

Acórdãos TCAS

Processo: **12111/15**
 Secção: **CA-2º JUÍZO**
 Data do Acordão: **09-07-2015**
 Relator: **PAULO PEREIRA GOUVEIA**
 Descritores: **CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL**
 Sumário:
 I - Se a p.i. não atacou, de todo, um dos vários fundamentos do ato administrativo impugnado, qual seja o da violação do art. 70ºa) do C.C.P. relativamente aos valores/preços dos serviços de vigilância extraordinários, a ação é inviável.

II - É que, mesmo que provada toda a factualidade da causa de pedir contida na p.i., o ato administrativo impugnado sempre se manteria na ordem jurídica com o fundamento que a autora não atacou.

Votação: **UNANIMIDADE**

Aditamento:

1

Decisão Decidam, em conferência, na 1ª Secção do Tribunal Central Administrativo Sul:

Texto

Integral: **I. RELATÓRIO**

- S.A., intentou no T.A.C. de SINTRA

Ação de contencioso pré-contratual contra

- ESCOLA
- Contra Interessados: S.A. e OUTROS.

Pidiu o seguinte:

-Que seja anulada a Decisão de Exclusão da proposta da a Autora, do Procedimento nº 2/AQ-/VS/2013/ESEL para a prestação de serviços de Vigilância e Segurança, ao abrigo do Acordo Quadro, para a Escola e Serviços Comuns da/..... e SL, e

-Que seja anulada a Decisão de Adjudicação à “....., S.A” dos serviços objeto do identificado Procedimento,

-Que seja a condenada a abster-se de celebrar o contrato com a “....., S.A” ou, caso o mesmo tenha já sido celebrado, que seja o mesmo anulado;

-Que seja a condenada a admitir a proposta da a ordená-la em primeiro lugar e a adjudicar à os serviços objeto do identificado Procedimento Que seja a condenada a celebrar com a o contrato respeitante ao identificado Procedimento.

*

Por acórdão de 24-2-2015, o referido tribunal **decidiu** absolver os demandados dos pedidos.

*

Inconformada, a a. recorre para este Tribunal Central Administrativo Sul, formulando na sua alegação as seguintes **conclusões**:

I. A questão a dirimir pelo Tribunal a quo era a de saber se as circunstâncias em que assentou a decisão de exclusão da proposta da Autora integravam ou não as previsões da alínea f) e da alínea g) do n.º 2 do Art.º 70º do CCP.

II. Ao decidir pela verificação de uma causa de exclusão nova – a prevista na alínea a) do n.º 2 do Art.º 70º do CCP – na qual não assentou a decisão de exclusão da proposta da Autora aqui impugnada, e que, por isso, não integra a causa de pedir, o tribunal a quo tomou conhecimento de questão de que não podia ter tomado conhecimento, sendo, por esse motivo, nulo por excesso de pronúncia nos termos do disposto no Art.º 615º, n.º 1, al. d), do CPC.

Ainda que assim se não entenda (no que não se concede),

III. Não se verifica a previsão da alínea a) do n.º 2 do Art.º 70º do CCP.

IV. A apresentação pela de um preço para serviços (extra), em resposta a um pedido do Júri, preço não solicitado previamente no convite e que não constitui um atributo da proposta objecto de avaliação, não pode fundamentar a exclusão da sua proposta.

V. O preço total proposto pela (138.667,56€) não foi alterado pela em momento algum.

VI. Violou, pois, o Acórdão recorrido a disposição do ponto VI do Convite e do artigo 24º do Caderno de Encargos e ainda os artigos 56º, 57º n.º 1 al. b), 70º n.º 2 al. a) e 72º n.º 2 do CCP.

VII. O simples facto de o preço proposto ser baixo ou o mais baixo (sem ser anormalmente baixo) não só não constitui fundamento de exclusão da proposta como não permite qualquer juízo de suspeição ou de censura sobre a mesma já que, entre o limiar do preço anormalmente baixo e o preço base, a concorrência funciona (ou deve funcionar) sem limitações.

VIII. Ao assim não entender, violou o Acórdão recorrido as disposições do Art.º 47º n.º 1 e do Art.º 70º n.º 2 al. d) e e) do CCP.

IX. O Acórdão recorrido violou ainda as disposições dos Art.ºs 56º, n.º 1, 70º, n.º 2 al. f) e g) e 71º do CCP, o Princípio da Concorrência e o Princípio da liberdade de gestão empresarial consagrada no Art.º 61º n.º 1 da Constituição.

Porquanto,

- X. Não há no CCP qualquer disposição que delimita os termos em que o preço deve ser formado ou que imponha a decomposição do mesmo numa determinada estrutura fixa de custos ou que obrigue o concorrente a organizar a sua gestão de custos de molde a imputar os custos com os trabalhadores nos preços dos contratos celebrados com os clientes aos quais esses trabalhadores serão afectos (cf. Parecer de Mário Esteves de Oliveira, fls. 106-107 e Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 29 de Janeiro de 2015 proferido no processo 11661/14, disponível em www.dgsi.pt)
- XI. Não há no CCP qualquer disposição que comine com a exclusão propostas cujo preço seja alegadamente inferior ao custo envolvido na execução dos respectivos serviços.
- XII. Os concorrentes têm, no âmbito da sua liberdade de gestão empresarial constitucionalmente consagrada no Art.º 61º da Constituição, o direito de organizar e repartir os custos da sua actividade como bem entendam, de acordo com os seus próprios critérios e opções de gestão,
- XIII. Critérios e opções esses que podem levar a que certos custos sejam considerados e imputados num contrafo e não considerados noutras.
- XIV. Pelo que o preço proposto pode, simplesmente, espelhar a estratégia comercial do concorrente (cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 07 de Fevereiro de 2013, proferido no processo n.º 09611/13, disponível em www.dgsi.pt)
- XV. Razões estratégicas podem levar à apresentação de propostas que envolvam a assunção de prejuízos pontuais, sem que isso determine qualquer ilegalidade, designadamente, o incumprimento das obrigações retributivas e contributivas, porque o que releva é que os resultados económico-financeiros da empresa no

cômputo geral da sua actividade sejam aptas a garantir esse cumprimento [cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14-02-2013, proferido no processo n.º 0912/12, disponível em www.dgsi.pt].

- XVI. Para o CCP, o concorrente é o único e exclusivo responsável pelo preço que propõe e será esse o preço que a entidade adjudicante lhe pagará pela execução do contrato, independentemente de, ao propô-lo, ele ter tido em consideração ou não todos os custos salariais e sociais obrigatórios, assumindo o concorrente o inerente risco já que, em sede de execução do contrato, o concorrente terá que suportar aqueles custos, porque a isso está legalmente obrigado [cf. Parecer de Mário Esteves de Oliveira, fls. 34-35 e Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 29 de Janeiro de 2015, proferido no processo 11661/14, disponível em www.dgsi.pt].
- XVII. A formação do preço contratual é um reflexo da liberdade que cada empresa detém, na prossecução da sua própria estratégia comercial, não competindo às entidades adjudicantes a fiscalização – a montante – do cumprimento das vinculações legais e regulamentares perante terceiros, porque: i) as mesmas não integram as prestações contratuais objecto do contrato a celebrar, ii) as entidades adjudicantes já estão vinculadas a aferir, na fase da adjudicação e da execução do contrato, através de declarações emitidas pelas entidades competentes, se as obrigações legais são ou não cumpridas pelo adjudicatário, estando-lhes vedado celebrar contrato (cf. Art.º 81.º n.º 1 al. b) e 86º do CCP) ou efectuar pagamentos (cf. Art.º 31.º-A do Decreto-Lei 155/92 de 28 de Julho, aditado pelo Decreto-Lei n.º 29-A/2011 de 1 de Março) até à cabal demonstração, pelo adjudicatário, de que a sua situação está regularizada [cf. Parecer de Mário Esteves de Oliveira, fls. 57 a 60].

- XVIII.** A alínea f), do nº 2, do Art.º 70º, do CCP reporta-se ao facto de o "contrato a celebrar implicar", ele próprio, portanto, a violação de vinculações legais ou regulamentares "aplicáveis", ao próprio contrato ou ao conteúdo das suas cláusulas, ou seja, a que ele próprio esteja adstrito.
- XIX.** Um contrato de prestação de serviços de vigilância e segurança humana não tem quaisquer implicações no que respeita às remunerações a que os trabalhadores da empresa de segurança privada legalmente têm direito, nem no que respeita às contribuições obrigatórias para a Segurança Social (cf. Parecer de Mário Esteves de Oliveira, fls. 110 a 111]
- XX.** O único preço "mínimo" legal é o preço anormalmente baixo e apenas este carece de ser justificado (cf. Art.º 70º n.º 2 al. e) e 71º do CCP)
- XXI.** O preço anormalmente baixa encontra-se previsto como causa autónoma de exclusão das propostas na alínea e) do n.º 2 do Art.º 70º do CCP, que não se verifica no caso concreto.
- XXII.** A imposição de um preço mínimo (fora do quadro do preço anormalmente baixo) constitui uma barreira manifestamente falseadora e 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.
- XXIII.** As peças concursais nada impõem quanto à formação do preço, não estabelecem quaisquer componentes que devam ser obrigatoriamente considerados na determinação do preço nem sequer impõem aos concorrentes que instruam a sua proposta com nota justificativa de preço ou

qualquer outro documento através do qual se possa aferir quais os custos que foram considerados na formação do preço.

- XXIV.** Do Convite resulta que os concorrentes apenas estão obrigados a justificar o preço se este for anormalmente baixo, ou seja, se for inferior a mais de 50% do preço base (cf. ponto V-2).
- XXV.** Existindo critério previamente fixado para a apreciação de propostas que devam ser tidas como propostas que apresentam um preço anormalmente baixo, uma proposta cujo preço não seja anormalmente baixo não pode ser excluída com base na argumentação de o preço proposto apresentar um preço inferior ao custo do serviço.
- XXVI.** Porquanto isso traduzir-se-ia numa exclusão com base num motivo «surpresa» não previamente estabelecido, em violação do Princípio da concorrência, da transparência, da igualdade e da estabilidade das regras concursais.
- XXVII.** A proibição de venda com prejuízo prevista no artigo 5º do Decreto-Lei n.º 166/2013 é estabelecida apenas para as vendas de bens ou de produtos e não para as prestações de serviços.
- XXVIII.** Não se mostra preenchida a previsão da alínea g) do n.º 2 do Art.º 70º do CCP porquanto não se mostra preenchida a previsão do Art.º 9º da Lei da Concorrência (que pressupõe um comportamento acordado ou concertado entre duas entidades) nem a previsão do Art.º 11º da mesma Lei (que pressupõe a detenção de uma posição dominante).
- XXIX.** Em suma, o Acórdão recorrido considera verificada uma «ilegalidade» que não vem prevista no nosso ordenamento jurídico.

- XXX. A capacidade do preço proposto para fazer face aos custos inerentes tem que ser aferida por referência ao preço total, que não a valores parcelares (cf. neste sentido o Acórdão do TCAN de 03-04-2008, processo 01247/07.1BEPRT)
- XXXI. Para um total de 18823 horas requeridas para a prestação, considerados os custos unitários/tipo de hora como determinados pela Entidade Demandada, os concorrentes incorreriam num custo de 137.966,70€.
- XXXII. Sendo o preço proposto pela de 138.667,56€, é por demais evidente que a sua proposta não padece do alegado "vício" de incapacidade para suportar os custos decorrentes do cumprimento das disposições legais e regulamentares.
- XXXIII. A Entidade Demandada excluiu a por presumir que o regime legal que vigoraria após 31 de Julho de 2014 a faria incorrer em custos mínimos unitários directos do trabalho superiores de acordo com umas contas que ela própria elaborou, mas que não se podem ter por certas e/ou indiscutíveis porque i) não correspondem a quaisquer impositivos legais que estejam em vigor à data da apresentação das propostas e ii) estão assentes em pressupostos errados.
- XXXIV. Uma vez estabelecido no programa do concurso ou no convite o critério de adjudicação, o mesmo não pode afastado pelo Júri e substituído por outro, sob pena de violação do princípio da estabilidade das regras concursais, corolário do princípio da concorrência.
- XXXV. Assim, e contrariamente ao afirmado pelo tribunal a quo, o júri do procedimento não poderá desprezar o critério de adjudicação do mais baixo preço estabelecido no convite e substituí-lo por outro fazendo uma outra ponderação com base em critério de adjudicação *ad hoc*, por si eleito após o conhecimento das propostas apresentadas e à revelia das peças concursais.
- XXXVI. Ao decidir como decidiu violou o Acórdão recorrido o ponto X do Convite e o Princípio da concorrência, da transparência e da estabilidade das regras concursais.

*

O recorrido **contra-alegou**, concluindo:

1.º

A S.A., ora Recorrente veio em sede de esclarecimentos, completar a sua proposta, o que é inaceitável e viola o

princípio da intangibilidade das propostas, sendo bastante e suficiente para a sua exclusão.

2.º

Os preços dos serviços de vigilância humana deverão ser estabelecidos com o propósito de que as empresas, por um lado, recuperem os custos directos com o trabalho, e por outro os custos relacionados com o trabalho.

3.º

Sendo que uns quer outros estão previstos na legislação e regulamentação vigentes- e que apenas variam em função da categoria profissional do trabalhador que prestará os serviços e da tipologia das horas de serviços- razão pela qual a desconsideração de algum destes custos na quantificação dos preços dos serviços revela a violação de vinculações legais e/ou regulamentares aplicáveis à atividade de vigilância humana.

4.º

O Regime Geral previsto no CCT viu algumas das suas cláusulas suspensas, na sequência da 3.ª alteração ao Código do Trabalho, introduzida pela Lei 23/2012 de 25 de Junho, designadamente pelo n.º 4 do artigo 7.º por um período de 2 anos, e portanto, até 31 de Julho de 2014 (Regime Transitório), e foi também esse o enquadramento jurídico que à data serviu de base à decisão do Júri do Procedimento, e por conseguinte, à data da decisão do júri o que era assente era a existência da Lei n.º 23/2012 de 25 de Junho e um regime de suspensão por 2 anos.

5.º

A Recorrente S.A., apresenta uma proposta que à data da sua apreciação e decisão pelo júri do Procedimento, só na vigência do regime transitório, e portanto, só até 31 de Julho revela ser capaz de cumprir com as disposições legais e regulamentares.

6.º

A vigência contratual vai muito para além deste hiato temporal (que termina a 31 de Julho), pelo que em caso de adjudicação a esta empresa, a entidade adjudicante passaria a ser coautora com a ilegalidade da violação das disposições legais e regulamentares, uma vez que a empresa , S.A., apresenta valores inferiores aos que está legal e regulamentarmente vinculada, no regime geral.

7.º

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

8.º

As medidas de apoio à contratação previstas na legislação nacional constituem poís auxílios do Estado e por conseguinte, os benefícios associados a essas medidas não podem ser utilizados para reduzir os preços propostos para a prestação de serviços de vigilância humana, sob pena de as empresas proponentes estarem a violar o disposto no artigo 65º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

9.º

Dest'arte, é entendimento da e salvo melhor opinião, que qualquer proposta que apresente preços que não permitam custear a prestação dos serviços em causa é ilegal, seja porque determina a violação de disposições legais ou regulamentares aplicáveis, seja porque revela comportamentos anticoncorrenciais, e como tal deve ser excluída.

10.º

O preço proposto pela Recorrente é claramente inferior ao custo que a prestação dos serviços determinará, razão pela qual a sua proposta

incorre nas infrações previstas nas alíneas f) e g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, tendo tal facto determinado a sua exclusão, e a adjudicação à empresa S.A., com quem foi celebrado contrato em 12 de Março de 2014.

11.º

Sem conceder, e ainda que o valor proposto pela Requerente se revelasse consentâneo com a legislação e regulamentação em vigor até 31 de Julho de 2014, e que a adjudicação fosse feita à Recorrente, a partir de 31 de Julho de 2014, a Recorrida, ver-se-ia obrigada a lançar mão de novo procedimento, com todos os constrangimentos e inerentes transtornos, por forma a garantir o respeito pelo princípio do cumprimento da legalidade de todas as disposições e vinculações legais e regulamentares relativas à prestação deste trabalho, já que esta não é uma circunstância superveniente, que motivasse uma alteração contratual, tanto mais que era conhecida a priori.

12.º

Foi apresentada junto do Conselho Directivo da ESPAP, exposição/denúncia contra a Recorrente, por parte dos restantes co-contratantes do Acordo-Quadro, pela prática reiterada de apresentação de propostas com preços abaixo do custo, o que, a verificarem-se os factos lá descritos, poderá culminar com a resolução do acordo quadro de vigilância e segurança relativamente ao co-contratante

, S.A. (cfr. doc. n.º 16 já junto na contestação e que aqui se dá por integralmente reproduzido).

13.º

O que conjuntamente com o já supra referido à saciedade reforça o carácter inaceitável da proposta da Recorrente por envolver violação legal ou risco sério de incumprimento, devendo por isso ser excluída.

14.º

Ademais, a pronúncia indevida consiste em o juiz conhecer de questão de que não podia tomar conhecimento, pelo que o seu excesso configura nulidade, proibindo-se assim que o juiz se ocupe de questões que as partes não tenham suscitado.

15.º

E que não é o caso pois todas as questões supramencionadas foram suscitadas pela Recorrida.

16.º

Pelo que, não se vislumbra que o Acórdão padeça de qualquer vício passível de gerar a sua nulidade, porquanto não foi para além do conhecimento pedido, e nem trazido pelas partes, pelo que não viola o artigo 615.º, n.º 1 d) do CPC,

17.º

Nem tão pouco incorreu em erro de julgamento ao julgar verificada a previsão do Art.º 70º, n.º 2. Al.a) e do Art.º 72.º, n.º 2 (segunda parte) do CCP em relação à proposta da Autora, Autora esta que veio fazer um efectivo acrescento da proposta inicial e não um mero esclarecimento, como pretende agora fazer crer;

18.º

De igual modo o Acórdão Recorrido não violou as disposições do Art.º 47º, n.º 1 e do Art.º 70º, n.º 2 al. d) e e), bem como f) e g) do CCP, porquanto o preço apresentado pela Autora mostrou-se insuficiente para custear a sua execução, não garantindo o cumprimento da legislação comunitária e nacional vigentes;

19.º

Por fim diga-se que o Tribunal a Quo, no seu Acórdão, não violou o Princípio da Concorrência e o Princípio da Liberdade de Gestão

Empresarial consagrada no Art.º 61, n.º 1 da Constituição, antes pelo contrário, propugnou sim pelo Princípio da Transparência e da Estabilidade das Regras Concursais já tidos em conta pelo Júri do Procedimento e que serviram de alicerce à sua decisão, por forma a não correr o risco de se tornar "cúmplice" de uma ilegalidade, que seria a adjudicação dos serviços de vigilância e segurança à Recorrente.

*

O Ministério Público foi notificado para se pronunciar como previsto na lei de processo.

Cumpridos os demais trâmites processuais, importa agora apreciar e decidir em conferência.

*

Este tribunal tem sempre presente o seguinte: (1º) o primado do Estado democrático e social de Direito material, num contexto de uma vida socioeconómica submetida ao bem comum e à suprema dignidade de cada pessoa; (2º) os valores ético-jurídicos do ponto de vista da nossa lei fundamental; (3º) os princípios estruturantes do Estado de Direito (ex.: a juridicidade, a segurança jurídica para todas as pessoas e a igualdade jurídica de todos os seres humanos); (4º) as normas que exijam algo de modo definitivo; (5º) as normas que exijam uma otimização das possibilidades de facto e de direito existentes no caso concreto, através de uma ponderação racional e justificada; e (6º) a máxima da unidade e coerência do nosso sistema jurídico, bem como, sempre que possível e necessário, as máximas metódicas da igualdade e da proporcionalidade. (1)

*

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. FACTOS PROVADOS

1. A Escola lançou o Concurso Público nº 2/AQ-VS/2013/ESEL, ao abrigo do Acordo Quadro AQ-VS-2010, celebrado pela Agência Nacional de Compras E.P.E., agora Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (ESPAP), para a prestação de serviços de Vigilância e Segurança, ao abrigo do Acordo Quadro, para a Escola e Serviços Comuns da / e SL.

2. O identificado Procedimento rege-se pelo convite à apresentação de propostas e pelo caderno de encargos - documentos n.º 1 e 2, que aqui se dão por reproduzidos.
3. O Convite à Apresentação de Propostas no que importa, era do teor seguinte:

"(...)

VI - DOCUMENTOS EXIGIDOS

1. Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do Anexo I do CCP.
2. Proposta de Preço que inclui:
 - a) Lista de Preços unitários;
 - b) Preço total e mensal;
 - c) O preço da proposta será expresso em euros, por extenso e algarismos, apresentado com o máximo de duas casas decimais, e não inclui o IVA, devendo a entidade adjudicante indicar a taxa legal aplicável. Em caso de divergência, prevalece o preço indicado por extenso.

(...)

X – CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO

1. A adjudicação é feita segundo o critério do mais baixo preço.
2. Em caso de igualdade, o desempate é feito da seguinte forma e ordem de preferência:
 - a) O dia da apresentação das Propostas;
 - b) A hora da apresentação da proposta, o que inclui os minutos e os segundos.

(...)”
- Doc. nº 1 junto com a p.i.

4. A Autora encontrava-se habilitada a apresentar proposta ao identificado Procedimento - cit. documento nº 1 e documento nº 3 - lista de erros e omissões com o assunto «Erro do convite».
5. O critério de adjudicação estabelecido foi o do mais baixo preço (Cf. ponto X nº 1 do Convite, doc. nº 1).
6. O preço base do Procedimento foi fixado em 193.402 (Cento e noventa e três mil quatrocentos e dois Euros), acrescido de IVA à taxa em vigor e vem previsto no ponto V do Convite e no art. 5º do Caderno de Encargos - cf. Docs 1 e 2- nº 1.
7. O ponto V-2 do Convite estabeleceu que, para efeitos do art. 57º nº 1 d) do CCP, seria considerado preço anormalmente baixo aquele que fosse inferior a mais de 50% do preço base indicado – doc. nº 1, fls. 3.
8. A Autora, apresentou proposta com o conteúdo constante do Documento nº 4 com o preço total anual de EUR 138.667,56 (Cento e trinta e oito mil seiscentos e sessenta e sete Euros e cinquenta e seis cêntimos) – doc. nº 4, que aqui se dá como reproduzido.
9. Em 31 de Janeiro de 2014, o Júri do Concurso produziu o Relatório Preliminar que se junta sob o Documento nº 5 e dá por integralmente reproduzido, no qual declarou que “*Aplicando tout court o critério de adjudicação enunciado no ponto 2. do presente relatório*” ordenou a proposta da em 1º lugar. – Cf. ponto 5 do relatório junto sob o documento nº 5.

10. Porém, propôs a exclusão de tal proposta por ter considerado que:

- (i) A proposta de preço apresentada pela concorrente não lhe permitiria, após a vigência do regime transitório, i.e. após 31 de Julho de 2014, suportar os custos directos do trabalho (Entenda-se tais como o Júri os identifica no quadro 13 do seu Relatório Preliminar, como sendo impostos pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis);
- (ii) Que, assim, a análise da proposta da revelava que o contrato a celebrar implicaria a violação de disposições legais aplicáveis, pelo que devia ser excluída, como previsto no art. 70º nº 2 alínea f) do CCP
- (iii) Que a proposta da se consubstanciaria na venda de um serviço por preço inferior ao seu custo de produção e comercialização, o que qualifica como prática concorrencial proibida pelos arts. 10º nº 1 c) e 11º nº 1 da Lei 19/2012
- (iv) Que, assim, a análise da proposta da revelava indícios de actos susceptíveis de falsear a concorrência pelo que devia ser excluída nos termos do art 70º nº 2 al. g) do CCP.
(cf. Relatório Preliminar junto sob o documento nº 5).

11. A exerceu o seu direito de audição, onde explicou, *inter alia* e justificadamente, que o preço que propôs era amplamente suficiente para fazer face a todos os custos em que incormia para a prestação do serviço objecto do contrato. - documento nº 6 que se dá por integralmente reproduzido.

12. Porém, no Relatório Final, o Júri manteve, na íntegra, a posição que assumira no Relatório Preliminar, excluindo a Requerente, e ordenando as propostas, com a adjudicação ao concorrente - documento nº 7 que aqui se dá por reproduzido.

13. O Contrato de Prestação de Serviços a que o procedimento em causa nos presentes autos diz respeito, foi celebrado em 12 de Março de 2014 – facto admitido.

*

Continuemos.

II.2. APRECIAÇÃO DO RECURSO: OS FACTOS PROVADOS E O DIREITO

Aqui chegados, há melhores condições para se compreender o recurso e apreciar o seu mérito.

Vejamos, pois.

INTRODUÇÃO, NULIDADE POR EXCESSO DE PRONÚNCIA e INVIALIDADE DA AÇÃO

Estamos em sede de contratação pública referente a prestação de serviços por convite no contexto de um acordo-quadro (cf., i.a., os arts. 251º a 277º do CCP).

Ora, o ato administrativo impugnado, com referência à deliberação do júri do procedimento (relatório preliminar e relatório final – art. 148º CCP), entendeu excluir a proposta da ora autora pelos seguintes fundamentos, relacionados com o baixo preço contratual apresentado pela aqui recorrente, preço alegadamente inferior aos custos normais (segundo o júri):

a)- nos esclarecimentos pedidos ao abrigo do art. 72º/1 CCP, a veio adicionar novos valores/informações referentes aos preços unitários (art. 24º/4 do Cad. Enc. (2)) dos “serviços de vigilância extra horário” (o que é verdade cf. os docs. 4 a 7 da p.i.(3) e está afirmado no relatório preliminar como causa de exclusão da proposta da – vd, assim as pp. 3, 4 e 20 do relatório preliminar); neste ponto, é de sublinhar que o relatório final diz expressamente que o conteúdo do relatório preliminar deve ser tido como parte integrante do relatório final (aliás, vd. art. 148º CCP)

b)-qualquer preço contratual abaixo do custo é ilegal;

c)-os custos (diretos do trabalho) são idênticos para todas as empresas de segurança privada, tendo presente o Cód.Trab. (v.g. arts. 268º e 269º), a C.C.T. do setor (cláusulas 16, 22, 24, 26, 31 e 32), a Lei 70/2013 (arts. 3º e 12º) e a Lei 19/2012, bem como o Código dos Regimes Contributivos para a S.S. (art. 53º), que o júri tem o dever de verificar se são ou não cumpridos pelos concorrentes;

d)-violação do art. 65º da Lei 19/2012;

e)-violação dos arts. 10º/1-c) e 11º/1 da Lei 19/2012;

f)-abuso de posição dominante, num sentido diferente do de ter uma grande ou a maior quota do mercado (invocou os arts. 82º e 102º do TFUE e os Acs. do TCAS no P. nº 748/05 e do TCAN no P. 3162/06...);

g)-o facto de a autora admitir que os apoios estatais (vd. DL 89/95 e Portaria 106/2013) que lhe permitiram baixar este preço terminam em 31-7-2014 (o que é verdade cf. o art. 7º/4 da Lei 23/2012) significa que sempre haverá aqui ilegalidade no baixo preço contratual proposto após 31-7-2014, cujos custos irão pois ser alterados/repostos com a reposição em vigor da CCT (fim da suspensão da CCT operada pela Lei 23/2012), havendo portanto sempre uma ilegalidade por força das al. f) e g) do art. 70º/2 do CCP após 31-7-2014(4), período incluído na vigência do contrato de acordo com o ponto IV do Convite e o art. 6 do Cad. Enc.

Nota-se que o júri não identificou os pontos precisos da proposta que eram

duvidosos e ilegais ou, pelo menos, não ficou clara a demonstração objetiva e absolutamente segura (!) da ilegalidade de cada preço, até porque considerou simplesmente que o bloco de juridicidade aplicável admite presunções ou cálculos aproximados, bem como que proíbe sempre preços abaixo de custo (devidamente comprovados).

É este o teor essencial da conduta administrativa sindicada pelo TAC.

A decisão recorrida (algo breve e confundindo, nos arts. 2º e 11º da fundamentação fáctica, factos com Direito e factos com juízos conclusivos) entendeu o seguinte, para indeferir o pedido formulado na p.i.:

a)-a proposta da ora autora, quanto ao preço unitário do serviço de vigilância extraordinário (vd. Art. 24 do C.Enc.), violou a regra da intangibilidade ou imutabilidade das propostas, sendo de aplicar o previsto nos arts. 72º/2, 70º/2-a) e 57º/1-b) do CCP (cf. docs. 4 a 6 da p.i.);

b)-a proposta da autora, quanto ao preço contratual proposto, tem um valor inferior aos custos sociais e económicos dos serviços em causa, sendo por isso de aplicar aqui o art. 70º/2-f) do CCP.

As conclusões do recurso aqui apresentado podem alinhar-se assim:

-ao analisar o caso à luz do art. 70º/2-a) CCP, o TAC incorreu no vício do excesso de pronúncia relativamente ao tema “preços dos serviços de vigilância extra” a que se refere o nº 4 do art. 24º do Cad. Enc.;

-o tribunal a quo errou ao considerar que os “preços dos serviços de vigilância extra” teriam que ser apresentados, sob pena de aplicação dos arts. 70º/2-a) e 72º/2 CCP, porque se tratam de prestações de serviços incertos e adicionais, e o Cad. Enc. não define quantidades e características; assim, o tribunal a quo violou o ponto VI do Convite (lista de preços unitários, e preço total e mensal), o nº 24 do Cad. Enc. e os arts. 56º, 57º/1-b) e 70º/2-a) CCP; não são atributos da proposta;

-a lei só admite juízos de razoabilidade sobre o preço proposto nos casos dos arts. 70º/2-e) e 71º/4 CCP, pelo que o tribunal a quo violou os arts. 47º/1 e 70º/2-d)-e) CCP; o único preço proibido, além do limite do preço base ou do mínimo fixado no C.E., é o preço anormalmente baixo a que se refere o art. 71º CCP;

-a al. f) do nº 2 do art. 70º CCP refere-se ao próprio contrato, como resulta de vária jurisprudência do TCAS e do STA, bem como dos arts. 55º e 81º CCP, pelo que o tribunal a quo ao entender mais amplamente;

-ainda quanto ao preço baixo e abaixo de custo, o tribunal a quo errou quanto ao período posterior a 31-7-2014, como se prova pela nova Lei 48-A/2014 e pelo novo CCT (que reduziu o anterior suplemento por trabalho extra de 100% para 50%);

-o TAC também errou, ao invocar a Lei 19/2012 e o art. 5º do DL 166/2013, que

são inaplicáveis, não havendo assim o preenchimento da previsão da al. g) do nº 2 do art. 70º CCP, porque o que distorce a concorrência e a liberdade de gestão empresarial é a tese oposta à da recorrente/autora;

-o TAC violou o nº X do Convite(5) e os princípios da concorrência e da estabilidade.

A problemática central do presente recurso é, pois, interessante e teoricamente difícil: saber da admissibilidade pelo nosso Direito, e da sindicabilidade pela A.P. Concursal, de propostas com preços contratuais baixos, mas superiores ao “preço anormalmente baixo (cf. os arts. 70º/2-e) e 71º do CCP) ” e (supõe-se que “comprovadamente”) inferiores aos custos normais do mercado do contrato a executar.

Há ou não no nosso Direito uma proibição de apresentar preços abaixo do custo normal do contrato a adjudicar?

Por outras palavras, é ilícito que, sob a égide do CCP, uma concorrente apresente uma proposta que, sem violar o estabelecido no CCP quanto ao “preço anormalmente baixo”, contenha um preço contratual inferior ao custo que a concorrente suportará com a execução desse contrato, atendendo nomeadamente à existência de custos contributivos para a Segurança Social dos trabalhadores e de custos extraordinários com o trabalho noturno ou extraordinário?

(sobre isto, vd. João Amaral e Almeida/Pedro Sanchez, *Temas da Contratação Pública*, I, 2011; João Amaral e Almeida, “As propostas de preço anormalmente baixo”, in Pedro Gonçalves [org.], *Est. de Contrat. Púb.*, III, 2010, de cujas conclusões [também constantes de recente Parecer Jurídico] duvidamos muito, relativamente ao tema do “preço abaixo de custo” (6))

Pode muito bem ser que a recorrente tenha razão na tese que agora apresenta, mas é claro que, num processo, a base de tudo são os factos e as regras do ónus da prova.

Além disso, o objeto do processo é o definido pelas partes nos articulados.

Mas, por isso, mesmo, temos aqui um problema prévio: a p.i. não atacou, de todo, um dos fundamentos do ato administrativo impugnado, qual seja o da violação do art. 70º/a) do CCP relativamente aos valores/preços dos serviços de vigilância extraordinários, referidos no relatório preliminar.

A p.i. limitou-se a dizer o seguinte:

a)-os cálculos feitos pelo júri, quanto à relação entre o preço contratual proposto pela e os custos estão errados, para efeitos de subsunção nas al. f) e g) do nº 2 do art. 70º CCP, seja para o período anterior a 1-8-2014, seja para o período posterior;

b)-o DL 166/2013 não é aqui aplicável;

c)-a *Lei 19/2012 não é aqui aplicável,*

d)-o júri errou quando presume o preço abaixo de custo viola sempre as vinculações legais e regulamentares (vd. Arts. 61º/1 CRP, e 1º/4, 57º/1-d), 71º/4 e 132º/4 CCP);

e)-a al. f) do nº 2 do art. 70º CCP refere-se apenas ao próprio contrato, não estando por isso aqui preenchida a respetiva previsão.

Mas, dos documentos dos autos resulta que, nos esclarecimentos pedidos ao abrigo do art. 72º/1 CCP, a veio mesmo adicionar novos valores/informações referentes aos preços dos “serviços de vigilância extra horário” (vd. docs. 4 a 7 da p.i.; e o art. 24º/4 do Cad. Enc.), como entendido na 1ª instância.

E isso está **afirmado** no relatório preliminar como causa de exclusão da proposta da, por violação da norma-regra da intangibilidade das propostas – vd, assim as pp. 3, 4 e 20 do relatório preliminar. Neste ponto, é de sublinhar que, depois, o relatório final em que se baseou o ato impugnado, diz expressamente que o conteúdo do relatório preliminar deve ser tido como parte integrante do relatório final (aliás, vd. art. 148º CCP).

Portanto, um dos fundamentos para excluir a proposta da foi a al. a) do art. 70º/2 e o art. 72º/2 CCP. Este fundamento da exclusão da autora ora recorrente não foi atacado na p.i., ou seja, foi aceite pela autora ora recorrente.

Por isso, a ação interposta, se fosse uma a.a. comum, seria julgada como **inviável** logo no saneador, porque, **mesmo que provada toda a factualidade da causa de pedir contida na p.i., o ato administrativo impugnado sempre se manteria na ordem jurídica com o fundamento que a autora não atacou na p.i.; o TAC nunca o poderia anular.**

Mas esta ação administrativa especial foi até ao fim (como teria de ser ao abrigo dos arts. 87º ss CPTA), o TAC manteve (oficiosamente) o entendimento do júri sobre a referida questão ignorada na p.i. e, agora, a vem discordar do TAC e, apenas por esta via, discorda pela primeira vez desse fundamento do ato administrativo impugnado na p.i. Só que nesta a mostrara que aceitou e/ou esqueceu a cit. causa de exclusão referida a pp. 3-4 e 20 do relatório preliminar, **mantida expressamente no relatório final: i.e., que, com os seus esclarecimentos, a aditou elementos novos (preços) à sua proposta, completou-a quanto ao cit. nº 4 do art. 24º do Cad. Enc., em vez de se limitar a esclarecer a proposta, assim incorrendo na violação da norma-regra da estabilidade, imutabilidade ou intangibilidade das propostas** (decorrência lógico-jurídica dos princípios da concorrência e da igualdade), e caindo por isso na alçada do art. 72º/2 CCP. Afinal, a proposta da estava incompleta quanto a um atributo.

E não se diga (agora tendo nós presente o dever imposto na 2ª parte do nº 2 do art. 95º CPTA) que o nº 4 do art. 24º do C.E., já supra transcrito, é apenas uma

incerteza e algo de adicional (?), para tornar irrelevante a presença ou a ausência nas propostas dos preços dos “serviços de vigilância extra horário ou vigilantes de reforço, em dias de eventos”. **É uma eventualidade prevista no Cad. Enc., que terá um preço e um custo. Por isso está sujeita à concorrência; por isso deve ter um preço/custo nas propostas.**

Enfim, ao invocar o excesso de pronúncia, que existe (art. 615º/1-d) CPC), a recorrente confessa implicitamente que um dos fundamentos que efetivamente o júri invocou para a excluir foi esquecido na p.i. E, portanto, que nunca seria de anular a exclusão da proposta da autora ora recorrente, mesmo que tivesse razão, como talvez tenha, quanto às anulabilidades invocadas na p.i. e neste recurso.

*

III. DECISÃO

Por tudo quanto vem de ser exposto e de harmonia com os poderes conferidos no artigo 202º da Constituição, acordam os Juizes do Tribunal Central Administrativo Sul em **declarar a nulidade do acórdão recorrido por vício de excesso de pronúncia, e, em substituição, julgar a ação improcedente, absolvendo os demandados dos pedidos formulados na p.i., assim se negando provimento ao recurso.**

Custas a cargo da autora e recorrente em ambos os tribunais.

Lisboa, 9-7-15

(Paulo H. Pereira Gouveia - relator)

(Nuno Coutinho)

(Carlos Araújo)

(1) Paulo Pereira Gouveia, “**O método e o juiz da intimação...**”, in *O Direito*, Ano 145º, 2013, I/II, pp. 51-91; Robert Alexy, “**A construção dos direitos fundamentais**”, in *Direito & Política*, nº 6, 2014, pp. 38-48; Robert Alexy, “**Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**”, in *O Direito*, Ano 146º, 2014, IV, pp. 817-834.

(2) 4 - Em casos pontuais poderá ser solicitado serviços de vigilância extra horário ou vigilantes de reforço, em dias de eventos.

(3) A só indicou os “preços dos serviços de vigilância extra” no seu esclarecimento. Antes, os preços indicados referiam-se apenas ao preço da hora diurna e noturna em horário normal, nada se dizendo sobre o preço da hora extra diurna, o preço da hora extra noturna, em dias feriados e em não feriados.

(4) A isto respondeu em A-P- a que seria especular sobre 1-8-2014 em diante; sempre haveria novo SMN, nova CCT, etc., ao que o júri respondeu a final que no dia 1-8-2014 se retomaria o regime legal anteriormente suspenso, o que seria sabido face à Lei 23/2012; não haveria surpresa ou imprevisibilidade no retomar do regime anterior, donde resultavam valores de preços/custos diferentes dos indicados pela

(5)1 - A adjudicação é feita segundo o critério do mais baixo preço.

(6) Note-se que este assunto não é exatamente igual ao dos “preços contratuais muito baixos” resultantes da violação do salário mínimo nacional ou das leis de segurança social. Aqui, a questão é que o preço muito baixo se explica licitamente com base na legislação socio-laboral-ambiental existente, tendo, no entanto, o júri pressuposto que todos estes preços baixos são sempre predatórios e resultam de uma posição dominante em sentido muito lato, com violação do princípio da sã concorrência.

Não é bem assim. Além de ter se estar ante um quadro factual claro, pormenorizado e inequívoco na “factualidade provada”, os princípios constitucionais da livre e sã concorrência e da liberdade de gestão empresarial, bem como os arts. 57º/1-d), 70º/2, 71º e 132º/4 do CCP, apontam neste sentido. Não existem normas legislativas a exigirem algo de específico quanto a este tema, em sede de contratação pública. O art. 70º/2-f) do CCP refere-se às cláusulas do próprio contrato que violem ou contenham implicitamente a violação de leis laborais ou ambientais ou sociais (e de regulamentos lícitos), e não a relações com terceiros (algo de semelhante ao que alguma jurisprudência entendia quanto à matéria das A.I.M. e do INFARMED). Não se vê como demonstrar que o preço de um serviço, prestado por uma grande empresa de serviços, é inferior ao custo desse concreto serviço. O art. 70º/2-g) do CCP refere-se a casos de posição dominante comprovada e de preços predatórios comprovados.