

Acórdãos TCAN**Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte**

Processo: 01029/15.0BEPRT
Secção: 1ª Secção - Contencioso Administrativo
Data do Acórdão: 18-12-2015
Tribunal: TAF do Porto
Relator: Frederico Macedo Branco
Descritores: **PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL; PREÇO ANORMALMENTE BAIXO; CUSTOS SALARIAIS; NOVOS FUNDAMENTOS NAS ALEGAÇÕES.**
Sumário: 1 – Não cabe à entidade adjudicante fiscalizar o cumprimento de normas que se destinam a regular as relações entre os concorrentes e os respetivos trabalhadores.
A proposta violadora do disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea f), do CCP, não é aquela cujos preços não refletem os custos salariais e sociais mas antes a que contém condição ou elemento contrários aos normativos legais e regulamentares em vigor, conduzindo a que o contrato celebrado, por aceitar essa incompatibilidade, desrespeite tais normativos.
2 – No que concerne ao valor proposto, o enquadramento do preço “mínimo legal” está limitado pelo disposto no artigo 71.º, n.º 1 do CCP, em face do que apenas se estará perante uma proposta com preço anormalmente baixo quando seja 40 % inferior ao preço base fixado no caderno de encargos, relativamente ao procedimento de formação de um contrato de empreitada, ou 50 % inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de qualquer dos restantes contratos, situação aplicável ao caso vertente, cujo programa do concurso fixava um preço base.
3 - É na petição e não nas alegações facultativas do artº 91º, nº 4 do CPTA que o autor deve expor os fundamentos da ação, definindo o seu objeto, a saber, o pedido e a causa de pedir (cf. artº 78º, g) e h)).
Só é permitido ao autor invocar nas alegações a que alude o artº 91º, nº 4 do CPTA novos fundamentos do pedido, se eles forem de conhecimento superveniente (cf. nº 5 do citado preceito), o que terá de ser demonstrado.*
* Sumário elaborado pelo Relator.
Recorrente: P... – Companhia de Segurança, Lda
Recorrido 1: Município de VNG
Votação: Unanimidade
Meio Processual: Impugnação Urgente - Contencioso pré-contratual (arts. 100º e segs. CPTA) - Recurso Jurisdicional
Aditamento:
Parecer Ministério Público: Não emitiu parecer.
1
Decisão Texto Integral:

Acordam em Conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Norte:

I Relatório

A **P... – Companhia de Segurança, Lda**, no âmbito do identificado Processo de Contencioso Pré-Contratual intentado contra o **Município de VNG**, tendente, em síntese, à anulação da *“deliberação da Câmara Municipal de VNG de 05/03/2015, através da qual aquela Câmara ... proferiu decisão de adjudicação no âmbito do Procedimento Concursal para a prestação de Serviços de Vigilância e Segurança Humana a que corresponde o Lote 2 ao abrigo do acordo quadro (AQ-VS-2014-Serviços de Vigilância e Segurança ESPAP) e ainda a Suspensão da execução do contrato que eventualmente venha a ser celebrado com o adjudicatário do Concurso Público”*, não se conformando com a decisão proferida no TAF do Porto, em 21 de Setembro de 2015, que veio a julgar a ação “totalmente improcedente”, veio, em 12 de Outubro de 2015, recorrer jurisdicionalmente da mesma (Cfr. Fls. 1219 a 1283 Procº

físico).

Formulou a aqui **Recorrente/P...** nas suas alegações de recurso, as seguintes conclusões (Cfr. fls. 1276 a 1283 Procº físico):

“Da nulidade do Acórdão por omissão de pronúncia

A) O Acórdão recorrido enferma de nulidade nos termos do artigo 615.º/1 alínea d) do CPC decorrente do facto de o Tribunal a quo não se ter pronunciado sobre o vício invocado pelo Recorrente nos artigos 63.º a 67.º da PI, bem como nos Pontos 30 a 35 das Alegações de Direito, mais concretamente, quando se absteve de proferir qualquer pronúncia quanto à alegada invalidade do ato de adjudicação com base na violação do disposto no artigo 70.º/2 alínea a) do CCP.

B) O Acórdão recorrido também enferma de nulidade por omissão de pronúncia nos termos do artigo 615.º/1 alínea d) do CPC pelo facto de não se ter pronunciado sobre o vício invocado pela Recorrente nos Pontos 40 a 57 das suas Alegações de Direito nas quais a Recorrente alegou, ao abrigo do disposto no artigo 91.º/5 do CPTA e de forma superveniente, que o ato impugnado deveria ser considerado inválido pelo facto de a proposta adjudicada distorcer as regras da concorrência nos termos do artigo 70.º/2 alínea g) do CCP.

C) No Acórdão recorrido, o Tribunal a quo também não apresenta nenhum fundamento para não se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela Recorrente pelo que, das duas uma, i) ou o Tribunal não analisou todas as questões que foram suscitadas pela Recorrente (caso em que há uma omissão de pronúncia) ou ii) analisou todas as questões mas não se referiu a elas no Acórdão recorrido nem sequer fundamentou o motivo pelo qual não as conheceu (caso em que há, igualmente, uma omissão de pronúncia) devendo o Acórdão ser julgado nulo nos termos conjugados dos artigos 608.º/2 e 615.º/1 alínea d) do CPC.

Dos erros de julgamento

Da violação do artigo 70.º/2 alínea f) do CCP

D) O Acórdão recorrido enferma de um manifesto erro de julgamento quando julgou improcedente o vício invocado nos termos do artigo 70.º/2 alínea f) do CCP alegando, unicamente, que “não caberá à entidade adjudicante prover pelo cumprimento de normas que se destinam a regular as relações entre os concorrentes e os respetivos trabalhadores, mormente quando, como no caso, se trate de disposições imanentes de Convenções Coletivas de Trabalho”.

E) As questões que a Recorrente suscitou não tiveram que ver exclusivamente com a responsabilidade de a entidade adjudicante prover ou não pelo cumprimento de normas que se destinam a regular as relações com os concorrentes mas, mais especificamente, aferir em que medida é que as propostas apresentadas (independentemente de ser a entidade adjudicante ou o Tribunal a efetuarem esta avaliação)

conduzem à ilegalidade do contrato a executar nos termos do artigo 70.º/2 alínea f) do CCP.

F) No processo sob recurso, é patente que o preço mensal apresentado pela S... para os mencionados 9 postos em regime de “ronda móvel” cifra-se em apenas €125,36 mensais por cada posto (cfr. “Quadro 2” e “Quadro de Apoio” junto no Anexo B da proposta da S... junta com o Documento n.º 5 da PI), preço que se situa abaixo do preço mínimo incontornável para todos os concorrentes e omite, conforme confessado pela S..., custos decorrentes de disposições imperativas da CCT aplicável, pelo Código de Trabalho e pelo Código Contributivo da Segurança Social.

G) Nos documentos justificativos do preço apresentados com a proposta da S..., em especial o “Quadro de Apoio”, não é apresentada qualquer rubrica relativa a, pelo menos, os seguintes custos obrigatórios: i) “Subsídio de alimentação”, ii) “Descanso compensatório do trabalho em dia feriado” e iii) “Subsídio mensal de função de vigilante rondista”.

H) Contrariamente ao que foi decidido no Acórdão recorrido, o ato de adjudicação sub judice violou assim frontalmente o disposto no artigo 70.º/2, alínea f), do CCP.

Da violação do artigo 70.º/2 alínea a) do CCP

I) O Venerando Tribunal deverá conhecer e julgar procedente o vício que foi assacado ao ato impugnado com base no artigo 70.º/2 alínea a) do CCP e que havia sido alegado nos artigos 63.º a 67.º da PI bem como nos pontos 30 a 35 das Alegações de Direito da Recorrente (mas que não chegou a ser objeto de pronúncia por parte do Tribunal a quo) pelo facto da proposta da S... “não ter apresentado os cálculos subjacentes ao preenchimento do quadro 2 devidamente justificados” conforme seria imposto pelo Ponto IV. 2 do Convite (cfr. artigo 70.º/2 alínea a) do CCP)”.

Da violação do artigo 70.º/2 alínea g) do CCP

J) Os factos alegados pela Recorrente perante a CMVNG e na presente ação relativamente ao preço da proposta da S... indiciam claramente a existência de atos ou práticas imputadas à Contrainteressada suscetíveis de falsear as regras da concorrência, pelo que a referida proposta também deveria ser excluída nos termos do artigo 70.º/2 alínea g) do CCP.

K) No cenário em que uns concorrentes respeitam as suas obrigações legais e com isso veem as suas propostas encarecer e outros, ao arrepio do bloco de legalidade aplicável, apresentam intencionalmente preços contratuais que não refletem nem incluem todos os custos a que estão legalmente obrigados para executar os serviços a contratar representa (além da ilegalidade prevista no artigo 70.º/2 alínea f) do CCP) uma manifesta violação das regras mais elementares da concorrência.

L) A prova de que a S... detém uma posição dominante no mercado

não é, no enquadramento do direito da concorrência no âmbito do direito da contratação pública, uma questão central nesta temática, pelo que mesmo que a S... não detivesse, atualmente, uma posição dominante no mercado o certo é que com a constante oferta de preços abaixo do preço de custo nos inúmeros procedimentos pré-contratuais a que tem concorrido, trará consigo o efeito nefasto de destruir a concorrência através da criação de um potencial monopólio a curto e médio prazo.

M) Para que o artigo 70.º/2 alínea g) do CCP se possa operar apenas deverá ser demonstrada “a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência”, não se exigindo, assim, que o Tribunal elabore uma análise exaustiva sobre se a S... detém uma posição dominante no mercado, sendo suficiente a simples análise e prova indiciária de que o preço proposto não contempla todos os custos legais obrigatórios e que é predatório (“dumping”) para que o artigo 70.º/2 alínea g) do CCP seja aplicado (cfr. prova que foi realizada com base na confrontação do Documento n.º 5 da PI (proposta da S...) com o Quadro 1 junto no artigo 30.º da Contestação).

N) A quota de mercado relevante atual (cfr. análise do mercado relevante da contratação pública de serviços de segurança e vigilância humana reportados ao último trimestre do corrente ano e disponível no site www.base.pt) bem como a sua capacidade de se comportar e praticar preços predatórios independentemente da concorrência, apontam para um abuso de posição dominante por parte da S... que é ilegal nos termos do artigo 11.º/2 alínea a) da Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio.

O) A proposta da S... para além de conduzir à ilegalidade do contrato celebrado, violando disposições normativas imperativas, distorce a concorrência e deveria ter sido excluída (não só mas também) nos termos do artigo 70.º/2 alínea g) do CCP.

P) Sem prejuízo da nulidade do Acórdão recorrido por omissão de pronúncia nos termos do artigo 615.º/1 alínea d) do CPC, no presente recurso a Recorrente apela junto deste Venerando Tribunal para que este se pronuncie, em conformidade com o artigo 149.º/1 e 3 do CPTA sobre a invalidade da proposta da S... à luz do artigo 70.º/2 alínea g) do CCP (cfr. Pontos 40. a 57. das Alegações de Direito da Recorrente).

Da ilegalidade da admissão da proposta da C...

Q) A proposta da C... deveria ser excluída por ter apresentado termos ou condições que violam aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, concretamente o número de horas de vigilância solicitadas pelo artigo 14.º/1 do CE, que foi desconsiderado e não imputado no preço da proposta (cfr. artigo 70.º/2 alínea b) do CCP).

R) A proposta deveria igualmente ter sido excluída pelo facto de ocorrer uma impossibilidade de avaliação da proposta apresentada em virtude da forma de apresentação de algum dos atributos, neste caso,

pelo facto de no atributo do preço apresentado terem sido tomadas em consideração menos 2.970,50 horas do que as horas exigidas pelo CE quando, outros concorrentes, imputaram no seu preço as horas de serviço impostas pelo CE (cfr. artigo 70.º/2 alínea c) do CCP).

S) Ao contrário do que o Tribunal a quo parece ter entendido, a apresentação da declaração correspondente ao Anexo I não pode, em caso algum, sanar violações aos parâmetros base fixados pelo CE, nem colmatar lacunas que impedem a avaliação da proposta da C... e a sua comparação com as demais propostas, não sendo possível à entidade adjudicante admitir uma proposta que viola parâmetros base do CE com a invocação de que, na execução do contrato, essas desconformidades serão desconsideradas e substituídas pelas disposições imperativas do caderno de encargos preterido.

T) O Acórdão recorrido incorreu em erro de julgamento ao considerar, também, que o vício invocado ao abrigo do artigo 70.º/2 alínea b) do CCP só se coloca em sede de execução do contrato e que não deveria ser atendido na fase pré-contratual, porquanto acolher o entendimento plasmado na decisão recorrida conduziria a que as regras concursais fossem totalmente desconsideradas com o fundamento de que, a final, o que realmente releva é a execução do contrato, independentemente deste se mostrar conforme ou não com as regras concursais e com as propostas dos concorrentes.

Da caducidade do ato de adjudicação impugnado

U) A redação da garantia bancária apresentada pela S... à CMVNG em 15.03.2015 diverge do modelo imposto pelo Anexo D do Convite (cfr. Documento n.º 1 junto com a PI), divergência que retira a eficácia da mesma como garantia irrevogável e “on first demand” conforme era exigível neste Concurso, devendo ser declarada a caducidade do ato de adjudicação sub judice, por força do disposto no artigo 91.º/1 do CCP e, bem assim, no Ponto VI e do respetivo Anexo B do Convite.

V) O Acórdão recorrido fundamenta a improcedência da invocação do vício referindo que “a questão da validade da garantia bancária prestada será inócua, em especial se tivermos em consideração que se trata de garantia prestada já em sede de adjudicação do contrato e não no âmbito pré-contratual que é o que aqui se discute (...). Tal será porventura objeto de discussão em sede contratual entre ambos os contraentes”

W) O fundamento exposto pelo Tribunal a quo para julgar improcedente o vício alegado demonstra, claramente, que o órgão decisor confunde o regime pré-contratual com o regime contratual no âmbito dos procedimentos concursais, isto porque como o Tribunal a quo não deveria olvidar, nos termos do artigo 91.º/1 do CCP, “a adjudicação caduca se, por facto que lhe seja imputável, o adjudicatário não prestar, em tempo e nos termos estabelecidos nos artigos anteriores, a caução que lhe seja exigida”, estando a entidade adjudicante obrigada, ao abrigo do artigo 91.º/2 do CCP, a “adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente”

X) Porquanto só depois dos documentos de habilitação e da caução

serem entregues pelo adjudicatário e validados pela entidade adjudicante é que se procederá à outorga do contrato, sendo apenas a partir do momento em que o contrato for celebrado e outorgado pelas Partes que a fase “contratual” se inicia.

Y) Do onde subjaz que o Acórdão recorrido incorre, uma vez mais, num manifesto erro de julgamento e de fundamentação na medida em que os motivos expostos não se mostram suficientes nem legalmente alicerçados para justificarem a improcedência do vício invocado.

Da invalidade do contrato celebrado

Z) O ato de adjudicação sub judice, que adjudicou a proposta da S... e classificou a proposta da C... em segundo lugar, não só é manifestamente ilegal como caducou, invalidando dessa forma, e por força do disposto no artigo 283.º/2 do CCP, o contrato que, na sequência daquela decisão de adjudicação, foi celebrado entre o Réu e a Contrainteressada S....

AA) Tendo em consideração que o Tribunal recorrido não se pronunciou diretamente sobre esta questão (desde logo pelo facto de ter considerado o ato de adjudicação totalmente válido e eficaz), deverá o Tribunal recorrido pronunciar-se sobre este ao abrigo do artigo 149.º/1 e 3 do CPTA.

Da condenação à prática do ato devido e à reconstituição da situação hipotética atual

BB) A procedência dos pedidos impugnatórios formulados no presente recurso obriga à reconstituição da situação atual hipotética de que a Recorrente beneficiaria caso a decisão final do Concurso não tivesse incorrido nos vícios demonstrados nesta ação, determinando, necessariamente, não só a alteração da ordenação final das propostas no Concurso público (com exclusão das propostas da S... e da C...) e a consequente adjudicação da proposta da Recorrente (cfr. artigos 4.º/2 a) e c), 5.º/1, 46.º/2 a) e b) e 47.º/2 a) do CPTA, aplicáveis ex vi artigo 100.º/1, in fine, do CPTA).

CC) Pelo que, uma vez mais, deverá o Tribunal recorrido pronunciar-se sobre esta matéria ao abrigo do artigo 149.º/1 e 3 do CPTA.

NESTES TERMOS Deverá o presente recurso ser julgado procedente e ser revogado o Acórdão de 24.09.2015 pelo facto de enfermar de nulidade por omissão de pronúncia nos termos dos artigos 608.º/2 e 615.º/1 do CPC e pelo facto de incorrer em diversos erros de julgamento por violação dos artigos 70.º/2 alíneas a), b), c) f) e g) e 90.º e 91.º todos do CCP sendo ainda requerido, ao abrigo do artigo 149.º/1 e 3 do CPTA que o Venerando Tribunal se pronuncie sobre as matérias em relação às quais o Tribunal recorrido não se pronunciou.”

O Recurso Jurisdicional veio a ser admitido por despacho de 14 de Outubro de 2015 (Cfr. Fls. 1287 Procº físico).

A aqui **Contrainteressada/S...** veio apresentar as suas contra-

alegações de Recurso em 14 de Outubro de 2015, concluindo do seguinte modo (Cfr. fls. 1293 a 1325 Procº físico):

“1. Alega a Recorrente que o Acórdão recorrido enferma de nulidade nos termos do artigo 615º n.º 1 alínea d) do CPC por o tribunal a quo não se ter pronunciado sobre o vício colocado pela recorrente nos artigos 63º a 67º da p.i..

2. Etribando-se no Acórdão do TCA Sul de 29 de Janeiro de 2015, proferido no processo 11661/14, publicado em www.dgsi.pt, o tribunal a quo decidiu que «não caberá à entidade adjudicante prover pelo cumprimento de normas que se destinam a regular as relações entre os concorrentes e os respetivos trabalhadores»,

3. O que significa que, para o tribunal a quo, a entidade adjudicante não tem que aferir em que medida as propostas dos concorrentes respeitam os custos mínimos legais obrigatórios, não tendo, pois, os concorrentes que justificar o preço proposto nos termos pretendidos pela Recorrente nos artigos 63º a 66º da p.i.;

4. Concluindo-se, pois, pela improcedência da nulidade por omissão de pronúncia invocada nas conclusões A) e C) das alegações de recurso.

5. Alega a Recorrente que o Acórdão recorrido enferma de outra nulidade nos termos do artigo 615º n.º 1 alínea d) do CPC por o tribunal a quo não se ter pronunciado sobre o vício invocado pela Recorrente nos pontos 40 a 57 das suas alegações de Direito.

6. O artigo 91.º n.º 5 do CPTA estabelece que o autor, nas alegações, apenas pode invocar novos fundamentos do pedido, se os mesmos forem de conhecimento superveniente, estando o Autor adstrito a alegar e a demonstrar tal superveniência (cf. artigo 342º n.º 1 do Código Civil).

7. O fundamento invocado nos pontos 40 a 57 das alegações da Autora não é de conhecimento superveniente.

8. Aquando da propositura da ação, a P... tinha perfeito e integral conhecimento da proposta da S..., pelo que, se entendia que da mesma emergiam fortes indícios de práticas suscetíveis de falsear a concorrência poderia e deveria tê-lo invocado na petição inicial.

9. Como não o fez, ficou precludida a possibilidade de o fazer na fase de alegações.

10. Concluindo-se pela inadmissibilidade da sua invocação nas alegações;

11. E, conseqüentemente, pela impossibilidade de conhecimento das mesmas pelo Tribunal, sob pena de excesso de pronúncia (artigo 95.º n.º1 do CPTA).

12. É, pois, improcedente a nulidade por omissão de pronúncia invocada nas conclusões B) e C) das alegações de recurso.

13. O douto Acórdão recorrido, reconhecendo a liberdade dos concorrentes para fixarem o preço, considerou que não cabe à entidade adjudicante prover pelo cumprimento de normas que regulam as relações entre os concorrentes e os trabalhadores.

14. Entendimento que está em conformidade com o princípio da concorrência, princípio conformador da contratação pública.

15. Tanto o direito comunitário como o direito nacional elegeram, como princípio geral enformador da contratação pública, o princípio da concorrência (cfr. considerando (2) da Diretiva 2004/14/CE, artigo 18.º n.º1 da Diretiva 2014/24/EU, artigo 1.º n.º 4 do CCP).

16. Tal princípio, interpretado em conformidade com a pré-existência do princípio geral de concorrência, tal como consagrado nos artigos 101.º e 109.º do TFUE e nos artigos 9.º e ss. da Lei 19/2012 de 8 de Maio exige que sejam eliminadas as práticas anti concorrenciais na contratação pública, de molde a que a concorrência no mercado da contratação pública não seja limitada, restringida ou distorcida.

17. A adoção, no âmbito da contratação pública, de práticas anti concorrenciais, isto é, suscetíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência, constituirá violação direta do TFUE (cf. artigo 101º).

18. A imposição de preços mínimos, seja qual for a forma que revista constitui, sem margem para dúvidas, prática anti concorrencial, já que «Quando se estabelecem preços mínimos, os fornecedores que podem praticar preços ainda mais baixos são impedidos de conquistar quota de mercado pela oferta de propostas mais vantajosas aos consumidores».

19. Também a exigência de justificação de preço que não deva ser considerado anormalmente baixo constitui prática suscetível de impedir, falsear ou restringir a concorrência.

20. Não existe norma legal no ordenamento jurídico, comunitário ou nacional, que proíba a prestação de serviços com prejuízo.

21. Não existe norma legal que imponha que o preço inclua todos os custos inerentes à prestação do serviço em causa e/ou que o concorrente tenha que ter lucro (cf. o Acórdão do STA de 14/02/2013, proferido no processo 0912/12, disponível em www.dgsi.pt, e na Jurisprudência do TJUE, Processos apensos C- 147/06 e C-148/06 SECAP SpA, Processo C- 388/12ANCONA)

22. Não existe norma legal que delimite os termos em que o preço deva ser formado e/ou proposto. Ou que imponha a decomposição do mesmo numa determinada estrutura fixa de custos. Ou ainda que obrigue o concorrente a organizar a sua gestão de custos e a imputar os custos com os trabalhadores nos preços dos contratos celebrados com os clientes aos quais esses trabalhadores serão afetos (cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 29 de Janeiro de 2015, proferido no processo n.º 11661/14, Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 19 de Junho de 2015, proferido no processo n.º 1646/14.5BESNT(AVR) e o Acórdão do Tribunal Central

Administrativo Sul de 1 de Outubro de 2015, proferido no processo 12103/15)

23. Inexistindo qualquer amarra legal que fixe os termos em que o preço deve ser determinado, e atento o princípio de liberdade de gestão empresarial, cabe a cada concorrente formar o preço de acordo com os seus critérios, as concretas circunstâncias de que for titular e, ademais, os objetivos que tenha para aquele concreto contrato.

24. Conclui-se, assim, que o concorrente a um procedimento de contratação pública, em função da sua estratégia de mercado, poderá definir livremente o preço da sua proposta e, designadamente, reduzir ou eliminar a sua margem de lucro, ou mesmo assumir algum prejuízo.

25. Nos termos do artigo 55º da Diretiva 2004/18/CE, do artigo 69º da Diretiva 2014/14/EU e do artigo 71.º do CCP, o único limite ao princípio da liberdade de formação de preços é o regime do preço anormalmente baixo.

26. O único preço “mínimo” que os concorrentes estão vinculados a respeitar e a considerar, na formação do preço é o preço anormalmente baixo (cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 07 de Fevereiro de 2013, proferido no processo n.º 09611/13, www.dgsi.pt)

27. O respeito pelo princípio fundamental da concorrência impõe que, fora dos casos do preço anormalmente baixo, ninguém se possa imiscuir no modo como a empresa organiza a sua atividade e como calcula e reparte os custos respetivos.

28. A imposição de preços mínimos (fora do quadro do preço anormalmente baixo) é uma barreira manifestamente falseadora e/ou restritiva da concorrência que impede os agentes económicos mais eficazes de apresentar preços mais vantajosos para a entidade adjudicante, prejudicando a prossecução do interesse público. E que, ademais, leva todos os concorrentes a alinhar os seus preços por cima, impedindo o funcionamento do princípio basilar da contratação pública: o princípio da concorrência (cf. Parecer de Mário Esteves de Oliveira, fls. 48 e 50, Parecer de Nuno Ruiz, fls. 5 e 6 e Projeto de recomendação da Autoridade da Concorrência à Autoridade para as condições do trabalho)

29. O preço proposto pela S... não é anormalmente baixo, pelo que não é legal nem legítimo lançar qualquer suspeição sobre o mesmo.

30. Não sendo a sua proposta de preço anormalmente baixo, a S... não estava obrigada a justificar o preço proposto.

31. O ponto IV.2 do Convite não impunha aos concorrentes a justificação do preço através da sua decomposição numa estrutura de custos fixa e pré-definida. Nem poderia fazê-lo sob pena de violação do princípio da concorrência, como vimos supra.

32. A S... cumpriu o ponto IV.2 do Convite, já que instruiu a sua

proposta com documento «Quadro de apoio, elaborado em conformidade com ponto IV.2 ao Convite», no qual demonstrou que os preços mensais indicados no quadro 2 se obtinham através da multiplicação dos preços unitários/hora pelo número de horas.

33. Não se verifica a previsão da alínea a) do n.º2 do artigo 70.º do CCP, pois tal disposição reporta-se à falta de apresentação de atributos da proposta. E, atento o critério de adjudicação fixado, o único atributo das propostas é o preço (artigos 56.º n.º2 e 74.º n.º 2 do CCP), sendo que a S... apresentou, de forma clara e inequívoca, o preço total, os preços unitários e os preços mensais.

34. A preservação de sã e equilibrada concorrência constitui valor constitucional (artigo 81º al. e) CRP) cujo sacrifício não se justifica em ordem à salvaguarda de direitos que podem e devem ser acautelados com recurso a meios adequados que não influam negativamente na concorrência.

35. Não é a imposição dum preço mínimo que impõe ou assegura o cumprimento da legislação laboral, social ou ambiental.

36. O cumprimento pelo concorrente das obrigações laborais, sociais ou outras está devidamente acautelado por outros mecanismos.

37. As diretivas comunitárias têm mecanismos próprios, legais, para assegurar que os concorrentes cumprem a legislação laboral, social ou outra, designadamente para aferição da conformidade das propostas com o cumprimento das obrigações aplicáveis em matéria ambiental, social e laboral (cf. artigos 59º a 61º da Diretiva 2014/24)

38. Já no direito interno a necessidade de cumprimento de obrigações legais foi prevista e acautelada no próprio CCP, que impede a adjudicação a concorrentes que não tenham a sua situação regularizada perante a Autoridade Tributária e Aduaneira e a Segurança Social ou que tenham sido condenados pela prática de contraordenações laborais (artigos 55.º al. d), e), g) e h) e 81.º n.º1 al. b) do CCP).

39. Em conclusão, não se mostra justificado nem legítimo o escrutínio do preço para aferir do cumprimento pelo concorrente das obrigações laborais, sociais ou outras quando a lei prevê mecanismos próprios, e além do mais, adequados e eficazes que permitem essa aferição.

40. Pelas razões expostas não é lícita a presunção de que uma oferta de preço que não corresponda a um valor mínimo inexigível decorra da violação pelo operador económico de disposições legais imperativas.

41. A lei mune as entidades adjudicantes dos meios necessários para acautelar e sindicar as propostas de preço anormalmente baixo. O que a lei não permite é a subversão do Principio da Concorrência e a introdução de práticas restritivas da mesma (mediante imposição de preços mínimos) em situações cujo preço, nos termos da programação concursal definida, não possa ser considerado anormalmente baixo e, como tal, não seja suscetível de gerar a degradação das propostas.

42. Não se mostra preenchida a previsão do artigo 70.º n.º2 al. f) do CCP porquanto «a proposta violadora do disposto no artigo 70º n.º 2 alínea f) do CCP não é aquela cujos preços não refletem os custos salariais e sociais mas antes que contém condição ou elemento contrários aos normativos legais e regulamentares conduzindo a que o contrato celebrado, por aceitar essa condição ou elemento, desrespeite tais normativos – o que há de ressaltar de imediato da proposta apresentada – (...)» (cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 19 de Junho de 2015, proferido no processo 1646/14.5BESNT(AVR))

43. Sendo a imposição de preços mínimos uma prática restritiva da concorrência proibida nos termos do artigo 101º do TFUE;

44. Sendo a revelação do modo como os concorrentes chegaram ou construíram determinado preço a propor igualmente uma prática restritiva da concorrência nos termos do artigo 101º do TFUE (cf. Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado);

45. Sobrepondo-se o princípio da concorrência à prossecução das políticas ambientais, sociais e laborais, como revela a consagração do primeiro no artigo 101º do TFUE e no primeiro número do artigo 18º da Diretiva 2014/24 aparecendo as segundas apenas no seu número 2;

46. Sendo o escrutínio da composição do preço apenas admitido, a título excecional, nas situações de proposta de preço anormalmente baixo (cf. artigos 55º da Diretiva 2004/18/CE, 69º da Diretiva 2014/14/EU e 71º do CCP), não existindo tal possibilidade se a proposta não se configurar como proposta de preço anormalmente baixo;

47. Então, o artigo 101º do TFUE, o artigo 55º da Diretiva 2004/18/CE, o artigo 69º da Diretiva 2014/24/UE e o artigo 71º do CCP só podem ser interpretados no sentido de proibirem quer a imposição de preços mínimos quer o escrutínio dos preços propostos fora dos casos de propostas de preço anormalmente baixo.

48. Concluindo-se, pois, que, não constituindo a proposta de preço apresentada pela S... uma proposta de preço anormalmente baixo não há que escrutinar o preço por ela proposto, sob pena de violação do artigo 101º do TFUE, do artigo 55º da Diretiva 2004/18/CE, do artigo 69º da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 71º do CCP

49. Em face do exposto, improcedem as conclusões D), E), F), G) e H).

50. Sem prejuízo do supra exposto, a invocação de que um preço não suporta todos os custos ditos obrigatórios não preenche a previsão da alínea g) do n.º2 do artigo 70.º do CCP (Acórdão do TCAS de 29-01-2015, processo 11661/14)

51. Com efeito, uma forte concorrência de preços é em geral benéfica para os consumidores, sendo que a apresentação, num procedimento pré-contratual, de um preço mais baixo que o de outro agente

económico não constitui qualquer ato violador das regras da concorrência (ponto 23 das Orientações da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE e parecer de Nuno Ruiz).

52. É falso que a S... detenha ou alguma vez haja detido uma posição dominante no mercado da prestação de serviços de vigilância humana.

53. Aliás, em Março de 2014 a AdC declarou que não existiam indícios de que a S... detivesse uma posição dominante (fls. 5 e 6 do documento n.º 19 junto com a contestação da S...)

54. A P... não demonstrou minimamente que a S..., no período Abril-Julho de 2015 tivesse obtido, junto de clientes públicos, contratos de valor superior aos demais operadores, sendo que, de qualquer forma, daí não se extrairia qualquer argumento favorável à sua tese porquanto: em primeiro lugar, estando em causa uma invocação de que à data da apresentação da proposta (Janeiro de 2015) a S... tinha uma posição dominante, o que relevaria seria a situação dessa S... nesse momento e não seis meses depois; em segundo lugar, o mercado relevante é o da prestação de serviços de vigilância humana (cfr. pontos 12 a 23 da decisão do Conselho da AdC no processo CCent. N.º 5/2010 C... / Ativos Star) e não o mercado da contratação pública de serviços de vigilância humana; em terceiro lugar, para determinação da posição dos operadores num dado mercado há que atender ao número de clientes total e ao volume de negócios total e não apenas ao número de clientes novos angariado num dado período.

55. Para determinação de uma posição dominante é necessário, no mínimo, alegar e demonstrar factualidade que defina o mercado, designadamente nos seus parâmetros concorrenciais essenciais (procura, oferta, preço, produção, qualidade, diversidade do produto ou serviço, inovação), defina a posição no mercado da empresa dita dominante e dos principais concorrentes, defina as condições de entrada nesse mercado e as condições de expansão no mesmo, defina o risco de uma futura expansão dos atuais concorrentes ou de entrada de concorrentes potenciais e defina o poder negocial dos compradores (pontos 10 a 18 das Orientações da Comissão Europeia na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE); tal factualidade não foi alegada e menos ainda demonstrada pela P....

56. Para determinação da verificação de um comportamento predatório é necessário, no mínimo, alegar e demonstrar factualidade que demonstre que a empresa dominante praticou preço inferior à totalidade ou a uma parte específica da sua produção durante o período de tempo relevante, que demonstre que a empresa dominante registou ou está a registar perdas que poderiam ter sido evitadas, que demonstre qual o custo evitável médio (CEM) e o custo marginal médio a longo prazo (CMMLP) da empresa dominante e que demonstre que a empresa dominante pratica preços abaixo do CMMLP (pontos 25, 26, 63 a 74 das Orientações da Comissão Europeia na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE), demonstração que a P... não fez.

57. Concluindo-se que não está minimamente indiciado que a S..., aquando da apresentação da proposta detivesse uma posição dominante ou que tivesse adotado comportamentos predatórios, pelo que é manifestamente improcedente a alegação de que está preenchida a alínea g) do n.º2 do artigo 70.º do CCP.

58. Concluindo-se, pois, pela improcedência das conclusões J), K), L), M), N), O) e P) das alegações da recorrente.

59. Na garantia apresentada pela S... o Banco garante obriga-se a efetuar o pagamento de 78.904,88€ à primeira solicitação, independentemente da existência de qualquer meio de defesa, designadamente meios relacionados com o cumprimento do contrato celebrado entre a entidade adjudicante e o adjudicatário, mais se estabelecendo que a garantia é irrevogável e não pode ser denunciada, mantendo-se em vigor até ao integral cumprimento do contrato celebrado entre a entidade adjudicante e o adjudicatário (documento n.º 10 junto com a petição inicial), pelo que a garantia cumpre as exigências dos artigos 88.º n.º1 e 90.º n.º6 do CCP.

60. A cláusula em que se estabelece que a garantia autónoma se extingue quando o respetivo instrumento original for devolvido ao garante em nada afeta a sua natureza irrevogável ou a exigibilidade do pagamento à primeira solicitação, sendo tal referência inócua porquanto, naturalmente, é o Município de VNG que tem a posse do instrumento original da garantia (concretamente, recebeu-o em 16 de Março de 2015 - Documento n.º 20 junto com a contestação da S...).

61. De qualquer forma, ainda que a garantia padecesse de qualquer vício a lei condiciona a caducidade da adjudicação ao decurso de incidente concretizado, no mínimo, na audiência prévia da S... e na deliberação da Câmara de VNG que considerasse, fundamentadamente, verificados os pressupostos do artigo 91.º n.º1 do CCP (artigo 91.º do CCP e Acórdão do TCAS de 6-11-2014, processo 11393/14), o que não se verificou.

62. Concluindo-se, pois, pela improcedência das conclusões U), V), W), X) e Y) das conclusões das alegações da recorrente.

63. Em conclusão, o Acórdão recorrido não padece dos vícios que a Recorrente lhe imputa, devendo ser mantido na íntegra, improcedendo as conclusões Z), AA), BB), CC) das alegações da recorrente.

Termos porque se conclui pela necessária improcedência do recurso interposto pela Autora."

O Recorrido **Município** veio apresentar Contra-alegações de Recurso em 03/11/2015, concluindo (Cfr. Fls. 1380 a 1381 Procº físico).

"A - A suposta existência de práticas suscetíveis de falsear a concorrência foi invocado de tardiamente e sem factos que o sustentem, não havendo obrigação de o Tribunal a quo o analisar;

B - Do mesmo modo, a suposta violação da a) do n.º 2 do art. 70º foi

alegada de forma deficiente e sem sustentação capaz, não podendo o Tribunal pronunciar-se sobre ele;

C - É pacífico na jurisprudência que a entidade adjudicante não tem que verificar se a proposta cumpre as regras laborais, cuja fiscalização cabe às entidades competentes;

D - E em todo o caso não é manifesto que a proposta da concontratada S... implique a violação dessas regras laborais, não só porque pode obter reduções - legais - de custos, como porque pode compensar eventuais perdas em algum dos serviços que integram o concurso com ganhos obtidos nos outros postos;

E - A S... demonstrou cabalmente os cálculos subjacentes, como resulta do PA;

F - Não foram alegados e muito menos demonstrados factos que permitam, sem margem para dúvidas, concluir que a S... tem uma posição dominante no mercado dos serviços de segurança e que usa práticas suscetíveis de falsear a concorrência;

G - Os dados agora trazidos pela recorrente, ainda que sejam exatos, referem-se apenas aos contratos recentemente adjudicados, esquecendo os contratos que estão em vigor, o que não permite aferir a real "quota de mercado" de cada uma das empresas;

H - A garantia bancária prestada cumpre todos os requisitos legais e a menção nela constante à extinção pela entrega do original ao Banco é não só inócua (pois o original está na posse do recorrido, que só o entregará quando entender) como supérflua (pois essa sempre será uma forma legal de extinção da garantia bancária, independentemente dessa menção expressa);

I - O erro na proposta da C... não invalida a proposta, pois a empresa sempre teria que prestar o serviço previsto nas peças concursais;

J - Em suma, não se verifica nenhum dos vícios apontados ao ato impugnado, que assim se deve manter;

L - Sendo o ato válido, é também válido o contrato celebrado e não há lugar à condenação à prática de ato devido e muito menos a indemnização;

Termos em que deve ser negado provimento ao presente recurso, sendo integralmente mantida decisão recorrida, com o que farão V. Exas, como habitualmente, JUSTIÇA”.

O Juiz relator do TAF do Porto pronunciou-se em 6 de Novembro de 2015, face aos vícios/nulidades suscitadas, nos seguintes termos (Cfr. Fls. 1389 a 1393 Procº físico):

“A arguente alega como fundamento da nulidade arguida a omissão de pronúncia em relação a dois dos três vícios por ela assacados ao ato impugnado.

A mesma sustenta que na Petição Inicial (PI) assacou dois vícios ao ato impugnado, a saber: i) violação do artigo 70.º, n.º 2 alínea f) do Código dos Contratos Públicos (CCP); e ii) violação do artigo 70.º, n.º 2 Alínea a) do CCP.

E que, posteriormente, por força da sua superveniência, em sede de alegações assacou ainda ao ato impugnado o vício de violação do artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP.

Sendo que, segundo a arguente, o Tribunal deveria ter-se pronunciado sobre estes três vícios tendo-se apenas pronunciado relativamente ao

vício de violação do artigo 70.º, n.º 2 alínea f) do CCP, enfermado assim a sentença proferida de nulidade por omissão de pronúncia em relação aos demais.

Sucede que, tal entendimento carece de sustentação na medida em que, por um lado, e contrariamente ao alegado pela arguente, a sentença proferida pronuncia-se em relação ao vício alegado na PI - a violação do n.º 2, alínea a) do artigo 70.º do CCP.

Por outro lado, a sentença não tinha de se pronunciar em relação ao vício arguido nas alegações de direito relativo à violação do artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP

De facto, No que respeita ao vício assacado ao ato impugnando na **PI** de violação do n.º 2, alínea a) do artigo 70.º do CCP, na **PI** a arguente sustenta esse vício nos mesmos factos que servem de base à invocação da violação da alínea f) do mesmo artigo.

Essa factualidade reconduz-se à questão dos custos subjacentes ao preço a proposta apresentada pela concorrente "S..."

Com base nessa factualidade a arguente sustenta:

a) Por um lado, que o preço apresentado na proposta da "S..." seria violadora das normas da Convenção Coletiva de Trabalho aplicáveis, do Código de Trabalho e do Código da Contribuição Social (o que consubstanciaria a referida violação ao artigo 70.º, n.º 2 alínea f) do CCP);

b) Por outro lado, que a "S..." não apresentou os cálculos subjacentes ao preenchimento do quadro 2 [relativo à proposta de preço] devidamente justificados conforme era imposto pelo Ponto IV.2 do Convite (o que consubstanciaria a referida violação ao artigo 70.º, n.º 2 alínea a) do CCP).

Sucede que, o Tribunal ao analisar a questão da referida violação do artigo 70.º, n.º 2 alínea f) do CCP pronunciou-se sobre as questões de facto e de direito subjacentes à questão da formação do preço da proposta e dos elementos que para a mesma relevam para esse efeito o Tribunal analisou e pronunciou-se sobre os elementos que para o mesmo concorrem, e bem ainda sobre o que, nessa sede, deve ser objeto de justificação, e em que medida, por referência à legislação aplicável e à jurisprudência pacificada nessa matéria, mormente ao acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 29 de Janeiro de 2015, proferido no processo 11661/14, (publicado em www.dgsipt).

Ora, se é certo que o Tribunal tem o dever de se pronunciar sobre todas as questões relevantes para a decisão a proferir, caso a solução dada pelo Tribunal para uma questão prejudique a apreciação das demais, não há qualquer omissão de pronúncia. Ademais, não se poderão confundir as questões nucleares que os litigantes submetem à apreciação e decisão do tribunal com as razões, de facto ou de direito, argumentos e pressupostos em que fundam a respetiva posição na questão (cf., por exemplo, Acs. do Tribunal Central Administrativo - Norte, de 18.12.2008 e 10.04.2008).

Ora, no caso em apreço o Tribunal ao pronunciar-se sobre as questões atinentes ao vício de violação do artigo 70.º, n.º 2 alínea f) do CCP, conheceu também das questões respeitantes ao vício de violação do artigo 70.º, n.º 2 Alínea a) do CCP, motivo pelo qual não se verifica omissão de pronúncia nesse aspeto.

Por seu turno, no que concerne à alegada omissão de pronúncia relativa ao vício de violação do artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP, que a arguente assacou ao ato impugnado em sede de alegações, a mesma sustenta que esse vício devia ter sido objeto de pronúncia, por se tratar de vício de que a mesma só tomou conhecimento posteriormente à interposição.

Acresce que a arguente sustenta a superveniência desse conhecimento na superveniência do facto que consubstancia o vício invocado, referindo que à data da interposição da ação a posição dominante no mercado não era detida pela "S..." mas por outra entidade.

Ora, a esse propósito cumpre referir que dos próprios argumentos da arguente, decorrem os fundamentos para o Tribunal não ter de se pronunciar sobre o vício em questão na decisão proferida, visto que, se a posição dominante da "S..." no mercado não se verificava à data da interposição da ação pela Autora, por maioria de razão não se verificava à data em que foi proferido o ato impugnado, pelo que nunca poderia esse ato enfermar de tal vício.

Assim sendo, não colhe a argumentação da arguente relativamente à superveniência deste vício apenas invocado pela mesma em sede de alegações, não se verificando as condições legais para o seu conhecimento, por não se encontrarem reunidos os requisitos legais previstos no artigo 91.º, n.º 5 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Isto porque, apesar de este permitir ao autor invocar novos fundamentos do pedido em sede das alegações de direito, desde que sejam de conhecimento superveniente, no caso concreto a situação superveniente nunca poderia consubstanciar um fundamento do pedido.

De facto, está em causa não o conhecimento superveniente de uma situação passível de fundamentar o pedido da arguente, mas sim a ocorrência de uma situação superveniente, que nunca poderia fundamentar esse pedido, sendo completamente irrelevante em relação ao mesmo, pois seria impossível considerar-se que um ato enfermava de violação do 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP [por abuso da posição dominante da "S..."], quando à data da prática do ato impugnado a mesma não detinha tal.

Termos nos quais também não colhe a alegação de nulidade por omissão de pronúncia do Tribunal quanto a este aspeto."

O Ministério Público junto deste Tribunal, notificado em 25 de Novembro de 2015, nada veio dizer, requerer ou promover.

Prescindindo-se dos vistos legais, mas com envio prévio do projeto de Acórdão aos juízes Desembargadores Adjuntos, foi o processo submetido à conferência para julgamento.

II - Questões a apreciar

Importa apreciar e decidir as questões colocadas pela Recorrente, sendo que o objeto do Recurso se acha balizado pelas conclusões expressas nas respetivas alegações, nos termos dos Artº 5º, 608º, nº 2, 635º, nº 3 e 4, todos do CPC, ex vi Artº 140º CPTA, onde se suscita, designadamente, omissão de pronúncia face a vícios suscitados face ao ato objeto de impugnação.

III – Fundamentação de Facto

O Tribunal a quo, considerou a seguinte factualidade:

- “1. A autora é uma sociedade que se dedica à prestação de serviços de vigilância e controlo de acesso, permanência e circulação de pessoas em instalações, bem como da instalação e manutenção de material e equipamento de segurança.*
- 2. Em 23.01.2015, o réu endereçou um convite à autora para a apresentação de uma proposta nos termos do artigo 259.º do CCP para a contratação da prestação de serviços de vigilância e segurança humana a que corresponde o “Lote 2 ao abrigo do Acordo Quadro (AQ-VS-2014) – Serviços de Vigilância e Segurança – (ESPAP)” (doravante “concurso”) (cfr. doc. nº 1 junto aos autos com a p.i. e que aqui se dá por integralmente reproduzido).*
- 3. A decisão de contratar foi tomada pela Câmara Municipal de VNG em 12.01.2015 (cfr. Ponto II do doc. nº 1 junto aos autos com a p.i. e que aqui se dá por integralmente reproduzido).*
- 4. Nos termos do Ponto III do Convite, ao concurso aplicar-se-ia, em tudo o que não estivesse especialmente regulado, as disposições do Caderno de Encargos do Acordo Quadro referido (cfr. doc. nº 2 junto aos autos com a p.i. e que aqui se dá por integralmente reproduzido)*
- 5. O preço base do concurso é de €1.070.000,00 (um milhão e setenta mil euros) por ano (não incluindo o Imposto sobre o Valor Acrescentado) (cfr. Artigo 11.º do Caderno de Encargos (“CE”) do Procedimento junto aos autos com a p.i., como doc. nº 3, e que aqui se dá por integralmente reproduzido).*
- 6. O contrato a celebrar terá a duração de 2 (dois) ano e o critério de adjudicação é o do mais baixo preço;*
- 7. As propostas deveriam ser apresentadas até 28.01.2015.*
- 8. Nos termos do Ponto IV do Convite, as propostas apresentadas deveriam ser instruídas com os seguintes documentos:*
 - i. Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I do CCP, e anexo A. a este convite.*
 - ii. Proposta de preço elaborada em conformidade com os Quadros 1 e 2 e anexo B, ao Convite, mostrando, devidamente justificados os cálculos subjacentes ao preenchimento do quadro 2.*
 - iii. A proposta deveria ainda indicar os seguintes elementos:*
 - a) Acréscimo de IVA à taxa legal em vigor aos preços apresentados;*
 - b) Condições de pagamento.*
- 9. Em 03.02.2015, o Júri elaborou o Relatório Preliminar, no qual determinou a exclusão das propostas apresentadas pelos concorrentes*
 - i) E... - Empresa de Segurança, S.A.,*
 - ii) 2045- G... - Serviços de Vigilância e Segurança, ACE,*
 - iii) V... - Prevenção e Vigilância Privada, LDA,*

iv) PL... - Empresa de Segurança, S.A. e a

v) STS... - Serviços e Tecnologia de Segurança, S.A. (cfr. doc. nº 4 junto aos autos com a p.i. e que aqui se dá por integralmente reproduzido).

10. As propostas admitidas foram depois avaliadas à luz do critério de adjudicação e, para o que aqui importa, seguidamente ordenadas, nos seguintes termos

1.º) S... - Segurança, S.A.; com o preço contratual de €789.048,84;

2.º) C... - Prestação de Serviços de Segurança e Vigilância, S.A.; com o preço contratual de €860.927,76;

3.º) P... - Companhia de Segurança, LDA; com o preço contratual de € 888.489,84

11. Em conformidade com a ordenação das propostas descritas no número anterior, o Júri propôs a adjudicação do presente

Procedimento à proposta da Concorrente S... - Segurança, S.A. ("S...") e classificou em segundo lugar a proposta da concorrente C... - Prestação de Serviços de Segurança e Vigilância, S.A. ("C...") (cfr. docs. nº 5 e 6 juntos aos autos com a p.i. e que aqui se dão por integralmente reproduzidos).

12. A autora pronunciou-se em sede de audiência prévia sobre o projeto de decisão contida no mencionado Relatório Preliminar, requerendo a exclusão da proposta da S... e da C... e a adjudicação da sua proposta por ser a que estava ordenada imediatamente a seguir àquelas - cfr. doc. nº 7 junto aos autos com a p.i. e que aqui se dá por integralmente reproduzido;

13. No Relatório Final, datado de 19.02.2015, o Júri decidiu manter o projeto de decisão contido no Relatório Preliminar, invocando o seguinte:

Em relação à proposta da P...:

(i) *"A P... parece estar a confundir preço com custo, realidades que são absolutamente distintas. O preço é o valor proposto como contrapartida pelo serviço a prestar ao passo que os vários custos a suportar pelos concorrentes correspondem aos valores das despesas em que cada concorrente incorre com a execução desse serviço que, obviamente, têm reflexos no preço proposto".*

(ii) *Mesmo que por hipótese meramente académica, se admitisse que o custo mínimo imposto pela CTT não está refletido no preço final proposto pela S..., tal facto, de per si, não permite entidade adjudicante a eventual exclusão da proposta com fundamento na alínea f) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, porque não ficou demonstrado, fundamentadamente, de que o preço global proposto para a prestação do serviço, não permite ao concorrente cumprir as obrigações a que está adstrito por força da lei, regulamento ou convenção coletiva, não bastando que a concorrente P... alegue que o preço proposto pela S... é inferior ao valor mínimo fixado por CCT".*

Em relação à proposta da C...:

(i) *"A carga anual global (1 de Janeiro de 2015 a 31.12.2015) a que os concorrentes estão obrigados é a constante do artigo 14.º do CE e é essa que prevalece uma vez que, em caso de eventual divergências, na redução a escrito do contrato final, o caderno de encargos, prevalece sempre a proposta apresentada / cfr artigo 96.º/2 e 5 do CCP e artigo 3.º n.º 4 do CE). Disso estavam conscientes todas as concorrentes, sem exceção, até porque todas declaram, expressamente, aceitar e executar o contrato em conformidade com o conteúdo do CE.*

(ii) *Mesmo que a concorrente em questão tivesse errado no somatório das partes, sempre estaria adstrita à carga horária prevista no n.º 1 do artigo 14.º do CE" - cfr. doc. nº 8 junto aos autos com a p.i. e que aqui se dá por*

integralmente reproduzido;

14. Em 05.03.2015, a CMG decidiu homologar o teor do Relatório Final e, em consequência, admitir a proposta da C... e adjudicar a proposta da S... - cfr. doc. nº 9 junto aos autos com a p.i. e que aqui se dá por integralmente reproduzido;

15. A 15.03.2015, a S..., na qualidade de adjudicatária, prestou caução na modalidade de garantia bancária (cfr. garantia bancária n.º 962300488016170, constante do doc. nº 10, junto aos autos com a p.i. e que aqui se dá por integralmente reproduzido).

16. O contrato anteriormente celebrado entre a autora e o réu havia terminado em 28.02.2015, tendo, desde então e até final de Abril, o requerido mantido os serviços da requerente por recurso ao ajuste direto.

IV – Do Direito

A presente ação, intentada pela P... – Companhia de Segurança Unipessoal, Lda. visava a anulação da *“deliberação da Câmara Municipal de VNG de 05/03/2015, através da qual aquela Câmara ... proferiu decisão de adjudicação no âmbito do Procedimento Concursal para a prestação de Serviços de Vigilância e Segurança Humana a que corresponde o Lote 2 ao abrigo do acordo quadro (AQ-VS-2014-Serviços de Vigilância e Segurança ESPAP) e ainda a Suspensão da execução do contrato que eventualmente venha a ser celebrado com o adjudicatário do Concurso Público”*,

No âmbito da presente Ação, decidiu o Tribunal de Primeira Instância julgar a Ação *“totalmente improcedente”*.

Vejamos então.

Foram, em síntese, invocados pela Recorrente os seguintes vícios:

- *Ilegalidade do preço mensal proposto pela S... para a prestação do serviço de rondas por o mesmo ser alegadamente inferior aos custos mínimos com as retribuições e contribuições sociais devidas pelo trabalho;*
- *Ilegalidade da proposta da C... por discrepância entre a carga horária exigida no Caderno de Encargos e a carga horária constante da proposta;*
- *Caducidade do ato de adjudicação por a garantia bancária apresentada pela S... prever que a mesma se extingue quando o respetivo instrumento original for devolvido ao Banco.*

O Acórdão aqui recorrido proferido no TAF do Porto, julgou a ação totalmente improcedente, com base nos seguintes fundamentos:

- *Não cabe à entidade adjudicante prover pelo cumprimento de normas que se destinam a regular as relações entre os concorrentes e os respetivos trabalhadores, mormente, quando, como no caso, se trate de disposições imanentes de Convenções Coletivas de Trabalho;*
- *A questão da validade da garantia bancária prestada será inócua, em especial se tivermos em consideração que se trata de garantia*

prestada já em sede de adjudicação do contrato e não no âmbito pré-contratual, que é o que aqui se discute;

- Será também em sede de execução do contrato, em caso de adjudicação do mesmo a essa concorrente, que poderá ser controvertida a questão do número de horas que a C... se compromete a prestar.

Da nulidade por omissão de pronúncia

Suscita a Recorrente/P... que o Acórdão proferido enfermará de nulidade nos termos do artigo 615º n.º 1 alínea d) do CPC por o tribunal a quo não se ter pronunciado sobre o vício colocado pela recorrente nos artigos 63º a 67º da p.i.

Desde logo, refere-se no Art.º 95.º, n.º 1, do CPTA que «(...) o tribunal deve decidir, na sentença ou acórdão, todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, excetuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras (...)»

Como referem Mário Aroso e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, «(...) se a pronúncia adotada quanto a uma questão consome ou deixa prejudicados outros aspetos da causa que com ela se correlacionem, o juiz fica dispensado de sobre eles tomar posição expressa. São desvios impostos pela própria lógica interna da decisão».

A aqui Recorrente invocou a ilegalidade do preço mensal proposto pela S... para a prestação do serviço de rondas por o mesmo ser supostamente inferior aos custos mínimos com as retribuições e contribuições sociais devidas pelo trabalho. O tribunal a quo, ao decidir como decidiu assentou o seu entendimento no Acórdão do TCAS, de 29 de Janeiro de 2015, proferido no processo nº 11661/14, em cujo sumário se pode ler que «*não caberá à entidade adjudicante prover pelo cumprimento de normas que se destinam a regular as relações entre os concorrentes e os respetivos trabalhadores*».

Em face do que precede, entendendo-se como válidos os argumentos aduzido e atenta a doutrina e jurisprudência citada, não se reconhece pois a suscitada nulidade por omissão de pronúncia relativamente às conclusões **A)** e **C)** das alegações de recurso.

Da seguinte nulidade por omissão de pronúncia

Alega a Recorrente/P... que o Acórdão do tribunal a quo padecerá ainda de outra nulidade nos termos do artigo 615º n.º 1 alínea d) do CPC, atenta a circunstância do tribunal a quo não se ter supostamente pronunciado sobre o vício invocado pela Recorrente nos pontos 40 a 57 das suas alegações de Direito.

Nos referidos pontos a P... invoca, sem que antes o tivesse feito, que a proposta da S... revela fortes indícios de práticas restritivas da concorrência porque o preço proposto é predatório consequente da sua posição dominante no mercado, pelo que a proposta deveria ter sido excluída nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

A P..., confessadamente reconhece que veio aduzir um novo fundamento de exclusão da proposta da S... nas suas alegações de direito, junto do tribunal de 1ª instância, sendo que os factos e os fundamentos de direito que suportam o pedido deverão, em regra, ser alegados na petição inicial (artigo 78.º n.º 2 al. g) do CPTA.

O artigo 91.º n.º 5 do CPTA apenas permite que o autor nas alegações invoque novos fundamentos do pedido, se os mesmos forem de conhecimento superveniente.

Assim, tem sido pacificamente entendido, mormente pelo Colendo STA no sumário do seu Acórdão de 13 de Julho de 2011, no processo n.º 01111/09, que:

«I – É na petição e não nas alegações a que alude o citado artº 91º, nº 4 do CPTA, aliás hoje facultativas, que o autor deve expor os fundamentos da ação, definindo o seu objeto, ou seja, o pedido e a causa de pedir (cf. artº 78º, g) e h)).

II – Só é permitido ao autor invocar nas alegações a que alude o artº 91º, nº 4 do CPTA novos fundamentos do pedido, se eles forem de conhecimento superveniente (cf. nº 5 do citado preceito), o que terá de alegar e demonstrar (artº 342º, nº1 do CC).»

Igualmente este TCAN reafirmou este entendimento, designadamente no Acórdão de 19 de Outubro de 2006, no processo n.º 01197/04.6BEPRT, em cujo sumário se pode ler:

«I. Do regime legal decorrente dos arts. 78.º, n.º 2, als. g) e h), 86.º, 91.º, n.ºs 5 e 6 e 95.º, n.º 2 todos do CPTA ressuma que nas ações administrativas especiais impende sobre o autor o ónus de alegar na petição inicial toda a matéria relativa à ação, expondo articuladamente “os factos e as razões de direito que fundamentam a ação” que constituem a sua causa ou causas de pedir e, bem assim, formular em função da(s) mesma(s) pretensão/pedido sob pena de ininteligibilidade.

II. O autor deve arguir logo no articulado inicial todas as ilegalidades de que padeça em seu entendimento o ato produzido ou a omissão ocorrida, articulando, em conformidade, toda a factualidade que corporiza tal arguição, sendo que tal invocação deve dizer respeito não apenas às ilegalidades sancionadas com o desvalor da anulabilidade mas também às geradoras de inexistência jurídica ou nulidade.

III. De harmonia com o disposto no art. 91.º, n.º 5 do CPTA o autor, em sede das alegações de direito, pode apresentar novos fundamentos do pedido, novas causas de pedir, mas exige-se, todavia, como condição

legal e legítima de tal invocação, que o conhecimento daqueles novos fundamentos seja superveniente.»

Referem a este propósito Mário Aroso e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, Comentário do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 3ª Edição, Almedina, pág. 618: *«Consideram-se supervenientes, para os efeitos previstos neste preceito, os factos anteriores de que a parte só tenha tido conhecimento depois da apresentação dessa peça processual, designadamente por via da junção do processo administrativo ou de quaisquer documentos juntos com a contestação (cfr. artigo 96.º) Esta limitação compreende-se, porquanto a validade do ato administrativo deve ser apreciada à luz dos pressupostos de facto e de direito vigentes à data da prática do ato impugnado»*

Aliás, a pronuncia feita a este respeito pelo juiz do tribunal a quo, face à questão é elucidativa, ao afirmar designadamente (Cfr. Fls. 1389 a 1393 Proc físico):

“Ora, a esse propósito cumpre referir que dos próprios argumentos da arguente, decorrem os fundamentos para o Tribunal não ter de se pronunciar sobre o vício em questão na decisão proferida, visto que, se se a posição dominante da “S...” no mercado não se verificava à data da interposição da ação pela Autora, por maioria de razão não se verificava à data em que foi proferido o ato impugnado, pelo que nunca poderia esse ato enfermar de tal vício.

Assim sendo, não colhe a argumentação da arguente relativamente à superveniência deste vício apenas invocado pela mesma em sede de alegações, não se verificando as condições legais para o seu conhecimento, por não se encontrarem reunidos os requisitos legais previstos no artigo 91.º, n.º 5 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Isto porque, apesar de este permitir ao autor invocar novos fundamentos do pedido em sede das alegações de direito, desde que sejam de conhecimento superveniente, no caso concreto a situação superveniente nunca poderia consubstanciar um fundamento do pedido.

De facto, está em causa não o conhecimento superveniente de uma situação passível de fundamentar o pedido da arguente, mas sim a ocorrência de uma situação superveniente, que nunca poderia fundamentar esse pedido, sendo completamente irrelevante em relação ao mesmo, pois seria impossível considerar-se que um ato enfermava de violação do 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP [por abuso da posição dominante da “S...”], quando à data da prática do ato impugnado a mesma não detinha tal.”

Efetivamente, o fundamento invocado nos pontos 40 a 57 das alegações da Autora não é de conhecimento superveniente, pois que o que releva para apreciação de um ato administrativo são os pressupostos de facto e de direito vigentes à data da prática do mesmo.

Não se reconhece pois a analisada nulidade por omissão de pronúncia, relativa às conclusões **B)** e **C)** das alegações de

recurso.

Da violação do artigo 70º n.º 2 alíneas a) e f) do CCP

Alega a Recorrente/P... que o preço mensal proposto pela S... para a prestação do serviço de rondas *«se situa abaixo do preço mínimo incontornável para todos os concorrentes e omite custos decorrentes de disposições imperativas da CCT aplicável, pelo Código de Trabalho e pelo Código Contributivo da Segurança Social»*, em face do que a proposta da S... deveria ter sido excluída, nos termos da alínea f), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP.

O Acórdão recorrido, considerou justamente que não cabe à entidade adjudicante zelar pelo cumprimento de normas que regulam as relações entre os concorrentes e os trabalhadores.

Efetivamente, não poderão ser confundidos princípios e pressupostos da contratação pública, sendo que a livre e sã concorrência é um dos princípios essenciais a considerar, ponderar e verificar, como resulta desde logo do artigo 1.º n.º 4 do CCP, por forma a assegurar a eliminação de práticas anti concorrenciais de modo a que a concorrência no mercado da contratação pública não seja condicionada ou subvertida.

O princípio da concorrência aplicado à contratação pública determina predominantemente a proibição de práticas procedimentais suscetíveis de impedir, limitar ou restringir a concorrência.

É pois em face do que antecede que são excluídas da contratação pública as propostas que apresentem preços anormalmente baixos, por forma a impedir, falsear ou restringir a concorrência.

Em qualquer caso, dentro dos limites legalmente estabelecidos, mostra-se legítimo que o concorrente a um procedimento de contratação pública, possa definir livremente o preço da sua proposta e, designadamente, reduzir ou eliminar a sua margem de lucro, sendo que não existe normativo algum que proíba a prestação de serviços com prejuízo, desde que o preço global proposto se não mostre anormalmente baixo.

Aliás o Colendo STA, em acórdão de 14/02/2013, no processo nº 0912/12 já afirmou sintomaticamente que o preço proposto pode ser inferior ao valor que resulta dos encargos legalmente impostos.

Aí se referiu que *«Resulta da matéria de facto ... que o custo anual dos encargos salariais com os trabalhadores ultrapassa o valor anual*

do contrato posto a concurso o que acarretaria, na perspetiva da recorrente a violação de alguns preceitos, designadamente “o disposto nos art.ºs 70.º, n.º 2, al. f) do CCP, os princípios da igualdade, da transparência e da concorrência constantes do CCP, e nos próprios art.ºs 3.º, n.º 1 e 4.º do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, na sua atual redação ou, em alternativa, os constantes do Decreto-Lei n.º 143/2010, de 31 de Dezembro ou do CCT aplicável ao sector” (...) como se vê ... dos factos provados, “*não obstante a prestação de serviços a efetuar implicar o pagamento mensal de €1.310,40 a título de encargo salarial, “a proposta pode conter preços inferiores obtidos com a gestão de pessoal noutros contratos”. E assim, como assinala o Magistrado do Ministério Público no seu parecer, “não é a execução de cada contrato que tem de garantir o pagamento da RMG, mas os resultados económico-financeiros da contratante, no cômputo geral da sua atividade e, em última análise, todo o seu património. É claro que se em todos os contratos celebrados as remunerações obtidas fossem inferiores aos encargos assumidos, não só estes não poderiam ser assegurados, como a falência logo ficaria à vista. Mas essa não é a situação comprovada nos autos, bem podendo acontecer que razões estratégicas aconselhem a apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, sem implicarem a intenção de incumprimento de encargos legalmente impostos, intenção esta que não é sequer imputada às 3 concorrentes que apresentaram propostas em conformidade com as cláusulas postas em causa”. Ou, como se escreveu na sentença do TAF, “Mas também ficou demonstrado que era possível ao proponente apresentar uma proposta de preço inferior àquele valor (custo em abstrato dos encargos sociais e com remunerações) tendo por base a gestão de pessoal com que iria realizar a prestação de serviços conjuntamente com outros contratos. Logo o que ficou demonstrado foi que algumas empresas por deterem determinadas condições (pessoal excedentários de outros contratos, proximidade de edifícios ou outras situações) conseguiram apresentar uma proposta mais vantajosa. Mas sem que isso violasse qualquer regra de concorrência. Não porque fosse abaixo do custo anual, como refere a autora, mas por que esse custo era repartido por outros contratos ou mitigado atentas as condições em que essa empresa conseguia colocar o mesmo pessoal a realizar as mesmas horas de trabalho que outro proponente que não detenha essas condições». Em idêntico sentido se pronunciou o Acórdão do TCAS, de 29 de Janeiro de 2015, no processo n.º 11661/14, no qual se afirma, designadamente «(...) os concorrentes fixam livremente o preço, na medida em que não há no CCP qualquer disposição que delimite os termos em que o mesmo deve ser formado ou que imponha a sua decomposição numa determinada estrutura fixa de custos ponderados por valores certos.»*

Também este TCAN se pronunciou já face a esta questão, em recente acórdão de 19 de Junho de 2015, no processo n.º 1646/14.5BESNT(AVR) em cujo sumário se refere, designadamente que:

“A proposta violadora do disposto no artigo 70.º, n.º 2, alínea f), do CCP, não é aquela cujos preços não refletem os custos salariais e sociais mas antes a que contém condição ou elemento contrários aos

normativos legais e regulamentares em vigor, conduzindo a que o contrato celebrado, por aceitar essa incompatibilidade, desrespeite tais normativos – o que há de resultar demonstrado da proposta apresentada em termos que possibilitem à entidade adjudicante formular um juízo de exclusão da mesma”.

Mais se refere no mesmo acórdão deste TCAN que a «... inexistência de qualquer norma que imponha o modo de formação do preço, o qual pode ser livremente fixado pelos concorrentes, de acordo com as suas opções negociais e de gestão empresarial –(...)– tendo como limite o preço anormalmente baixo, enquanto único “preço mínimo” legal.»

No mesmo sentido apontou ainda o TCAS, no seu acórdão de 1 de Outubro de 2015, no processo 12103/15, onde se afirma com lapidar clareza que «...o art.º 70º/2 do CCP, ao elencar os motivos de exclusão das propostas não contém norma no sentido da exclusão das mesmas, quando a venda/prestação onerosa de serviços é prestada por valor inferior ao seu custo, não constando tal tipo de proibição de qualquer legislação avulsa, não sendo aplicável ao caso o disposto no art.º 5º do DL n.º 166/2013»

Assim, nada obsta a que um concorrente a um procedimento de contratação pública, em função da sua estratégia de mercado, possa definir livremente o preço da sua proposta, reduzindo ou eliminando, pontualmente a sua margem de lucro.

Aqui chegados, não se mostra difícil concluir que, nos termos, designadamente, do artigo 71.º do CCP, o único limite inferior ao princípio da liberdade de formação de preços é o regime do preço anormalmente baixo.

O legislador do CCP, em conformidade com a primazia do Direito Comunitário, apenas estabeleceu um limite mínimo de anormalidade do preço que os concorrentes estão proibidos de ultrapassar, mas mesmo aí, desde que tal se não mostre justificável (Cfr. Artº 70.º n.º 2 al. e) e 71.º do CCP).

Neste sentido, o Acórdão do TCAS, de 7 de Fevereiro de 2013, no processo n.º 09611/13, no qual se afirma:

«VI – E, no limite, sempre se dirá que, no tocante ao valor/hora proposto pelas contrainteressadas, o preço “mínimo legal” seria aquele que, nos termos do disposto no artigo 71º, nº 1 do CCP, levaria a considerar que uma proposta é de preço anormalmente baixo, ou seja, quando fosse 40 % ou mais inferior ao preço base fixado no caderno de encargos, no caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de empreitada, ou 50 % ou mais inferior àquele, no caso de se tratar de um procedimento de formação de qualquer dos restantes contratos [caso dos autos], situação totalmente aplicável ao caso vertente, na medida em que o programa do concurso fixava um preço base.»

Assim, fora dos casos do preço anormalmente baixo, ninguém se poderá imiscuir no modo como um concorrente organiza a sua candidatura a um determinado concurso, e como calcula os custos da sua proposta.

Em face de tudo quanto a este respeito se expendeu, não se mostra que o preço global proposto pela S... tenha sido anormalmente baixo.

Efetivamente, tendo sido estabelecido o preço base de 1.070.000,00€ (cf. n.º 5 dos factos provados), preço anormalmente baixo seria aquele que fosse igual ou inferior a 535.000,00€ (artigo 71.º n.º1 al. b) do CCP).

Tendo a contrainteressada S... apresentado proposta de 789.048,84€ (cf. n.º 10 dos factos provados), mostra-se o mesmo, nesta aceção, legítimo e aceitável.

Em qualquer caso, sempre se dirá que não compete às entidades adjudicantes, controlar as candidaturas e os candidatos no que concerne ao seu respeito e cumprimento da legislação laboral ou de segurança social.

A não ser assim, estar-se-ia a viabilizar que as entidades adjudicantes subvertessem e extravasassem a sua função, sendo que apenas lhes compete considerar a valia das propostas que lhe são presentes.

Como se referiu no acórdão recorrido *«não caberá à entidade adjudicante prover pelo cumprimento de normas que se destinam a regular as relações entre os concorrentes e os respetivos trabalhadores»*.

O referido não obsta, naturalmente, a que o candidato tenha de suportar os custos laborais, sociais, ambientais e quaisquer outros a que esteja, legal ou contratualmente, obrigado.

Como referido no já aludido acórdão do TCAS, de 29 de Janeiro de 2015, no processo n.º 11661/14, *«(...) em sede de execução do contrato sempre o concorrente terá que suportar os custos referentes aos encargos obrigatórios com os trabalhadores, ainda que daí resultem para si prejuízos tendo em consideração a proposta que apresentou. Estão em causa opções de gestão e de estratégia comercial, das quais não resulta que o concorrente esteja a violar a legislação em vigor»*.

Como se disse no igualmente já citado acórdão do TCAN, de 19 de Junho de 2015, no processo 1646/14.5BESNT(AVR), *«a proposta violadora do disposto no artigo 70º n.º 2 alínea f) do CCP não*

é aquela cujos preços não refletem os custos salariais e sociais mas antes a que contém condição ou elemento contrários aos normativos legais e regulamentares conduzindo a que o contrato celebrado, por aceitar essa condição ou elemento, desrespeite tais normativos – o que há de ressaltar de imediato da proposta apresentada – (...)»

Em qualquer caso, e no que concerne à necessidade de cumprimento de obrigações legais por parte do concorrente, essa situação não deixou de estar legalmente contemplada no CCP, na medida em que se impede a adjudicação a concorrentes que não tenham a sua situação regularizada perante a Autoridade Tributária e Aduaneira e a Segurança Social ou que tenham sido condenados pela prática de contraordenações laborais (Cfr. artigos 55.º al. d), e), g) e h) e 81.º n.º1 al. b) do CCP).

Assim, não se mostra pois legítimo condicionar a aceitabilidade do preço apresentado por um concorrente, em função da verificação do cumprimento pelo mesmo das suas obrigações laborais, sociais ou outras previstas legal e/ou regulamentarmente.

No que respeita à invocada **violação do Artº 70º nº 2 alínea a) do CCP** sempre se dirá que não se reconhece o invocado, uma vez que a decisão recorrida não deixou de se pronunciar relativamente ao vício alegado na PI.

Na realidade, sustenta a Recorrente a violação do n.º 2, alínea a) do artigo 70.º do CCP, com base nos mesmos factos que servem de base à invocação da violação da alínea f) do mesmo artigo, os quais se reconduzem à questão dos custos subjacentes ao preço da proposta apresentada pela concorrente "S...".

Entende a Recorrente que o preço apresentado na proposta da "S..." seria violadora das normas da Convenção Coletiva de Trabalho aplicáveis, do Código de Trabalho e do Código da Contribuição Social.

Por outro lado, mais invoca a Recorrente que a "S..." não apresentou os cálculos subjacentes ao preenchimento do quadro 2 [relativo à proposta de preço] devidamente justificados conforme era imposto pelo Ponto IV.2 do Convite, o que constituiria uma violação do artigo 70.º, n.º 2 alínea a) do CCP.

Em qualquer caso, o Tribunal a quo, ao analisar a suposta violação do artigo 70.º, n.º 2 alínea f) do CCP pronunciou-se

sobre as questões de facto e de direito subjacentes à questão da formação do preço da proposta e dos elementos que para a mesma relevam para esse efeito.

Na realidade, o Tribunal analisou e pronunciou-se sobre os elementos que para o mesmo concorrem, bem como, sobre o que deveria ser objeto de justificação, e em que medida, por referência à legislação aplicável e à jurisprudência conexa, designadamente o acórdão do TCAS, de 29 de Janeiro de 2015, proferido no processo nº 11661/14.

Com efeito, se o Tribunal tem o dever de se pronunciar sobre todas as questões relevantes para a decisão a proferir, se a solução dada para uma questão prejudica a apreciação das demais, não ocorre qualquer omissão de pronúncia. Acresce que não deverão ser confundidas as questões essenciais suscitadas com a apreciação e decisão pelo tribunal de outras, de facto ou de direito, meramente argumentativas ou instrumentais (cfr. Acs. TCAN, de 18.12.2008 e 10.04.2008).

Tendo-se o Tribunal pronunciado sobre as questões correspondentes ao vício de violação do artigo 70.º, n.º 2 alínea f) do CCP, conheceu necessariamente das questões respeitantes ao vício de violação do artigo 70.º, n.º 2 Alínea a) do CCP, em face do que se não reconhece a suscitada omissão de pronúncia.

Em face de tudo quanto a este respeito se expendeu supra, não se vislumbra que a proposta de preço apresentada pela S... constitua uma proposta de preço anormalmente baixo, em face do que se mostraria inadequado e ilegítimo escrutinar o preço apresentado à luz de quaisquer outros princípios ou pressupostos aqui inaplicáveis, nos termos, designadamente do artigo 71º do CCP, o que determina a improcedência das conclusões do Recurso **D), E), F), G) H e I).**

Da violação do artigo 70º n.º 2 alínea g) do CCP

Como referido já, esta questão, se fosse caso disso, deveria ter sido suscitada logo na petição inicial, sendo que se não verificam os pressupostos previstos no n.º 5 do artigo 91º do CPTA para a admissibilidade da sua invocação nas alegações finais, nomeadamente o “conhecimento superveniente”

Efetivamente, refere a Recorrente/P... que a contrainteressada/S... terá proposto preço inferior aos custos a que legalmente está vinculada, tendo assim violado as regras

da concorrência.

Sem prejuízo do precedentemente referido, sempre se dirá, em qualquer caso, e para que não possam subsistir quaisquer dúvidas, que não se vislumbra a invocada “*existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência*” (alínea g), do n.º 2, do artigo 70º do CCP).

A mera invocação de que um preço não comporta todos os custos que lhe estão inerentes não consubstancia só por si qualquer prática suscetível de gerar uma violação das «regras mais elementares da concorrência».

Tal como no acórdão do TCAS, de 29 de Janeiro de 2015, no processo n.º 11661/14, também aqui “*No que concerne à violação do artigo 70.º, n.º2, al. g) do CCP e tendo presentes os factos vertidos no probatório, impõe-se concluir não ter sido provada a existência de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência.*

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

Como já disse já supra, legalmente apenas é considerado inaceitável o preço anormalmente baixo, o que, como se viu, não é aqui o caso.

Um preço baixo ou mais baixo do que os restantes, apresentado por um concorrente, até prova em contrário, resultará tão-só da livre concorrência, nada permitindo presumir que o mesmo irá incumprir o proposto. Invoca ainda a Recorrente/P... que a S... deterá uma posição dominante no mercado, em face do que a suposta apresentação de preços inferiores aos custos, preencheria a previsão do artigo 11.º n.º 2 al. a) da Lei 19/2012.

Desde logo, não se mostra provado que a S... detivesse uma posição dominante nesta área “de vigilância humana”, mormente aquando da apresentação das propostas.

Para fazer prova do alegado, teria, antes de mais, a Recorrente que demonstrar que, aquando da apresentação de propostas, a S... deteria uma posição dominante, suscetível de subverter a concorrência.

Acresce ao referido e tal como referido pelo juiz titular do processo em 1ª instância (Cfr. Fls. 1389 a 1393 Procº físico);

De facto, está em causa não o conhecimento superveniente de uma situação passível de fundamentar o pedido da arguente, mas sim a ocorrência de uma situação superveniente, que nunca poderia fundamentar esse pedido, sendo completamente irrelevante em relação ao mesmo, pois seria impossível considerar-se que um ato enfermava de violação do 70.º, n.º 2, alínea g) do CCP [por abuso da posição dominante da "S..."], quando à data da prática do ato impugnado a mesma não detinha tal."

Não se mostra pois provado o invocado pela Recorrente face ao item analisado (Abuso de posição dominante), não se reconhecendo qualquer «comportamento predatório», não estando assim preenchida a previsão constante da alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Improcede assim o suscitado nas conclusões **J), K), L), M), N), O) e P)** das alegações da recorrente.

Da caducidade da adjudicação

Entende a Recorrente/P... que a garantia bancária prestada pela S... incumpe o modelo estabelecido no Anexo D do Convite, não consistindo numa garantia irrevogável e "on first demand", como era suposto, o que terá contagiado a adjudicação que assim terá caducado nos termos do artigo 91.º n.º1 do CCP.

Com efeito, e em síntese, refere o artigo 91.º n.º 1 do CCP que a adjudicação caducará se o adjudicatário não prestar a caução a que estiver obrigado, em tempo e nos termos legal e regulamentarmente estabelecidos.

Já o artigo 88.º n.º1 do CCP estabelece que a caução se destina predominantemente a garantir o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais assumidas pelo adjudicatário.

Optando o adjudicatário por prestar caução, mediante garantia bancária, «*deve apresentar um documento pelo qual um estabelecimento bancário legalmente autorizado assegure, até ao limite do valor da caução, o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que a garantia respeita*» (artigo 90.º n.º6 do CCP), o que significa que deverá apresentar garantia com cláusula irrevogável, por forma a assegurar que as eventuais quantias exigidas pela entidade adjudicante à instituição bancária lhe serão pagas pela mera interpelação, sem discussão.

O que aqui releva é pois, à luz do artigo 91.º n.º1 do CCP,

verificar se a controvertida garantia bancária apresentada pela S... assegura o estatuído nos artigos 88.º n.º1 e 90.º n.º6 do CCP.

In casu, na garantia bancária apresentada pela S..., declara-se «(...) *prestar a favor do MUNICÍPIO DE VNG, (...) uma garantia bancária autónoma, irrevogável e à primeira solicitação, no valor de €78.904,88 (...) destinada a garantir o bom e integral cumprimento de todas e quaisquer obrigações emergentes do contrato celebrado na sequência daquele procedimento.*

Obriga-se este Banco a pagar à primeira solicitação do MUNICÍPIO DE VNG, sem interferência do garantido e observando o montante acima estabelecido sem que o MUNICÍPIO DE VNG, tenha que justificar o pedido e sem que o Banco possa invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com o contrato acima identificado ou com o cumprimento das obrigações que a garantida assume com a celebração do contrato, as importâncias que o MUNICÍPIO DE VNG lhe solicite, sendo-lhe vedado deixar de o fazer sob qualquer pretexto ou fundamento.

A presente garantia autónoma não pode em circunstância alguma ser denunciada, mantendo-se em vigor até integral cumprimento das obrigações assumidas, nos termos do contrato e da legislação aplicável» (cfr. Doc. n.º 10 PI).

Atento o teor da “garantia” supra transcrita, não se reconhece qualquer insuficiência na mesma, suscetível de, nos termos legalmente estabelecidos, pôr em causa a adjudicação. Efetivamente, resulta insofismavelmente da “garantia” que o Banco, se e quando for caso disso, se obriga a efetuar o pagamento até 78.904,88€ à primeira solicitação, mais se assegurando que mesma é irrevogável e não pode ser denunciada, mantendo-se em vigor até ao integral cumprimento do contrato.

Mostra-se assim que a garantia prestada se trata de uma garantia autónoma, irrevogável e “on first demand” cumprindo pontualmente os requisitos estatuídos no artigo 90.º n.º6 do CCP.

Suscita-se, no entanto, o facto da garantia ter aposta a referencia a que *«não obstante outras formas de extinção aplicáveis, esta garantia extingue-se, de imediato, sempre que este original seja devolvido ao Banco, nomeadamente pelo Ordenador ou pelo Beneficiário».*

Em qualquer caso, como referem quer o Município quer o contrainteressado, aquela referência mostra-se “inócua” e dizemos nós, inconsequente e redundante, pois que sempre o título se extinguirá pela sua restituição ao garante, sendo que o dito original está necessariamente na posse do Município de

VNG.

Com efeito, resulta dos autos que a S..., no dia 13 de Março de 2015, por via postal registada, com aviso de receção, remeteu ao Município de VNG, o original da garantia bancária, a qual foi rececionada em 16 de Março de 2015 (Cfr. Doc. n.º 20 Contestação).

Assim, não procede igualmente a questão suscitada relativamente ao teor da garantia bancária.

Mesmo que assim não fosse, sempre a reclamada declaração de caducidade não seria automática, antes careceria do cumprimento do procedimento aplicável, como resulta, aliás, do referido no Acórdão do TCAS de 6 de Novembro de 2014, no processo 11393/14, em cujo sumário se refere:

«I - A caducidade da adjudicação prevista no artigo 91º nº 1 do CCP tem os seguintes requisitos de validade: audiência prévia; imputabilidade ao adjudicatário da violação do prazo de 10 dias; e reconhecimento ou dever de reconhecimento pela entidade adjudicante de que a violação do prazo é imputável ao adjudicatário e não a outrem, nomeadamente à própria entidade adjudicante ou contratante.

II - Esta apreciação de imputabilidade a cargo da entidade administrativa está, naturalmente, sujeita aos princípios e máximas gerais da atividade administrativa, sendo nesses termos fiscalizável pelo tribunal.»

Acresce ao referido, e como resulta da decisão recorrida, *«Igualmente, a questão da validade da garantia prestada também será inócua, em especial se tivermos em conta que se trata de garantia prestada já em sede de adjudicação do contrato e não no âmbito pré-contratual, que é o que aqui se discute. Em suma, discutem-se os supostos vícios que inquinam a decisão homologatória do relatório final do júri do concurso, não o que se lhe seguiu. Tal será, porventura, objeto de discussão, em sede contratual, entre ambos contraentes.»*

Em face do que precede e se mostra expandido, improcedem igualmente as alegações da Recorrente/P... no sentido da caducidade da adjudicação, mostrando-se pois consequentemente improcedentes as **conclusões U), V), W), X) e Y)** das conclusões de Recurso apresentadas.

Da Condenação à prática de ato legalmente devido e indemnização

Tendo sido julgados improcedentes os vícios suscitados, naturalmente que ficou prejudicada a análise de requerida condenação à prática de ato devido.

Correspondentemente e por idêntica razão, mostra-se inútil

qualquer análise relativa à requerida condenação no pagamento de qualquer indemnização à recorrente.

Assim, conseqüente e coerentemente com tudo quanto ficou expendido e analisado, não se vislumbrando qualquer dos vícios suscitados por forma a determinar a procedência do recurso apresentado, improcedem também as conclusões **Z)**, **AA)**, **BB)** e **CC)** das alegações de Recurso, devendo o Acórdão proferido pelo tribunal a quo ser mantido.

Da ilegalidade da admissão da proposta da C...

Desde logo, improcedendo os vícios relativamente ao posicionamento da S... em 1º lugar, mostrar-se-ia inútil, por prejudicado o seu objeto, a análise dos vícios imputados à C..., classificada em 2º lugar.

Com efeito, mesmo que procedessem os vícios suscitados relativamente à proposta da C..., nunca a aqui Recorrente poderia alcançar a almejada adjudicação da prestação de serviços posta a concurso, na medida em que o melhor que conseguiria seria ficar em 2º lugar.

Em qualquer caso, sempre se dirá que face a este item, singelamente apenas alega a Recorrente que a proposta da C..., como se disse, classificada em 2º lugar, padecerá de manifesta ilegalidade, por ter previsto nos seus cálculos menos horas do que as que resultavam das peças contratuais.

Mesmo que a C... tivesse ficado classificada em 1º lugar e o controvertido contrato lhe tivesse sido adjudicado, sempre a mesma teria de respeitar o contrato e cumprir as horas previstas no concurso.

Improcede assim, igualmente, o suscitado nas conclusões **Q)**, **R)**, **S)** e **T)** das alegações da recorrente.

* * *

Deste modo, em conformidade com o precedentemente expendido, acordam os Juízes deste Tribunal Central Administrativo Norte, negar provimento ao Recurso, mantendo-se a decisão proferida em 1ª instância.

Custas pela Recorrente

Porto, 18 de Dezembro de 2015

Ass.: Frederico de Frias Macedo Branco
Ass.: Joaquim Cruzeiro

Ass.: Luís Migueis Garcia