimentos pedidos à luz do artigo 72.º do CCP não se encontra aí prevista;

G Pelo que a entidade adjudicante agiu em perfeita consonância com o quadro legal aplicável in casu ao não excluir a proposta da pela não prestação dos esclarecimentos solicitados;

H Em conclusão, nunca poderia a entidade adjudicante fundamentar a decisão de exclusão de proposta não esclarecida no simples facto de não terem sido prestados os esclarecimentos pedidos;

I E é por ter perfeita consciência desta impossibilidade que a Recorrente constrói a tese de que estes esclarecimentos foram pedidos à luz do regime referente ao preço anormalmente baixo, procurando, por esta via, o aproveitamento da causa de exclusão prevista na alínea e) do artigo 70º número 2, do CCP;

J E, neste âmbito, defende a Recorrente que o preço foi tido como anormalmente baixo pela entidade adjudicante e que esta suposta qualificação afigura-se como legalmente admissível, na medida em que a proposta da concorrente apresenta um preço que, alegadamente, não cobre custos relacionados com o trabalho;

K Ora, não poderá este Venerando Tribunal dar cobertura ao pretendido pela Recorrente; (i) a entidade adjudicante foi clara na invocação do artigo 72.º do CCP como fundamento legal do pedido de esclarecimentos apresentado junto da concorrente; (ii) nunca estaria em causa a aplicação do regime do preço anormalmente baixo, pois o artigo 71.º do Código não deixa margem para dúvidas nem para eventuais interpretações que distorçam ou ignorem o expressamente determinado pelo legislador nesta matéria;

L Quanto ao segundo ponto mencionado, é de atentar que, à luz do artigo 71.º do CCP, apenas é legalmente admissível um juízo da entidade adjudicante na qualificação do preço como anormalmente baixo quando não ocorra nenhuma das situações de fixação prévia previstas no mencionado preceito;

M Em suma, quando o preço base é fixado no cadernos de encargos não pode a entidade adjudicante, a posteriori, qualificar discricionariamente determinado preço como anormalmente baixo, sob pena de frustrar a

confiança dos concorrentes no procedimento;

N Por isso, não existia qualquer fundamento para a aplicação do regime do preço anormalmente baixo, ou seja, para considerar que o pedido de esclarecimentos foi apresentado nos termos do artigo 71º número 3, do CCP; O O Recorrente, no desenvolvimento de uma interpretação pretensamente extensiva do preceito, adapta sim uma interpretação que não tem qualquer acolhimento no artigo 71º do Código dos Contratos Públicos;

P Pelo exposto, torna-se evidente que o raciocínio desenvolvido pela Recorrente deve ser tido como improcedente: o preço apresentado pela não era susceptível de ser qualificado como um preço anormalmente baixo, não existindo margem para dúvidas que o pedido de esclarecimentos foi apresentado à luz do artigo 72º do CCP e que não foi, nem poderia ter sido feito, à luz do artigo 71º, número 3, do mesmo diploma; Q Ou seja, ao contrário do pretendido pela Recorrente, não existia qualquer razão para que a entidade adjudicante procedesse à exclusão da proposta apresentada pela concorrente à luz da alínea e) do número 2 do artigo 70º do CCP:

R Pelo que o Tribunal c1 quo não cometeu qualquer erro de julgamento ao decidir que a entidade adjudicante andou bem ao não excluir a proposta da pois não existia qualquer fundamento para a aplicação da alínea e) do número 2 do artigo 70º do CCP;

S Quanto à pretensa violação, por parte da concorrente, de normas legais e regulamentares, ainda que seja de reconhecer a existência de um conjunto de custos mensais mínimos com a remuneração directa, associados a uma portaria de vigilância 24 horas, determinados em legislação e regulamentação vigente, nomeadamente no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social e na Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto, na proposta da concorrente não se vislumbra qualquer violação de regras laborais ou encargos mínimos sociais, e isso mesmo é admitido pela Recorrente, nos cálculos por si apresentados, na medida em que calcula como mínimo legal e regulamentar o valor de 5.403,71 € e a apresenta para a portaria do Edifício do Prior Velho o valor mensal de 5.452,86 €;

T Pelo que a proposta da concorrente, no que é dado perceber à Recorrida enquanto entidade adjudicante, não apresenta qualquer violação de normas legais e regulamentares, não existindo fundamento para a sua exclusão à luz da alínea t) do número 2 do artigo 70º do CCP;

U Todavia, ainda que admitindo, por hipótese, que uma empresa apresenta em concurso um preço que não cubra o valor mínimo das componentes laborais e sociais, tal situação não seria subsumível à previsão da alínea t) do número 2 do artigo 70.º do CCP;

V O legislador foi elucidativo ao determinar que "são excluídas as propostas cuja análise revele (...) [que] o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis",

W Ou seja, a entidade adjudicante apenas tem a obrigação de verificar a legalidade da proposta na medida do contrato que pretende executar, pois a exclusão apenas está legalmente habilitada quando "o contrato a celebrar implicar" a violação de vinculações legais ou regulamentares que lhe sejam "aplicáveis";

X Quanto à arguição da Recorrente de que a proposta da não respeita o mínimo de custos indirectos que a empresa terá com a execução do contrato, importa dizer que a Recomendação emanada da ACT não tem força vinculativa, na medida em que nenhuma disposição legal lhe confere natureza normativa, pelo que nenhum juízo de ilegalidade pode ter como fundamento

os cálculos aí patentes;

Y Aliás, caso determinada entidade adjudicante decidisse pela exclusão de uma proposta tendo como fundamento os valores médios finais calculados na Recomendação do ACT e no relatório elaborado pela empresa, tal decisão seria manifestamente ilegal por erro sobre os pressupostos de direito;

Z Nunca poderia a entidade adjudicante realizar um juízo de legalidade/ilegalidade nesta matéria, e muito menos decidir pela exclusão da proposta da concorrente por violação de normas legais e regulamentares que, pura e simplesmente; não existem, sendo de esclarecer que não existe qualquer norma legal ou regulamentar que fixe limiares mínimos para estes "custos indirectos";

AA Estamos perante custos para aos quais não existe qualquer previsão legal, nem, por imperativo lógico, qualquer valor mínimo definido em lei ou regulamento;

BB Não cabe pois à entidade adjudicante avaliar, apreciar ou julgar da capacidade do concorrente gerir o seu negócio e o modo como vai suportar os referidos custos;

CC Em suma, a decisão de manutenção da proposta tomada pela entidade adjudicante era a única juridicamente possível, na medida em que não ficou demonstrado em lado nenhum que a proposta da concorrente violou normas legais ou regulamentares;

DD Conclui-se por isso que não ocorreu qualquer erro de julgamento na interpretação e aplicação da alínea t) do número 2 do artigo 70.0 do CCP;

EE Por fim, quanto ao alegado erro na interpretação e aplicação da alínea g) do número 2 do artigo 70º do CCP, reforça-se que in casu não está preenchido o âmbito de aplicação do artigo 5º número 1, do Decreto-Lei nº 166/2013, visto que estamos perante um preceito apenas aplicável à venda de bens e não a contratos de prestação de serviços;

FF Por outro lado, o preenchimento da alínea g) do número 2 do artigo 70.º do CCP não se basta com a mera invocação do valor concorrência e de valores médios calculados em documentos de natureza não vinculativa, exigindo-se que a ponderação subjacente ao mencionado preceito passa pela aplicação do regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei nº 19/2012 em especial o Capítulo II, referente às "práticas restritivas da concorrência";

GG Inexistindo elementos objectivos que permitam a identificação de fortes indícios de actos, acordos práticas ou informações susceptíveis de violar uma regra de concorrência, nunca poderá a entidade adjudicante proceder à exclusão da proposta;

HH Pelo que não se verifica qualquer erro de julgamento na interpretação e aplicação da alínea g) do número 2 do artigo 70.º do CCP;

II Temos então, em conclusão, que as arguições da Recorrente devem ser tidas, todas elas, como absolutamente improcedentes, não havendo qualquer fundamento de anulação do acto de adjudicação impugnado e, consequentemente, deve manter-se a sentença recorrida.

*

A Contra-interessada, SA contra-alegou, concluindo como segue:

1. O preço apresentado pela não é anormalmente baixo (atento o disposto na Cláusula 33º n.º 1 do Caderno de Encargos, no ponto 5 ai. a) do Convite e no artigo 7 1.º n.º 1 ai. b) do CCP) e aliás, corresponde o 943 do preço base.

2. O argumento da de que deve efectuar-se uma interpretação extensiva do artigo 71º n.º 2 do CCP viola não só a letra da lei (que claramente apenas abrange naquela disposição as situações em que as peças concursais não fixam o que se deve entender por preço anormalmente baixo) mas também o espírito da lei (ao permitir que, ao arrepio do princípio da estabilidade das regras concursais a entidade adjudicante possa, após o abertura dos propostos. alterar os regras que ela mesmo delineou nos documentos concursais e considerar como anormalmente baixos preços que como tal não esta vam qualificados em tais documentos concursais) .

3. 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 e discricionários poderes às entidades adjudicantes para fixar o que se entende por preço anormalmente baixo (artigos 15.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.

4. O interesse público em não contratar com entidades que não cumprem as obrigações retributivas e contributivas também está devidamente acautelado nos termos dos artigos 55.º e 81.º n.º 1 ai. b) do CCP e artigo 31.º-A do Decreto-Lei 155/92.

5. Pelo que, fixando as peças concursais o que se entende por preço anormalmente baixo, não pode ser considerado como tal o preço que não preencha os respectivos pressupostos, como é o caso do preço da

6. Nem o Júri nem a entidade adjudicante qualificaram o preço da como anormalmente baixo, sendo que os esclarecimentos sobre o preço foram solicitados ao abrigo do artigo 72.º e não do artigo 71.º n.º 3 do CCP.

7. Os concorrentes têm, no âmbito da sua liberdade empresarial, o direito de organizar e imputar os custos da sua actividade como bem entendam não lhes sendo exigido que explicitem, detalhadamente, os princípios financeiros subjacentes à sua análise e imputação de custos e à sua construção de preços, divulgando os seus segredos de negócio.

8. O legislador apenas estabeleceu uma excepção a essa liberdade e apenas previu um caso em que se entende justificado impor ao concorrente que explique como formou e construiu o preço: o regime do preço anormalmente baixo.

9. Os esclarecimentos a que alude o artigo 72.º do CCP apenas se destinam a tornar claro, congruente ou inequívoco um elemento que na proposta seja apresentado de forma menos apreensível, o que não é o caso do preço da

10. Como o preço da não é anormalmente baixo, nem como tal foi qualificado pelo Júri. a não estava vinculada a prestar esclarecimentos sobre a formação do preço nem a falta de tais esclarecimentos integra a previsão do artigo 70.º n.º 2 ai. e) CCP.

11. O pressuposto de que a parte de que existem "preços mínimos" impostos o todo e qualquer concorrente é absolutamente errado.

12. Não há no CCP qualquer disposição que delimita os termos em que o preço deve ser formado ou que imponha a decomposição do mesmo por referência a uma determinada "fórmula" de imputação de custos.

13. A imposição de um preço mínimo constitui uma barreira manifestamente falseadora e restritiva da concorrência e da liberdade comercial e uma ingerência grosseira na liberdade de iniciativa económica privada, constitucionalmente consagrada no artigo 61.º da CR P.

14. Os concorrentes podem organizar e imputar os custos da sua actividade

como bem entendam não considerando uns e/ou considerando outros em determinado contrato específico, pelo que o preço proposto pode, simplesmente, espelhar a estratégia comercial do concorrente (Acórdão deste TCAS de 07-02-2013, processo n.º 09611/13)

15. Em função das concretas condições de que são titulares, as empresas podem apresentar propostas mais vantajosas que outras sem que tal viole qualquer regra da concorrência (Acórdão do STA de 14-02-2013, processo n.º 0912/12)

16. O legislador do CCP apenas estabeleceu um limite ao princípio da liberdade de formação de preços, prevendo um limiar de anormalidade do preço que os concorrentes estão proibidos de ultrapassar {e . ainda assim, não em termos absolutos mas sob condição da falta de uma justificação racional} sendo o preço anormalmente baixo o único "preço mínimo" legal (cfr. Acórdão do TCA Sul de 07-02-2013, processo n.º 09611/13),

17. Por outro lado, o concorrente é o único responsável pelo preço que propõe. Devendo assumir o inerente risco.

18. E ainda que o preço fosse inferior às retribuições com o pessoal daí não emerge qualquer violação da lei já que tal não afecta o dever do concorrente de cumprir as suas obrigações retributivas e contributivas.

19. Aliás, não é a execução de cada contrato isoladamente considerado que tem de garantir o pagamento dos encargos legais mas os resultados económico-financeiros da co-contratante reportados a toda a sua actividade pelo que o facto de uma proposta de preço num determinado procedimento não reflectir determinados encargos, não significa que o concorrente não os suporte/pague (cf. Acórdão do STA de 14-02-2013, processo n.º 0912/12).

20. Mais se diga que as entidades adjudicantes podem [e estão vinculadas a) verificar o cumprimento pelo co-contratante das suas obrigações retributivas e contributivas, através das declarações emitidas pelas autoridades competentes, quer na fase da adjudicação [artigos 55.º e 8.º n.º 1 ai. b] do CCP] quer aquando da realização de cada pagamento [artigo 31º-A do Decreto-Lei 155/92] pelo que o interesse público em não contratar com entidades que não cumprem tais obrigações está devidamente acautelado.

21. A tem a sua situação retributiva e contributiva regularizada como atestam as declarações emitidas pelas entidades competentes.

22. Não cabe às entidades adjudicantes, na fase da análise das propostas fiscalizar em o cumprimento futuro pelo adjudicatário das suas obrigações retributivas e contributivas, quer porque se tratam de relações a estabelecer entre o adjudicatário e terceiros, que em nada interferem com as prestações objecto do procedimento pré contratual quer porque tal se traduziria numa intromissão nas competências de outras autoridades públicas, quer porque (como referido no conclusão XX I) a lei já prevê mecanismos adequados para assegurar que não se procede à contratação com entidades privadas incumpridoras.

23. Não é a esses casos que se aplica o alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, mas sim os direitos e deveres que tenham a sua causa no contrato a celebrar (o que, claramente não é caso dos obrigações retributivas e contributivas que têm a sua fonte na lei ou nos instrumentos de regulamentação colectiva e não em qualquer contrato de prestação de serviços que apenas vincula a entidade adjudicante e o cocontratante).

24. Também não se verifica a previsão do artigo 70.º n.º 2 ai. g) do CCP pois o conceito de "actos, acordos práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência" cuja ocorrência devia ser comunicada à AdC, apenas se pode reportar às práticas restritivas da concorrência reguladas no Capítulo II da Lei n.º 19/2012 sendo que a previsão de tais normas nunca poderia estar

verificada, já que não se pode imputar um acordo ou uma prática concertada anti concorrencial a uma única entidade e a não tem uma posição dominante.

25. A venda com prejuízo não é aplicável às prestações de serviços atento o elemento literal da interpretação (já que o artigo 5.º do DL 166/2013, claramente, apenas se reporta a vendas) o elemento teleológico (é impossível aplicar os conceitos constantes do conceito a contratos de prestação de serviços) o elemento histórico (no âmbito do Decreto-Lei 370/93 a proibição também só se aplicava às vendas) e o princípio da proibição da analogia que vigora nos contra-ordenações.

26. De qualquer forma a venda com prejuízo nunca integraria o previsão do artigo 70.º n.º 2 ai. g) do CCP pois os comportamentos regulados no Decreto-Lei 166/2013 visam garantir a transparência nas relações comerciais e não assegurar e proteger a concorrência sendo que a entidade com atribuições para fiscalizar e sancionar aquele ilícito é a ASAE e não o AdC (única entidade pública à qual cabe assegurar o respeito pelas regras da concorrência).

27. A apresentação, num procedimento pré-contratual, de um preço mais baixo que o de outro agente económico não consiste em qualquer acto contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade, isto é, em qualquer acto de concorrência desleal.

28. De qualquer forma, a concorrência desleal não consubstanciaria qualquer acto limitativo ou restritivo da concorrência (Acórdãos do TRP de 9-02-2006, processo 05369 11 e do STJ de 28-09-2010, processo 235/05.0TYLSB.L1.S 1) cuja competência sancionatória esteja atribuída à AdC (ao invés, está cometido à A SAE e ao INPI} que posso ser integrado no artigo 70.º n.º 2 ai. g) do CCP.

29. Concluindo-se pela improcedência das alegações da no sentido da exclusão das propostas que apresentem preço alegadamente inferior aos custos pretensamente obrigatórios.

30. Não é verdade que o preço da seja inferior aos custos com o pessoal.

31. Defendendo a que os custos com as retribuições devidas aos trabalhadores que prestam trabalho normal diurno (salário, subsídios de férias e de Natal, remuneração de trabalho nocturno, remuneração de trabalho em dia feriado, subsidio de alimentação e taxa social única) com uma portaria 24 horas TDA ascendem a 5.403,71€ e tendo a proposto o preço de 5.452.86€, é óbvio que, mesmo no perspectiva da, este é suficiente para fazer face a todas as obrigações que são impostas pela lei e cujo valor está previsto na lei.

32. De qualquer forma os cálculos efectuados pela para obter o valor de 5.403,71€ estão absolutamente errados.

33. Não há qualquer obrigatoriedade de considerar 25 dias de férias pois face ao ordenamento jurídico, a única certeza que há é que todos os trabalhadores têm direito, anualmente, a 22 dias de férias .

34. Não há qualquer obrigatoriedade de considerar as horas de formação, pois o Código do Trabalho não impõe uma obrigação de assegurar formação, em cada ano, a todos os trabalhadores, mas sim a 10% dos trabalhadores e admite uma possibilidade de diferir a efectivação da formação anual por dois anos (artigo 131.º n.º 5 e 6).

35. A carga horária que cada vigilante pode, legalmente, trabalhar é de 1903,96 e não de 1.845 horas.

36. Pelo quer os cálculos da quanto ao número de vigilantes necessário para a realização do serviços estão errados.

37. Atento o disposto no artigo 269.º do Código do Trabalho, no artigo 7.º n.º 4

ai. b) da Lei n.º 23/2012, na redacção da Lei n.º 48-A/2014, e na Cláusula 33^a do novo CCT celebrado entre o AES e a FETESE publicado no BTE n.º 32 de 29 de Agosto de 2014, tanto em 5 de Março de 2014 (date limite para apresentação de propostas), como até 31 de Dezembro de 2014, e hoje, os feriados são remunerados ao 50% e não a 125% como considerou a nos cálculos que efectuou.

38. As contribuições para o Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho apenas são obrigatórias para contratos celebrados após 1 de Outubro de 2013 (artigos 8.º n.º 1 e 3, 11.º e 12.º n.º 2 da Lei n.º 40/2013), sendo que nada impede que o adjudicatário afecte à prestação de serviço apenas trabalhadores contratados antes de 30 de Setembro de 2013.

39. Os "outros custos relacionados com o trabalho" não têm qualquer valor mínimo fixado na lei que se imponham a todos os operadores; são custos, por natureza, variáveis, que dependem de inúmeros factores ligados à capacidade de gestão, capacidade comercial e capacidade negocial dos concorrentes.

40. Quanto a tais custos - designadamente, no que aqui releve, os custos com o seguro de acidentes de trabalho - não pode ser imposto a qualquer operador que suporte um determinado valor ou que utilize uma dada fórmula para calcular tais 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].

41. Carecem de qualquer sustentação os teorias do sobre o custo que a terá que suportar com o seguro de acidentes de trabalho, quer porque esta entidade pretende impor à que projecte os custos para os anos de 2014-2015 com base em dados referentes a 2012, quer porque esta desconsidera a efectiva realidade da e faz toda uma série de presunções que não demonstra e que não correspondem à verdade.

42. A totalidade da argumentação da assenta num exercício especulativo que é da exclusiva responsabilidade daquela.

43. O preço proposto pela é suficiente para fazer face aos custos inerentes com a prestação e ainda, para lhe conferir lucro.

44. A proposta da não integra a previsão das alíneas e). f) ou g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, pelo que deverá improceder o presente recurso, mantendo-se a dota sentença recorrida, com o que se fará Justiça.

*

Com dispensa de vistos substituídos pelas competentes cópias entregues aos Exmos. Juizes Desembargadores Adjuntos, vem para decisão em conferência - artºs. 36º n.º 2 CPTA e 707º n.º 2 CPC, ex vi artº 140º CPTA.

*

Em 1^a Instância foi julgada provada a seguinte matéria de facto:

1. A sA, [.....], Autora [A], tem sede na Rua, Edifício, Linda-a-Velha, Carnaxide, Oeiras.

2. Em 18/10/2013, mediante o anúncio de procedimento nº 5164/2013, publicado no Diário da República [DR], II Série, nº 202, a sA, [.....], Ré/Requerida [R], publicitou o lançamento do no "concurso limitado por prévia qualificação nº 15/2013 para a aquisição de serviços de segurança e vigilância para as instalações e equipamentos de edifícios da SÁ" [Concurso].

3. Em 23/10/2013, o Concurso acabado de referir foi ainda objecto de

publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

4. Ao presente concurso candidataram-se as seguintes empresas:

....., SA, [.....], Autora [A];

A , SA, [.....], ora contra-interessada;

A , SA, [.....], ora contra-interessada;
....., SA [.....];

....., LDA [.....];

....., LDA [.....]; e

..... [.....].

5. Em 28/01/2014, terminada a fase de qualificação, foram convidadas a apresentar propostas as seguintes referidas empresas:,

..... e - Convite que contém, como Anexo 1, o Relatório Final da fase de qualificação dos candidatos - cfr Convite de fls 2269/ss do PA Anexo, pasta IV.

6. Do **Caderno de Encargos** [CE], entre o mais, consta o seguinte que ora se destaca:

«(...) Cláusula 3º Prazo de vigência

1. O presente Contrato é válido pelo prazo de 12 (doze) meses, com início a 1 de marco de 2014.

2. Decorrido o período referido no número anterior, o Contrato pode, por acordo das partes, ser objecto de renovação por idêntico período, desde que a duração total do Contrato não seja superior a 36 (trinta e seis meses).

3. Com a antecedência de 60 dias relativamente ao termo do período inicial do Contrato, previsto no número um anterior, a pode comunicar ao Adjudicatário a sua intenção de renovação atual.

4. O Adjudicatário deve, no prazo máximo de 30 dias a contar da recepção da comunicação a que se refere o número anterior, comunicar à se aceita, ou não, a proposta de renovação recebida»;

«(..) Cláusula 26º Encargos gerais

1. São da responsabilidade do Adjudicatário todos os encargos decorrentes da utilização de marcas registadas, patentes ou licenças.

2. É da responsabilidade do Adjudicatário o pagamento de quaisquer impostos, taxas, direitos de qualquer natureza ou outros encargos exigidos pelas autoridades competentes e relativos à execução do Contrato nos territórios do país ou países do Adjudicatário, dos seus subcontratados ou de passagem em transporte.

3. O disposto no número anterior aplica-se também à obtenção de quaisquer autorizações e ao pagamento de quaisquer emolumentos exigidos pelas autoridades competentes relativamente ao cumprimento das obrigações que impendem sobre o Adjudicatário no âmbito do Contrato, incluindo licenças de importação e de exportação.

4. São encargos do Adjudicatário todas as despesas necessárias à regular e boa execução da prestação do serviço objecto do Contrato, nomeadamente:

a) Os vencimentos do pessoal;

b) As contribuições para a Segurança Social, Caixa de Previdência, encargos sociais e os prémios de seguro exigidos no presente Caderno de Encargos;

c) Os uniformes e cartões profissionais de identificação do pessoal;

d) Os equipamentos considerados necessários à prestação do serviço objecto do Contrato.

5. São da responsabilidade do Adjudicatário quaisquer despesas resultantes da prestação da Caução previstas no Programa do Concurso e no presente

Caderno de Encargos».

«(...) Cláusula 33^a Preço

1. Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, como contrapartida pela prestação de todos os serviços objecto do Contrato, a paga ao Adjudicatário o **valor fixo anual constante da proposta adjudicada o qual não pode, em qualquer caso, ser superior a 1.587.000,00 € (...) acrescido de IVA à taxa legal em vigor**, se este for legalmente devido.

2. Caso sejam realizados serviços de intervenção pontual de piquete, em situação de alarme (...).

3. Caso sejam realizados serviços de vigilância, de carácter extraordinário, previstos na Cláusula 4^a do presente Caderno de Encargos, (...).

4. Como contrapartida da realização dos serviços de vigilância, de carácter extraordinário, nos termos do número anterior, a paga ao Adjudicatário o **valor hora constante da proposta adjudicada o qual não pode, em qualquer caso, ser superior aos seguintes montantes**, acrescido de IVA à taxa legal em vigor, se este for legalmente devido:

Segunda a Domingo diurno: **11 €**

Segunda a Domingo nocturno: **14 €**

Dia Feriado diurno: **20 €**

Dia Feriado nocturno: **24 €**

5. Caso a venha a alterar ou reduzir as instalações descritas no Anexo 1 do presente caderno de encargos, o Adjudicatário obriga-se (...)).

«Cláusula 34º Condições de pagamento

1. Não há lugar a pagamentos adiantados ao Adjudicatário.

2. O valor do preço anual constante da proposta adjudicada será pago mensalmente, após a execução dos serviços contratados, e de acordo com a periodicidade da sua execução conforme Anexo

3. As facturas mensais devem ser liquidadas (...).

4. Sempre que o Adjudicatário realize serviços de vigilância, de carácter extraordinário, deverá (...)» - cfr. fls 25/ss do PA anexo, Pasta I.

7. Do Programa do Concurso [PC], entre o mais, consta o seguinte que ora se destaca:

«Artigo 17º Critério de adjudicação

A adjudicação é feita segundo o **critério do mais baixo preço**, por referência ao preço anual a que se refere o nº 1 da cláusula 33-do Caderno de Encargos para os serviços de segurança e vigilância» -cfr o PA a nexo.

8. Do **Convite do concurso**, entre o mais, consta o seguinte que ora se destaca:

«(...) 5. As propostas devem ser constituídas pelos seguintes documentos:

a) Declaração do Concorrente de aceitação do conteúdo do Caderno de Encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo 1 ao Código dos Contratos Públicos (doravante "CCP");

b) **Documento que contenha o preço anual a pagar** pela Entidade Adjudicante, nos termos previstos no **nº 1 da cláusula 33º do Caderno de Encargos**, pela prestação de **todos os serviços objecto do Contrato**, o qual será pago pela em prestações mensais, nos termos do dispôs Cláusula 343 do Caderno de Encargos, devendo discriminar os valores Individualizados para cada instalação.

c) **Documento que contenha a indicação do preço hora adicional de trabalho por recurso afecto a pagar** pelos serviços de vigilância, de carácter extraordinário, nos termos previstos na **cláusula 33º nº 3, do Caderno de Encargos**;

d) No caso de o preço proposto ser **50% ou mais inferior ao parâmetro base**

constante da cláusula 33º nº I, do Caderno de Encargos, documento que contenha os esclarecimentos justificativos do preço apresentado» - cfr fls 01/ss do PA anexo, Pasta I.

9) - Dentro do prazo definido para o efeito, a Autora a e a apresentaram as respectivas propostas – cfr. o PA anexo.

10. Em 07/05/2014, o Júri do Concurso [Júri] formulou um **pedido de esclarecimentos sobre a proposta da**, nos seguintes termos:

«Destinatários (...) Referência (...) Assunto - Pedido de Esclarecimento à Proposta apresentada pela concorrente (...)»

Dada a importância que o **preço da proposta tem no presente procedimento de contratação**, enquanto critério de adjudicação, **torna-se imperativo para a garantir que o preço apresentado pelos concorrentes se encontre devidamente justificado, cumprindo com o estipulado na regulamentação colectiva aplicável e na legislação laboral, social e fiscal em vigor.**

Face ao exposto, solicitamos a V^a Exas que, nos termos do disposto no **artigo 72º do CCP**, no prazo de 5 (cinco) dias **venham apresentar uma nota justificativa do preço proposto, para a totalidade das horas solicitadas no Caderno de Encargos.**» -cfr fls 2383 do PA, Pasta IV.

11. Em 12/05/2014, a **respondeu** ao pedido acabado de referir, pela exposição e requerimento de fls 2387/ss do PA [Pasta IV] da qual ora se destaca o seguinte:

«(...) 1º - Das peças concursais resulta que **os concorrentes apenas estão obrigados a prestar esclarecimentos justificativos do preço se este for 50% ou mais inferior ao preço base**, isto é, se for anormalmente baixo (ponto 5 ai d) do Convite à apresentação de proposta).

2º- Não impondo a entidade adjudicante qualquer dever de justificar o preço que não seja anormalmente baixo.

3º- O que está em consonância como regime legal aplicável.

(...) 14º- Ora, **o preço proposto pela de 1.492.725,12€ está bastante afastado do limiar do preço anormalmente baixo.**

(...) 24º- Para as justificações do preço regem as disposições dos artº s 57º, nº 1, ai d) e 71º do CCP, cujos pressupostos, como vimos, não estão reunidos.

25º- Em suma, **Situando-se o preço proposto pela bem acima do valor o partir do qual o preço é considerado anormalmente baixo nos termos da lei e das peças concursais, não tem enquadramento legal o pedido de justificação do preço efectuado pelo júri e não impende sobre a qualquer dever de resposta a tal pedido.**

(...) Em face do exposto, a não irá apresentar a nota justificativa do preço solicitada porquanto entende que não está legalmente obrigada a fazê-lo, já que:

- inexiste fundamento legal ou procedural para apresentação de esclarecimentos justificativos e um preço que não é anormalmente baixo
- fora dos limites do preço anormalmente baixo, os concorrentes são livres de apresentar o preço que entenderem, **sem que tal contendam com as suas obrigações remuneratórias, contributivas e fiscais**
- a explicitação dos cálculos efectuados na formação do preço traduz-se numa violação do segredo de negócio. (...»).

12. Em 10/07/2014, após a análise e a avaliação das propostas, o Júri elaborou e aprovou o **Relatório Preliminar**, do qual ora se destaca o seguinte:

«(...) III. PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS ÀS PROPOSTAS APRESENTADAS

No dia 7 de maio de 2014 e nos termos do disposto nº 1 do artigo 72º do CCP **foi solicitado esclarecimento à proposta apresentada pela concorrente SA o qual foi prestado pela mesma e disponibilizado a**

todos as concorrentes através da plataforma electrónica (...) e que se encontra junto ao procedimento, nos termos e para os efeitos do nº 3 do artigo 72º do CCP.

I V. ADMISSÃO/EXCLUSÃO DA(S) PROPOSTA(S) APRESENTADA(S)
Todas as propostas apresentadas pelas concorrentes supra referidas em a), b, e c) do ponto II, cumprem com o disposto no **ponto 5 da Carta Convite**, na medida em que foram entregues todos os documentos nele exigidos.

Face ao exposto, propõe-se a admissão das três propostas apresentadas pelas concorrentes e

V. METODOLOGIA, AVALIAÇÃO DA(S) PROPOSTA(S) E DELIBERAÇÃO

Considerando a metodologia de avaliação da proposta, o mais baixo preço por referência ao preço a que se refere o disposto no nº 1 da cláusula 33º do Caderno de Encargos e conforme definido no artigo 172 do Programa de Concurso, e tendo em conta que o valor da proposta apresentada pela concorrente é de 1.492.725,12 Euros, com fundamento no exposto nos pontos anteriores deste relatório, o Júri delibera por unanimidade:

a) Admitir todas as propostas apresentadas pelas concorrentes , e , com a seguinte ordenação:

1º -1.492.725,12 €

2º -1.569.998,04 €

3º -1.586.969,30 €

VI. audiência prévia (...)» - cfr. fls. 2399/ss do PA, Pasta IV.

13. Discordando da decisão do Júri, acabada de referir, a Autora e a pronunciaram-se em sede de audiência prévia, respectivamente, a fls 2417/ss ao PA, com os fundamentos ali expostos, idênticos aos da presente Acção, e, a fls 2407/ss ao PA [Pasta IV].

14. Em 12/08/2014, o Júri elaborou o **Relatório Final** de fls 3025/ss do PA [Pasta V], do qual ora se destaca o seguinte:

«(..) III. PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS ÀS PROPOSTA APRESENTADAS

No dia 7 de maio de 2014 e nos termos do disposto nº 1 do artigo 72º do CCP **foi solicitado esclarecimento à proposta** apresentada pela concorrente , SA o qual foi prestado pela mesma e disponibilizado a todas as concorrentes através da plataforma eletrónica) e que se encontra junto ao procedimento, nos termos e para os efeitos do nº 3 do artigo 72º do CCP.

(...) VI. ANÁLISE DA PRONÚNCIA APRESENTADA PELA
No que respeita à pronúncia da , a defesa da exclusão da proposta da concorrente assenta, antes de mais, no enquadramento dos esclarecimentos pedidos enquanto esclarecimentos justificativos de preço anormalmente baixo, à luz da alínea e) do nº 2 do artigo 70º do CCP.

Em suma, defende a a tese de que o artigo 71º do CCP funciona apenas como uma presunção, a entidade adjudicante considerar que o preço é anormalmente baixo independentemente das restrições decorrentes desta disposição legal e do estabelecido no programa do procedimento.

Nestes termos, a realiza uma interpretação do nº 2 do artigo 71º do CCP, no sentido de que o órgão competente para a decisão de contratar tem a faculdade de considerar como anormalmente baixo o preço constante das propostas que, não obstante se situarem acima do limiar resultante do critério previamente fixado, suscitam dúvidas sobre a sua seriedade ou congruência. Nesta sequência, considera a referida concorrente que a entidade adjudicante invocou erradamente o artigo 72º do CCP e que, na verdade, estamos perante

um preço anormalmente baixo, pelo que a recusa da em prestar os esclarecimentos solicitados geraria a exclusão da proposta nos termos da alínea e) do nº 2 do artigo 70º do CCP.

(...) Ora, a não apresenta proposta abaixo dos valores mínimos legais, pelo que não é possível identificar *per si* qualquer violação de regras legais ou regulamentares. (...)

VII. DELIBERAÇÃO

Com base no atraso exposto e no relatório preliminar de 10 de julho de 2014, em conclusão, o juri delibera

a) Manter a admissão de todas as propostas apresentadas pelas concorrentes, e, com a seguinte ordenação:

1º - 1.492.725,12 €

2º - 1.569.998,04 €

3º - 1.586.969,30 €

b) Propor a adjudicação da proposta apresentada pela concorrente , no valor anual de Euros 1.492.725,12 (...).

15. Em 18/08/2014, a adjudicação foi comunicada aos concorrentes, juntamente com o Relatório Final, através da plataforma electrónica que serve de base à sua tramitação.

16. Em 25/08/2014, inconformada, a ora A,, na sequência do relatório final acima referido, apresentou o recurso hierárquico e de impugnação de fls 3061/ss do PA [pasta V] e para impugnar «a deliberação tomada naquele relatório», ou, «caso já tenha sido emitida a decisão de adjudicação», impugnar essa decisão e solicitar a suspensão da sua eficácia, como os fundamentos ali expostos, similares aos da presente acção.

17. A pronunciou-se a fls 3116/ss do PA [pasta V].

18. Em 18/08/2014, foi levado ao conhecimento da Autora a decisão de adjudicação da Ré à proposta da Concorrente no âmbito deste concurso nº 15/2013.

19. A presente acção deu entrada em juízo em 19/09/2014 - fls 2 e 3.

DO DIREITO

O acórdão sob recurso vem assacado de incorrer em erro de julgamento nas seguintes matérias:

- (a) preço anormalmente baixo itens 1 a 6, 9 a 12, 27 a 29 e 35 a 41 das conclusões;
- (b) esclarecimentos da proposta (pedido e recusa) itens 7 e 8, 14 a 26 e 30 a 34 das conclusões;
- (c) preços predatórios itens 42 a 56 das conclusões.

1. preço base; limiar automático de anomalia;

Na circunstância, a tipologia procedural reporta ao concurso limitado por prévia qualificação, tendo-se adoptado o critério de adjudicação do mais baixo preço no artº 17º do Programa do procedimento (PP) – vd. **item 7 do probatório** - com fixação de preço base global de 1.587.000,00 €, cláusula 33º nº 1 do Caderno de encargos (CE) e preços base unitários no tocante ao valor

hora, cláusula 33º nº 3 do CE – vd. **item 6 do probatório** – bem como da apresentação de documentos conjuntamente com a proposta, relativos ao “preço anual a pagar .. pela prestação de todos os serviços objecto do contrato ... devendo discriminar os valores individualizados para cada instalação”, ponto 5 b) do Convite, ao “preço hora adicional de trabalho por ... serviços de vigilância de carácter extraordinário”, ponto 5 c) do Convite, e aos esclarecimentos justificativos em caso do preço proposto ser igual ou inferior a 50% do preço base global fixado na cláusula 33º nº 1 do CE, ponto 5 c) do Convite – vd. **item 8 do probatório**.

Atento o enquadramento normativo que lhe corresponde, o **preço base** fixado no CE significa que a entidade adjudicante determinou:

- i. o limite máximo “que se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações” objecto do contrato, cfr. artºs. 47º nº 1 a) e 97º nº 1 CCP;
- ii. introduziu um parâmetro de validade e razão material de exclusão de propostas cujo preço contratual seja superior, cfr. artºs. 70º nº 2 d) e 146º nº 2 o) CCP, bem como
- iii. um dos dois mecanismos de aferição automática de preço anormalmente baixo, no caso, de o preço contratual ser igual ou inferior a 50% do preço base fixado no CE, cfr. artº 71º nº 1 b) CCP, causa imediata de exclusão se a proposta não for acompanhada do documento justificativo do preço apresentado em desrespeito do limite automático de anomalia, cfr. artºs. 57º nº 1 d), 70º nº 2 e) 1ª parte e 146º nº 2 d) e o) CCP.

2. juízo de suspeita de anomalia do preço contratual – artºs. 71º nºs 1, 2 e 3 e 72º nº 1 CCP;

No caso trazido a recurso a questão não vem colocada na perspectiva da violação do limiar automático de preço anormalmente baixo na exacta medida em que o preço contratual da Contra-Interessada, ora Recorrida, apresenta um valor total acima do limiar resultante do critério de adjudicação previamente fixado no programa do concurso.

A existência de preço base e consequente automatismo da operatividade do mecanismo legal supletivo ou da iniciativa administrativa, previsto no artº 71º nº 1 CCP, não constitui factor preclusivo da competência da entidade adjudicante de, discricionariamente e com fundamento nas disposições conjugadas dos artºs. 71º nºs 1, 2 e 3 e 72º nº 1 CCP, abrir no procedimento o **incidente de averiguação** da seriedade e congruência das propostas sobre as quais, no seu entender, perfile de modo fundamentado e concreto um **juízo de suspeita de anomalia** sobre o preço contratual proposto.

Relativamente ao limiar de anomalia estabelecido em critério legal supletivo no artº 71º nº 1 CCP segue-se o entendimento sustentado pela doutrina da especialidade no sentido de que este normativo contém “(..) uma **presunção legal inilidível** de que as propostas cujo preço seja inferior ao limiar estabelecido devem ser consideradas anómalas, isto é, devem ser necessariamente submetidas ao sub-procedimento de verificação da sua anomalia. Todavia, **o preceito não estabelece qualquer proibição** de submeter a essa mesma verificação outras propostas que, por decisão fundamentada, sejam também consideradas de preço anormalmente baixo. como muito bem sintetiza Rosanna de Nictolis “**a compatibilidade do limiar matemático** de determinação das propostas anómalas **com o direito comunitário** só pode ser admitida sob condição de a interpretar no sentido de que **a mesma não preclude o poder da Administração** de, discricionariamente, submeter á verificação outras propostas, cujo preço se

situa acima daquele limiar, e que despertem igualmente suspeitas sobre a sua seriedade ou congruência”.

Por isso, e caso se entenda que a permissão nele não se encontra **directamente** prevista, por **interpretação extensiva do nº 2 do artigo 71º do CCP** deve admitir-se que o órgão competente para a decisão de contratar tem a faculdade de considerar anormalmente baixo o preço constante de proposta que, não obstante se situar **acima** do limiar resultante do critério previamente fixado, suscita sérias dúvidas sobre a sua seriedade ou congruência. (..)”. (1)

*

Decorre do exposto que, num primeiro momento, este juízo de suspeita há-de assentar no conteúdo da proposta e documentos instrutórios, tal como levados ao procedimento, o que implica saber como é que se forma o dever jurídico de pedir esclarecimentos, isto é, quais são os pressupostos desse dever administrativo, seja no quadro de limiar automático de anomalia do preço proposto, v.g. por auto-vinculação da entidade adjudicante, ou mesmo que não haja nem limiar de anomalia no convite ou no programa do concurso nem preço base no caderno de encargos.

O uso de **poderes discricionários** da entidade adjudicante para considerar duvidosa uma dada proposta por ausência de congruência intrínseca e, consequentemente, de seriedade para sustentar a execução continuada das prestações contratuais, configura um juízo dubitativo de seriedade tomado à luz das circunstâncias vigentes e conhecidas no momento em que decorrem os preliminares pré-contratuais, e fundado no preciso preço contratual proposto que à entidade adjudicante se apresenta como passível de enquadrar um **preço anormalmente baixo**, donde, pressupõe que terminado o prazo de apresentação das propostas, o júri,

(i) primeiro, proceda à análise das que foram apresentadas no uso da competência genericamente estatuída no **artº 69º nº 1 b) CCP**,
(ii) segundo, **solicite** ao candidato ou concorrente, por escrito e sob prazo adequado, esclarecimentos justificativos “relativos aos elementos constitutivos da proposta” antes de propor a exclusão da proposta com fundamento no citado preço anormalmente baixo, isto é, peça esclarecimentos sobre os pontos concretos da proposta apresentada que, no **critério motivado do júri**, num **primeiro patamar** de análise, suportam o fundado juízo de dúvida sobre a congruência e seriedade da proposta e, num **segundo patamar** de análise, convergem na subsunção do preço contratual proposto no conceito de **preço anormalmente baixo** vazado no texto legal, vd. **artºs 71º nº 3 e 72º nº 1 CCP**,

(iii) terceiro, **analise** os esclarecimentos prestados pelo candidato sobre os pontos concretos da proposta solicitados e o dito preço anormalmente baixo proposto, **artº 71º nº 4**, tanto na hipótese dos limiares automáticos considerados no **artº 71º nº 1**, como de o preço contratual apresentado se situar acima da verificação automática de anomalia, **artº 71º nº 2 CCP**. Os dispositivos legais mencionados evidenciam a existência de um sub-procedimento enxertado no procedimento pré-contratual, tendo por finalidade adjectiva a observância do **contraditório sucessivo** junto dos candidatos ou concorrentes cujas propostas, depois de abertas e em via de análise pelo júri, suscitem objectivamente dúvidas de congruência e seriedade quanto ao cumprimento das obrigações no domínio da execução contratual, no que tange ao preço contratual.

Efectivamente, em juízo de normalidade com suporte nas características concretas do bem ou serviço que a entidade adjudicante pretende adquirir no

mercado, o **preço proposto** há-de ser suficiente para cobrir os **custos correntes** contabilisticamente necessários à execução do contrato, acrescidos da **margem de lucro** expectável pela pessoa singular ou colectiva, *maxime*, a sociedade comercial, que se candidata à adjudicação.

E mais; a **componente do preço contratual reportada à margem de lucro** não pode apresentar-se de tal modo *esmagada* no meio dos restantes custos correntes de execução do contrato que, em critério de probabilidade a qualquer sujeito com conhecimentos próprios no âmbito do objecto contratual se lhe afigure como verosímil que, contas feitas, a margem de lucro é obtida à custa de uma execução deficiente do produto ou serviço prestado pela Administração (aos contribuintes)

Consequentemente, em caso de adjudicação, os vícios na execução do contrato serão originários de uma prática administrativa indevida e expressa no acto de adjudicação de proposta que, em si mesmo, continha todas as indicações objectivas de que não era séria e congruente para cumprir o contrato e que, seja o órgão competente para a decisão de contratar, **artº 71º nº 2 CCP**, seja o júri por delegação, **artº 69º nº 2 CCP**, deviam ter visto e não viram.

Naturalmente que poderemos estar em sede de valorações por recurso a juízos técnicos, em que o **juízo jurídico sobre o preço anormalmente baixo é incindível dos juízos próprios da lex artis** a que o contrato a adjudicar se reporta, caso em que “(..) o controlo da qualificação técnica pelo tribunal implicaria já uma apreciação da própria discricionariedade administrativa, pelo que deve ser rejeitado. (...)”. (2)

Como diz a doutrina, “(..) O **contraditório** que é imposto pelas directivas comunitárias é, a nosso ver, um **contraditório dirigido**, no sentido de que os concorrentes cujas propostas são qualificadas como de preço anormalmente baixo têm de se justificar perante imputações, sejam elas genéricas ou concretas, que lhes são dirigidas **no sentido da suspeita de falta de seriedade ou congruência do preço proposto em relação à proposta contratual em causa**.

Esse contraditório tanto é dirigido, no sentido assinalado, nos casos em que o concorrente propõe um preço que **já sabe** ser anormalmente baixo (como sucede “quando esse preço resulte, directa ou indirectamente, das peças do procedimento”, na sintética expressão da parte final da **alínea d) do nº 1 do artº 57º do CCP**), como nos casos em que **só é confrontado** com essa qualificação no seguimento de uma decisão discricionária da entidade adjudicante proferida nos termos do **nº 2 do artº 71º do CCP**.

[(70) Ou ainda, quando a qualificação do preço como anormalmente baixo resulte da aplicação de um critério automático que, à semelhança do previsto na legislação italiana ou do que, entre nós, já constou do nº 6 do artº 93º do DL nº 235/86, de 18 de Agosto, depende da média dos preços propostos e, como tal, só pode ser conhecido depois de apresentadas e abertas as propostas. Nesse caso, é igualmente aplicável, por identidade de razão, o disposto no nº 2 do artº 71º.]

(..) nos casos em que a anomalia da proposta resulta do exercício de um **poder discricionário da entidade adjudicante**, como esta é obrigada a **fundamentar** a sua decisão (cfr. **nº 2 do artº 71º do CCP**), a anomalia tem que assentar em pontos precisos da proposta que lhe suscitam suspeitas concretas e que ao concorrente cabe afastar nas justificações que apresente ao abrigo do **nº 3 do mesmo artº 71º**.

(..) justificações (...) idóneas a demonstrar que o preço, ainda que anormalmente baixo, é um preço de mercado, sério e congruente. Trata-se, em síntese, de uma **demonstração, feita através de juízos de verosimilhança, que assenta num confronto com a realidade do mercado**.

(..) Por isso, sob pena de violação da directiva comunitária (cfr. **nº 1 do artº 55º da Directiva nº 2004/18**), o artº 71º do CCP deve ser interpretado à luz da jurisprudência *Lombardini*, [Acórdão do TJCE de 27.11.2001, processo C-285/99 e C-286/99 - *Lombardini/Mantovani*] no sentido de o seu nº 3 se aplicar também, nos dois casos previstos no nº 1, quando as justificações anteriormente apresentadas tenham criado na entidade adjudicante dúvidas sobre pontos ou elementos concretos e precisos da proposta. Mas, assim sendo, impõe-se também que seja convocada a aplicação da segunda parte do **nº 2 do artº 71º do CCP**, isto é, que a entidade adjudicante fundamentalmente essa decisão de solicitar novos “esclarecimentos justificativos”, pois só assim é que ocorre um verdadeiro **contraditório**, como o prevê, tanto aquele **nº 3 do artº 71º do CCP**. (..)” (3)

No sentido exposto, o **acórdão** deste TCAS tirado no rec. nº 6985/10 de 17.FEV.2011 de que fomos Relatora.

3. pedido de esclarecimentos de propostas – artº 72º nºs 1 e 2 CCP;

No caso trazido a recurso o júri ateve-se ao primeiro patamar de análise, pois que, tendo formulado um juízo de dúvida de anomalia solicitou esclarecimentos sobre o preço contratual proposto pela Contra-interessada ora Recorrida, vd. **item 10 do Probatório**, sem que tenha prosseguido na tramitação do incidente em causa, pois não concretizou o segundo patamar de análise em ordem a dirimir o juízo de dúvida e concluir pela verificação ou não da apresentação de um preço anómalo.

De acordo com o **item 10** do Probatório o pedido de esclarecimentos dirigido à Contra-interessada ora Recorrida foi formulado nos seguintes termos:

“(..) Dada a importância que o **preço da proposta tem no presente procedimento de contratação**, enquanto critério de adjudicação, **torna-se imperativo para a garantir que o preço apresentado pelos concorrentes se encontre devidamente justificado, cumprindo com o estipulado na regulamentação colectiva aplicável e na legislação laboral, social e fiscal em vigor**.

Face ao exposto, solicitamos a V^a Exas. que, nos termos do disposto no **artigo 72º do CCP**, no prazo de 5 (cinco) dias **venham apresentar uma nota justificativa do preço proposto, para a totalidade das horas solicitadas no Caderno de Encargos**. (..)”

Relativamente ao único atributo levado à concorrência, o pedido é explícito quanto ao âmbito de esclarecimento solicitado, a saber:

- i. “garantir que o preço apresentado ... se encontre devidamente justificado”
- ii. “cumprindo com o estipulado na regulamentação colectiva aplicável”
- iii. “e na legislação laboral, social e fiscal em vigor”

De acordo com o **item 11** do Probatório a Contra-interessada ora Recorrida não prestou esclarecimentos na matéria solicitada, justificando como segue, para o que ora interessa,

“(..)Para as justificações do preço regem as disposições dos **artº s 57º, nº 1, al d) e 71ºdo CCP**, cujos pressupostos, como vimos, não estão reunidos.

Situando-se o preço proposto pela **bem acima** do valor o partir do qual o preço é considerado anormalmente baixo nos termos da lei e das peças concursais, **não tem enquadramento legal o pedido de justificação do preço** efectuado pelo júri e não impende sobre a qualquer dever de resposta a tal pedido.

(..) Em face do exposto, a não irá apresentar a nota justificativa do preço solicitada porquanto entende que não está legalmente obrigada a fazê-lo,

já que:

- inexiste fundamento legal ou procedural para apresentação de esclarecimentos justificativos e um preço que não é normalmente baixo
- fora dos limites do preço anormalmente baixo, os concorrentes são livres de apresentar o preço que entenderem, sem que tal contenda com as suas obrigações remuneratórias, contributivas e fiscais (...)”.

Em sede Relatórios Preliminar e Final, supra nos **itens 12 e 14** do Probatório, o júri considerou que o solicitado esclarecimento à proposta “(..) foi prestado pela mesma (...)” e que a concorrente em causa “(..) não apresenta proposta abaixo dos valores mínimos legais, pelo que não é possível identificar *per si* qualquer violação de regras legais ou regulamentares (...)”, propondo a adjudicação da proposta apresentada pela Contra-interessada ora Recorrida. Decorre dos termos expressos nos Relatórios Preliminar e Final que a não concretização do juízo de anomalia suscitado em sede de pedido de esclarecimentos sobre o preço contratual se fundamentou no entendimento de que a proposta do concorrente em causa não apresenta preço contratual “(..) abaixo dos valores mínimos legais (...)”.

O que significa que o órgão competente para a decisão de contratar acompanhou o júri concursal no entendimento de que o preço contratual apresentado pela ora Contra-interessada e Recorrida não é reconduzível ao conceito de preço anormalmente baixo por não infringir os limiares automáticos de anomalia do artº 71º nº 1 CCP por reporte ao preço base fixado no PP.

*

Pelas razões de direito já expostas, não tem sustentação a imputada ilegalidade do pedido de esclarecimentos formulado quanto ao preço apresentado em valor **acima** do limiar automático de anomalia.

Por outro lado, em matéria de esclarecimentos, cabem no objecto da previsão do **artº 72º nº 1 CCP** “(..) tanto aqueles considerados necessários à análise quanto à avaliação das propostas, como refere o artº 72º/1 – que é o mesmo que dizer que podem ter como objecto qualquer questão ou assunto, formal ou material, a que as propostas respeitem (...)” no respeito, evidentemente, do enunciado de pressupostos de atendibilidade de esclarecimentos das propostas vazado no **artº 72º nº 2 CCP**: **não contradizer** os documentos juntos com a proposta, **não alterar ou completar os atributos, nem suprir omissões constitutivas de exclusão** nos termos do artº 70º nº 2 a) CCP; o que significa que **não são admitidos** esclarecimentos **interpretativos** em ordem a suprir deficiências de apresentação de atributos que contendam com a avaliação da proposta (causa de exclusão, artº 70º nº 2 c) CCP) salvo em matérias estritamente técnicas (que não jurídica, como é óbvio), **nem integrativos** em ordem a suprir omissões. (4)

*

Para além da licitude do pedido de esclarecimentos sobre o preço apresentado em valor **acima** do limiar automático de anomalia, no caso do concreto procedimento uma parte dos esclarecimentos solicitados é dirigida aos custos de pessoal a alocar à prestação do serviço de segurança, na **componente retributiva de base convencional e na componente fiscal**, sendo que por carência de melhor explicitação no processo, não se comprehende com precisão

o alcance atribuído pelo júri ao elemento “legislação social” na medida em que as contribuições à segurança social têm natureza parafiscal e, nesse sentido, já estariam incluídos na anterior formulação.

Como já se afirmou no **acórdão deste TCAS** tirado no rec. nº 7691/11 de 12.AGO.2011, de que fomos Relatora, o **princípio da irreduzibilidade da retribuição** vem consagrado no **artº 129º nº1d) do CT**, aprovado pela Lei 7/2009 de 12.02 (anterior artº 122º d) do CT aprovado pela lei 99/2003), normativo que apenas excepciona do âmbito de imperatividade garantística da prestação contratual por banda do trabalhador “os casos previstos neste Código e nos instrumentos de regulação colectiva de trabalho”.

Tal significa confinar as excepções a este princípio (i) às hipóteses expressamente contempladas no Código do Trabalho e (ii) aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

Nesta matéria, em análise comparativa com o regime do artº 21º da LCT, diz-nos a doutrina “(..) Por outras palavras: deixou de ser lícita a diminuição da retribuição, que não resulte de modificações contratuais, **por mero acordo das partes**. (..)”, bem como “(..) decorre da norma a sua índole **convénio-dispositiva**, nos termos e para os efeitos do **artº 5º do CT**: assim, não pode ser reduzida a retribuição por contrato de trabalho, salvo nos casos previstos na lei. (..)”, isto é, na medida em que limita a redução da retribuição ao domínio negocial que tenha por fonte a contratação colectiva, o artº 122º d) CT integra-se no campo das “(..) **normas que não podem ser afastadas pelos contratos de trabalho, mas podem ser afastadas por convenção colectiva de trabalho**. (..)” (5) (6)

Salvo o devido respeito por entendimento distinto, a obrigatoriedade de cumprimento da legislação laboral – e para fiscal, naturalmente, dado que se trata de obrigação de direito público - no que respeita ao pessoal que o adjudicatário venha a contratar, encontra as suas raízes no **princípio da legalidade**, na vertente da **preferência de lei**, que enforma toda a actividade da Administração, cfr. **artº 266º nº 2 CRP**, tendo por consequência a invalidade dos actos, e omissões de actos, cuja prática a lei impõe.

Atento o disposto no **artº 96º nº 2 CCP**, em caso de adjudicação os elementos constitutivos da proposta (*maxime*, atributos, termos e condições), assumem a natureza de clausulado contratual, o que significa que **os elementos essenciais da proposta em desconformidade com disposições legais imperativas contêm, de per si, a capacidade de se reflectir no contrato, afectando-o de invalidade por ilegalidade consequente**, sendo, por isso, caso de exclusão da proposta integrável na previsão do **artº 70º nº 2 f) CCP**, além de que, em sede de contratação pública, a apresentação de **preço contratual competitivo fundado no incumprimento dos mínimos legais de retribuição do trabalho e imposições fiscais e parafiscais** configurar, a nosso ver, o **falseamento da concorrência**, passível, igualmente, de exclusão da proposta nos termos do **artº 70º nº 2 g) CCP**. (7) (8)

4. causa de exclusão do artº 72º nº 2 e) CCP;

Todavia, na economia da causa não é questão juridicamente indiferente a circunstância de o júri não ter formulado um juízo de certeza, no sentido positivo ou negativo segundo os parâmetros expressos no pedido de esclarecimentos sobre o atributo da proposta, consequente do concreto juízo de suspeita de anomalia expressamente levado ao procedimento pelos esclarecimentos pedidos sobre o preço contratual nela apresentado.

De facto, o juízo de dúvida foi deixado em aberto em via do entendimento entretanto sufragado nos Relatórios Preliminar e Final de o conceito de preço

anormalmente baixo ter como pressupostos legais e, portanto, se restringir à desconsideração dos limiares automáticos de anomalia do artº 71º nº 1 CCP, vd. **itens 12 e 13 do Probatório**, no que foi acompanhado pelo órgão competente para a decisão de contratar, vd. **itens 15 e 18 do Probatório**. E como foi deixado em aberto porque o preço contratual da Contra-interessada ora Recorrida claramente se situa em valor superior ao limiar automático de anomalia, o procedimento nada evidencia sobre a matéria que foi objecto de solicitação de esclarecimentos.

Donde, do procedimento nada resulta em termos de matéria de facto que permita saber se o preço contratual da proposta que foi adjudicada “(..) se encontr[a] devidamente justificado, cumprindo com o estipulado na regulamentação colectiva aplicável e na legislação laboral, social e fiscal em vigor (...)” na medida em que não foi apresentada “(..)nota justificativa do preço proposto, para a totalidade das horas solicitadas no Caderno de Encargos (...)”, conforme solicitado, vd. **item 10** do Probatório.

*

Este aspecto lacunar no tocante à matéria de facto levada ao Probatório a partir do procedimento – isto é, matéria de facto resultante dos actos documentados no procedimento e levada ao probatório em sede de sentença do Tribunal *a quo* - assume importância no caso trazido a recurso, porque o regime do CCP não pressupõe que aos concorrentes seja vedado apresentar preços competitivos em valor igual ou inferior ao limiar da anomalia, apenas se impõe, nesta circunstância, que entre os **documentos constitutivos obrigatórios** da proposta e de consequente apresentação simultânea, figure o documento justificativo do preço anormalmente baixo proposto “quando esse preço resulte, directa ou indirectamente das peças do procedimento” cfr. **artº 57º nº 1 d)** CCP. (9)

Esta exigência da simultaneidade justificativa documental com a entrada da proposta na plataforma electrónica tem base normativa, pois havendo preço fixado nos termos do artº 71º nº 1 (1ª ou 2ª parte), a ausência de justificação documental do preço anormalmente baixo proposto determina a exclusão da proposta, cfr. **artº 70º nº 2 e)** CCP, ou seja, como salienta a doutrina “(..) resultando claramente o valor do preço anormalmente baixo da proposta do seu confronto com o caderno de encargos ou o programa, [se] o concorrente não apresentar logo, com ela, o documento previsto na alínea d) do artº 57º/1, hipótese que se vem entendendo ser causa da sua imediata exclusão **sem necessidade de solicitar ao concorrente a justificação** para o preço apresentado ..). (10)

Razão por que, salvo o devido respeito, não se acompanha o entendimento da ora Recorrente sintetizado no **item 14 das conclusões** de que, “(..) perante a recusa da de justificar o seu preço a única consequência legalmente admissível seria a exclusão daquela proposta; com efeito nos termos da alínea e) do nº2 do artigo 70º do CCP, são excluídas as propostas cuja análise revele um preço total anormalmente baixo - preço que foi discricionariamente considerado como tal pela entidade adjudicante (pelo júri) - cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados.(..)”.

*

A nosso ver, a causa de exclusão da **alínea e)** comporta duas hipóteses legais

distintas, em ordem à **operatividade do efeito jurídico de exclusão** determinado no **nº 2 do artº 70º**, em via de análise das propostas.

A primeira, configurada pela hipótese de um preço contratual em violação dos limiares automáticos do artº 71º nº 1 sem que o concorrente tenha acompanhado a proposta, ou seja, tenha instruído a proposta com o documento (nota justificativa) prescrito no **artº 57º nº 1 d)**.

Isto porque, em termos de CCP, por remissão do **artº 122º nº 2 para o artº 146º nº 2**, o relatório preliminar há-de propor a exclusão das propostas - cfr. **146º nº 2 d)** – “que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto no **nº 1 do artigo 57º**”, entre os quais figura o documento referido no **artº 57º nº 1 d**) – “documentos que contenham, os esclarecimentos justificativos da apresentação de um preço anormalmente baixo, quando esse preço resulte, directa ou indirectamente, das peças do procedimento”.

Portanto, se o preço contratual desconsidera, em resultado de análise aritmética, os percentuais legais ou o valor ou percentual supletivamente fixados pela entidade adjudicante (artº 71º nº 1) sem se mostrar junta a competente nota justificativa instrutória do preço apresentado na proposta, não cabe solicitar esclarecimentos, antes compete ao júri propor a exclusão da proposta com fundamento nos **artºs. 57º nº 1 d) e 146º nº 2 d) CCP**.

Neste quadro, por subsunção na primeira hipótese do **artº 70º nº 2 e)** também opera a causa de exclusão prevista no **artº 146º nº 2 o) CCP**.

A segunda hipótese consta do texto do **artº 70º nº 2 e) a partir da conjunção disjuntiva “ou” e vai até final**, configurada pelos esclarecimentos sobre o preço contratual **que tenham sido pedidos no domínio da competência nessa matéria atribuída ao júri pelo artº 72º**, esclarecimentos - que podem ter por objecto a nota justificativa que acompanha a proposta e que o júri considere necessitar de aclaração - e o júri tenha considerado inábeis ou inidóneos para afastar as dúvidas que previamente se lhe suscitaram em sede de anomalia do preço contratual (preço anormalmente baixo).

*

Ou seja, destas duas hipóteses decorre que o **artº 70º nº 2 e) CCP** tem como pressuposto que no decurso da análise das propostas em concreto, **o júri do procedimento concluiu o juízo valorativo sobre o preço apresentado**, desde a situação de dúvida que desencadeou a solicitação de esclarecimentos até à apreciação da situação de facto no confronto com os esclarecimentos dados, **no sentido de considerar verificado o enquadramento do preço apresentado no conceito de preço anormalmente baixo**.

A única omissão a que se reporta a causa de exclusão da alínea e) do artº 70º nº 2 tem por referência um acto omissivo do concorrente, certo, mas rege na hipótese de esse mesmo concorrente ter apresentado um preço igual ou inferior ao limiar automático de anomalia (legal ou plasmado no procedimento por iniciativa da entidade adjudicante) omitindo a nota justificativa instrutória da proposta de preço apresentado nestas circunstâncias, ou seja, **concentra-se na hipótese do artº 57º nº 1 d) conjugado com o artº 146º nº 2 d) e o) CCP**.

*

Na primeira hipótese do **artº 70º nº 2 e) CCP**, não é a omissão de esclarecimentos justificativos sobre o preço apresentado que, em si mesma, constitui causa de exclusão da proposta; a causa reside na **situação**

antecedente à verificada omissão, isto é, reside no **valor do preço apresentado**, subsumível no limiar matemático de anomalia e, sendo assim, não há esclarecimentos a pedir por parte do júri, nos termos já referidos. O caso trazido a recurso é, pelo contrário, insusceptível de subsunção na primeira parte do artº 72º nº 2 e) CCP pois, como já afirmado, este normativo pressupõe, implicitamente, a formulação de um **juízo conclusivo de anomalia por parte do júri do procedimento**, isto é, pressupõe que na hipótese de não serem prestados os esclarecimentos solicitados sobre atributos da propostas, v.g. sobre o preço apresentado, o júri no exercício da **competência própria** atribuída pelo artº 69º nº 1 CCP de apreciação das propostas e elaboração dos relatórios de análise, prossegue na **operação de consolidação ou de afastamento do juízo de suspeita de anomalia do preço que desencadeou o pedido de esclarecimentos**.

Exactamente por isso “(..) a falta de prestação dos esclarecimentos pedidos ao abrigo dessa norma [artº 72º/1 CCP] não determina, só por si, a exclusão das propostas de preço não esclarecidas, não decompostas nos seus diversos custos e encargos. Uma exclusão decidida nesses termos peca(ria), portanto, por invalidade. (..)”. (11)

*

Como já afirmado supra, o juízo de dúvida formulado aquando da solicitação de esclarecimentos sobre o preço apresentado na proposta **foi deixado em aberto**, com fundamento em que o preço contratual da Contra-interessada ora Recorrida se situa em valor superior ao limiar automático de anomalia e, por outro lado, dos articulados em termos de matéria de facto alegada com base na documentação procedural, nada resulta em termos de matéria de facto susceptível de ser levada ao **probatório**, quer pelo Tribunal *a quo* quer nesta fase pelo Tribunal de recurso.

O que significa que não releva para a economia do caso concreto a problemática da **formação do preço proposto** e do **modo de cálculo de um limiar de anomalia** da proposta apresentada pela Contra-interessada ora Recorrida, v.g. no respeito pelos encargos laborais e sociais mínimos de base legal e regulamentar próprios do sector de actividade económica em causa, e por duas ordens de razões, **primeiro** porque é matéria que não consta e, portanto, não participa da motivação expressa nos Relatórios Preliminar e Final que sustenta os esclarecimentos pedidos como prestados, **segundo** porque tal matéria não é sequer passível de subsunção na previsão do artº 95º nº 2 CPTA na exacta medida em que os factos trazidos ao processo e levados ao probatório não permitem identificar oficiosamente e subsumir no quadro jurídico em que se inserem as causas de invalidade alegadas pela ora Recorrente.

*

Por tudo quanto vem de ser dito, improcedem as questões trazidas a recurso em matéria de causas de exclusão de propostas conexionadas com o âmbito de solicitação e omissão de esclarecimentos por formulação de juízo de anomalia do preço proposto, no enquadramento específico do caso concreto sustentado pelo Recorrente - itens 7 e 8, 14 a 26 e 30 a 34 das conclusões - considerando-se prejudicadas as questões referentes a preços predatórios dos itens 42 a 56, pela solução dada às antecedentes.

Termos em que acordam, em conferência, os Juízes Desembargadores da Secção de Contencioso

Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul em julgar improcedente o recurso e confirmar o acórdão proferido.

Custas a cargo do Recorrente.

Lisboa, 09.JUL.2015

(Cristina dos Santos)

(Paulo

Gouveia).....

(Nuno Coutinho)

(1) **João Amaral e Almeida**, *As propostas de preço anormalmente baixo – Estudos de Contratação Pública, III/CEDIPRE*, Coimbra Editora/2010, págs. 118/119.

(2) **Mário Esteves de Oliveira**, *Lições de direito administrativo*, Lisboa/1980, pág. 355.

(3) **João Amaral e Almeida**, *As propostas de preço anormalmente baixo ...*, págs. 139/141,145.

(4) **Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira**, *Concursos ...* Almedina/2011 págs. 600/603, 939.

(5) **Pedro Martinez, Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Madeira de Brito, Guilherme Dray, Gonçalves da Silva**, *Código do Trabalho – Anotado*, Almedina/2007, pág. 292; **Diogo Vaz Marecos**, *Código do Trabalho – Anotado*, Coimbra Editora/2010, págs. 338/339.

(6) **M. Rosário Palma Ramalho**, *Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, Almedina/2005, pág.216.

(7) **João Amaral e Almeida/Pedro Fernandez Sanchez**, *Temas de contratação pública*, I, Coimbra Editora /2011, págs.318/321;

(8) **Rui Medeiros/João Amaral e Almeida/Pedro Fernandez Sanchez**, *A definição do conteúdo dos deveres da entidade adjudicante no cumprimento do disposto na alínea f) do nº 2 do artº 70 do CCP: o seu enquadramento à luz do princípio da legalidade - Parecer* junto a fls. 852vº-856 dos autos (fls. 112-119 do Parecer).

(9) **Mário Esteves de Oliveira et alli**, *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar – guias de leitura e aplicação*, Almedina/2008, págs. 64/641 e 790;**João Amaral e Almeida**, *As propostas de preço anormalmente baixo ...* págs. 129/134.

- (10) **Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira**, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública* Almedina/2011 pág. 939, nota (224); **Margarida Olazabal Cabral**, *O concurso público no Código dos Contratos Públicos -Estudos de Contratação Pública, I/CEDIPRE*, Coimbra Editora/2008, págs. 201/203.
- (11) **Mário Esteves de Oliveira**, *Dos efeitos decorrentes da falta de prestação de esclarecimentos do artº 72º do CCP, in Parecer* junto a fls. 1235-1237 dos autos (fls. 27-29 do Parecer).