



Transitado em julgado em 06-10-2015

## Acórdão n.º 11/2015-15.SET-1.ª S/SS

Processo n.º 1235/2015

Relator: Conselheiro João Figueiredo

**Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:**

### I. RELATÓRIO

1. A Câmara Municipal de São João da Madeira (doravante designada por Câmara Municipal ou por CMSJM) remeteu, para efeitos de fiscalização prévia, o contrato de fornecimento de refeições nas escolas do 1º ciclo do ensino básico e jardins de infância, celebrado em 5 de junho de 2015, entre o Município de São João da Madeira e a Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Ld.ª (doravante designada por EUREST), no montante de € 1.403.424,00, acrescido de IVA, à taxa legal aplicável.
2. O contrato foi recebido nos Serviços de Apoio deste Tribunal em 29 de junho de 2015 e objeto de devoluções para que fosse prestada informação complementar visando uma melhor instrução do processo, designadamente no que respeita à observância do regime do Código dos Contratos Públicos (CCP).

### II. FUNDAMENTAÇÃO

#### Factos



3. Além do referido no nº 1, relevam para a decisão os factos e alegações referidos nos números seguintes e evidenciados por documentos constantes do processo.
4. Em 16 de dezembro de 2014, a CMSJM deliberou, por unanimidade, aprovar a abertura de concurso público internacional para a adjudicação do fornecimento de refeições nas escolas do 1º ciclo do ensino básico e jardins de infância e o correspondente programa de concurso e caderno de encargos <sup>1</sup>.
5. No Diário da República de 19 de dezembro de 2014 e JOUE de 23 de dezembro de 2014, foi publicado o anúncio de abertura do concurso público <sup>2</sup>.
6. Na cláusula 10ª do programa de concurso estabeleceu-se que os concorrentes deveriam apresentar, como documentos da proposta <sup>3</sup>:

*“- Declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborado em conformidade com o modelo constante do anexo I do CCP e transcrita no anexo I*

*- Proposta que, em função do objeto do contrato a celebrar, e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham o único atributo, preço da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar.*

*- Documento que contenha os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, especificamente o preço por refeição acima de 1,55 (um euro e cinquenta e cinco cêntimos) e inferior a 2.00 (dois euros) preço base e demais aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e seus anexos”.*

7. Nos termos da cláusula 14ª do programa de concurso e do nº 12 do anúncio, o critério de adjudicação estabelecido foi “o do mais baixo preço” <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. fls. 10 e seguintes

<sup>2</sup> Cfr. fls. 101, 102 e 391 a393

<sup>3</sup> Cfr. fl. 15

<sup>4</sup> Cfr. fls 16 e 101



# Tribunal de Contas

---

8. No relatório preliminar foram apreciadas as 6 propostas apresentadas a concurso e do qual resultou a ordenação final das propostas que se apresenta no quadro seguinte <sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> Cfr. fls 200 e 201



# Tribunal de Contas

---

	<b>Concorrente</b>	<b>Preço unitário refeição</b>	<b>Preço global proposto</b>
1	KNOW FOOD	€ 1.550001	€ 1.235.970,80
2	UNÍSELF	€1.65	€ 1.315.710,00
3	ICA	€1.73	€ 1.379.502,00
4	ITAU	€1.74	€1.387.476,00
5	EUREST	€1.76	€ 1.403.424,00
6	GESTYREST	€1.99	€ 1.586.826,00

9. Todas as propostas integravam a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do anexo I do CCP, correspondente à exigência fixada em primeiro lugar na acima transcrita cláusula 10<sup>a</sup> do programa de concurso <sup>6</sup>.
10. A proposta apresentada pela EUREST para além de integrar a declaração referida no número anterior, inclui documentos com especificações técnicas que reproduzem (por vezes mediante mera fotocópia) as especificações técnicas constantes dos anexos do caderno de encargos, correspondendo assim à exigência fixada em terceiro lugar na referida cláusula 10<sup>a</sup> do programa de concurso <sup>7</sup>.
11. Em sede de audiência prévia a concorrente ICA apresentou uma pronúncia propondo a exclusão dos concorrentes KNOW FOOD e UNISELF <sup>8</sup>.
12. No seguimento das observações apresentadas pela ICA e por solicitação do júri, foi elaborado um parecer jurídico pelos serviços da Câmara Municipal que propôs a exclusão de todas as propostas, com exceção da proposta do concorrente “EUREST” <sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. fls. 113, 425, 430, 438, 458 e 485.

<sup>7</sup> Cfr. fls 131 e ss.

<sup>8</sup> Cfr. fls 203-211

<sup>9</sup> Cfr. fls 214 a 217



13. No referido parecer jurídico refere-se <sup>10</sup>:

*“VII – Abreviando razões, os concorrentes estavam obrigados pelo programa de procedimento, a apresentar também documento que contivesse os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e demais aspetos, para além do preço base, da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e seus anexos, tal qual dispõe a clausula 10ª do programa de procedimento sob epígrafe "Documentos da Proposta". (sublinhado nosso)*

*(...)*

*“Ora e desde logo o Anexo I ao Caderno de Encargos, contem matéria subtraída à concorrência, como a composição das refeições, ementa de piquenique, elaboração das ementas, alimentos e aditivos alimentares não autorizados, dietas adaptadas, refeições de substituição, assim como as capitações dos alimentos contidos no anexo II, plano de ementas constantes no anexo XII, pessoal afeto aos refeitórios dias letivos e dias não letivos (anexos V e VI), para além do mapa de pessoal com categorias (anexo VII), matéria a que, curiosamente, todos os concorrentes apresentaram documento na proposta, que não às demais matérias supra referidas que igualmente, por subtraídas à concorrência, deveriam também fazer parte do documento da proposta, conforme dispõe a clausula 10ª do programa de procedimento”*

E ainda:

*“(...) apenas a concorrente "Eurest (Portugal)" apresentou documento contendo toda a matéria constante no Caderno de Encargos(...).”*

14. No segundo relatório elaborado pelo júri, com fundamento no parecer jurídico, foi proposta a exclusão de cinco propostas e a adjudicação à empresa EUREST, que apresentou uma proposta de valor mais elevado (€ 1.403.424,00), superior em € 167.453,20, relativamente à proposta de mais baixo preço (€ 1.235.970,80) apresentada pelo concorrente KNOW FOOD.

15. Os concorrentes excluídos KNOW FOOD, ICA e ITAU, em sede de segunda audiência prévia, apresentaram reclamações, que foram consideradas improcedentes pelo júri com base no parecer jurídico elaborado <sup>11</sup>.

16. A adjudicação foi decidida pela CMSJM em 7 de abril de 2015 <sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. fl 216

<sup>11</sup> Cfr. fls 244 a 251



17. A minuta do contrato foi aprovada por deliberação da CMSJM de 19 de maio de 2015 <sup>13</sup>.

18. No contrato, estabelece a cláusula 11.<sup>a</sup>:

*“1. Fazem parte do integrante do presente contrato o Programa de Procedimento, Caderno de Encargos e respectivos anexos, a Proposta [apresentada pelo] Segundo Outorgante e, bem assim, todos os outros documentos que sejam referidos no presente contrato.*

*2. Em caso de dúvidas, prevalece em primeiro lugar o texto do presente contrato, seguidamente o Programa de Procedimento e Caderno de Encargos e em último lugar a proposta que foi [apresentada pelo] Segundo Outorgante”*

19. Face aos motivos que levaram à exclusão de todos os concorrentes, com exceção do adjudicatário, solicitou-se ao Município a enumeração detalhada de quais “(...) os demais aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência(...)” bem como a identificação nas peças do procedimento da cláusula que prevê a exclusão de proposta por não apresentação de tais elementos.

20. Em resposta, o Município informou, designadamente, que os anexos ao caderno de encargos previam exhaustivamente os termos e as condições a que os concorrentes se vinculavam na apresentação das propostas e que o único atributo das propostas submetido à concorrência “(...) é o preço (...)” <sup>14</sup>. Quanto à enumeração dos “(...) demais aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência(...)” remete para o parecer dos seus serviços jurídicos que transcreve e que respeitam à matéria não submetida a concorrência que constituem os anexos ao caderno de encargos. E no que

---

<sup>12</sup> Cfr. fls 252

<sup>13</sup> Cfr. fl. 330

<sup>14</sup> Cfr. fl 370



respeita às consequências para a não apresentação de propostas com tais requisitos, informou o seguinte <sup>15</sup>:

*“(...) As peças do procedimento (programa de concurso e caderno de encargos) não contêm cláusulas ou normas que estabeleçam as consequências para a não apresentação com as propostas dos "(...) demais aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência (...)". Nem, salvo o devido respeito, teria que estabelecer regime sancionatório específico. Antes não sendo as propostas constituídas por todos os documentos exigidos, nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 57º, in casu, alínea c) ex vi cláusula 10ª do programa de procedimento e constituindo tal facto um requisito de exclusão de ordem procedimental, parecem-nos bastante para fundamentar de facto et de jure, as exclusões das propostas em apreço.”*

21. Questionou-se ainda o Município para possibilidade de ter pedido esclarecimentos ao abrigo do disposto no artigo 72.º do CCP para ultrapassar as razões que poderiam conduzir à exclusão de propostas.

22. Sobre tal possibilidade o Município prestou informação remetendo para o parecer jurídico dizendo:

*“Ora, a possibilidade do júri pedir esclarecimentos sobre as propostas, tem, desde logo, como pressuposto, que os esclarecimentos a prestar pelos concorrentes constitua matéria que faça parte integrante dessas mesmas propostas (...)*

*O que não é manifestamente o caso, sendo que o que está em causa é efetivamente a omissão de documentos apresentados pelos concorrentes, nos termos do preceituado na alínea c) do n.º 1 do art.º 57 do CCP - aspetos na execução do contrato não submetidos à concorrência.”*

23. Por decisão deste Tribunal de 27 de agosto de 2015, o contrato foi de novo devolvido à CMSJM para mais esclarecimentos, designadamente sobre a não discriminação na cláusula 10.ª do programa do concurso dos documentos a apresentar com os específicos termos ou condições a que “a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule” e não se tenha bastado com a apresentação da declaração elaborada de acordo com o modelo constante do anexo I ao CCP e da qual consta que o concorrente “se obriga a

---

<sup>15</sup> Cfr. fl 371



*executar o referido contrato em conformidade com o conteúdo do (...) caderno de encargos, relativamente ao qual declara aceitar, sem reservas, todas as cláusulas”.*

24. Em 3 de setembro de 2015, o Município responde às diferentes questões colocadas na informação prestada pelo Chefe de Divisão Jurídica iniciando com a transcrição da anterior resposta enviada aos pedido de esclarecimentos, por considerar conforme refere “(...) *constituir o cerne da nossa posição jurídica*<sup>16</sup>”

25. Refere, ainda, o seguinte:

*“Ora, neste tipo de prestação de serviços não basta que os concorrentes se limitem à declaração genérica de que se obrigam a executar o contrato em conformidade com o conteúdo do caderno de encargos relativamente ao qual aceitam sem reservas todas as cláusulas, conforme anexo 1 ao CCP, n.º 1, a) do art.º 57º, mesmo que o único critério de adjudicação seja o do mais baixo preço (trata-se tão só de um documento que explicita o princípio da adesão do concorrente às condições que a entidade adjudicante declarou estar na disposição de contratar e que constam do caderno de encargos, sem exceção, reserva ou condição).”*

## **Enquadramento jurídico**

26. As questões que se devem suscitar e decidir no presente processo prendem-se com as exigências fixadas nos documentos procedimentais, em matéria de documentos a apresentar, com a exclusão de propostas e a adjudicação feita a proposta que apresentou o segundo valor mais elevado.

27. Relembre-se, na sequência do que se viu acima, que no presente procedimento concursal o único aspeto sujeito à concorrência foi o do preço das refeições, refletindo-se naturalmente no valor das propostas. Todos os demais aspetos do fornecimento (designadamente planos de ementas, ementas, capitações, métodos de confeção...) ou com ele relacionados (designadamente pessoal,

---

<sup>16</sup> Cfr. fls 778 a 784



formação, equipamentos...), estavam minuciosamente previstos nos documentos, em especial no caderno de encargos e nos seus anexos. Todas essas dimensões do fornecimento não estavam, pois, sujeitas à concorrência.

28. Aliás, como se viu também, o critério de adjudicação foi o do mais baixo preço.

29. Retome-se o teor da cláusula 10.<sup>a</sup> do programa do procedimento, acima transcrita, relembando-se que foi exigido aos concorrentes a apresentação de declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborado em conformidade com o modelo constante do anexo I do CCP. Mas também foi exigido, em trecho que não prima na sua redação por clareza, sendo de difícil compreensão, que os concorrentes apresentassem ainda um documento *“que contenha os termos ou condições relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, especificamente o preço por refeição acima de 1,55 (um euro e cinquenta e cinco cêntimos) e inferior a 2.00 (dois euros) preço base e demais aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos e seus anexos”*.

30. Isto é, analisando aquela cláusula, e tendo em conta os esclarecimentos prestados que constam acima na matéria de facto, os concorrentes deviam apresentar os seguintes documentos: declaração em que, nomeadamente, se vinculavam a cumprir o caderno de encargos; documento relativo ao preço proposto, único atributo das propostas sujeito a concorrência; e documento em que os concorrentes declaravam aceitar executar o contrato em respeito aos demais aspetos previstos no caderno de encargos e seus anexos, aspetos esses que não estavam sujeitos a concorrência, sendo aquela declaração uma aceitação expressa do exigido no caderno de encargos e anexos.



31. Tais exigências estabelecidas no programa do concurso inspiraram-se muito provavelmente - e nesse sentido vão documentos constantes no processo - no n.º 1 do artigo 57.º do CCP, sobre os documentos a apresentar com a proposta, onde se dispõe designadamente o seguinte (negrito nosso):

*“A proposta é constituída pelos seguintes documentos:*

*a) Declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborada em conformidade com o modelo constante do anexo I ao presente Código, do qual faz parte integrante;*

*b) Documentos que, em função do objeto do contrato a celebrar e dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar;*

*c) Documentos exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule”.*

32. O disposto naquele artigo assume importância primordial na medida em que, designadamente, em matéria de admissão e exclusão de propostas, diz o artigo 146.º, no seu n.º 2, alínea d):

*“No relatório preliminar (...) o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas (...) [q]ue não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 57.º”*

33. Porque todas as propostas – com exceção da do adjudicatário - não apresentaram aquele terceiro documento exigido pelo programa de concurso, foram efetivamente excluídas, como se viu na matéria de facto. Incluindo propostas que apresentavam preço mais baixo. E a proposta do adjudicatário foi admitida e considerada porque incluiu um documento que se limita a explicitar as especificações técnicas dos anexos do caderno de encargos, chegando a fazê-lo, compreensivelmente, por mera fotocópia.

34. A questão é pois a de saber se a exclusão das demais propostas foi legalmente conforme, como numa primeira e superficial interpretação parece ter sido.



35. A resposta à questão radica numa correta interpretação a dar aos comandos do n.º 1 do artigo 57.º.
36. Note-se desde já o seguinte: se tanto no documento previsto na alínea a) como nos da alínea c) daquela disposição legal se remete para o conteúdo do caderno de encargos, terá de descortinar-se o que pretende de **diferente** o legislador ao permitir a exigência de documentos ao abrigo daqueles dois comandos normativos.
37. Registe-se o que parece óbvio: a declaração prevista na alínea a) representa a adesão do concorrente ao conteúdo do caderno de encargos.
38. Mas os documentos previstos na alínea c) terão de representar algo mais ou algo diferente, senão não se justificava a previsão normativa. Ora, nesta norma prevê-se a possibilidade de haver aspetos da execução do contrato não sujeitos à concorrência, mas em que é suposto haver - nesses aspetos - uma concretização ou determinação que depende em exclusivo do que o concorrente propõe. Isto é: o caderno de encargos contém em princípio uma previsão genérica desses aspetos, cabendo aos concorrentes concretizá-la ou determiná-la. E os documentos previstos representam a vinculação dos concorrentes a tais concretizações ou determinações. Como diz a norma são *“documentos que (...) [contêm] os termos ou condições, relativos a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência”*.
39. Numa formulação, que não se acompanha integralmente, diz a propósito Jorge Andrade da Silva (in Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado, 3ª edição – 2010, Almedina):

*“A alínea c) reporta-se a requisitos impostos unilateralmente pela entidade adjudicante quanto a aspetos da execução, que, como tal, não são negociáveis e, conseqüentemente, submetidos à concorrência e cuja satisfação pelo concorrente, portanto, não constitui atributo da proposta, mas condição de adjudicação. São pois aspetos da execução do contrato que no caderno de encargos não estão referenciados de modo fixo, antes através da fixação de um mínimo e de um*



*máximo, entre os quais pode oscilar o proposto pelo concorrente, mas não podendo ir aquém do primeiro ou além do segundo, sob pena de exclusão da proposta (artigo 70.º, n.º 2, b)). Porque não se trata de aspetos da execução submetidos à concorrência, os termos e condições não têm influência na valoração da proposta, mas a entidade adjudicante pretende que o concorrente os defina e se vincule ao seu cumprimento. Aliás, em caso de adjudicação, se aqueles termos e condições corresponderem a compromissos assumidos por terceiros, o concorrente terá que confirmar esses compromissos (artigo 77.º, 11.º1, c)).”*

40. Ora, o que aconteceu no presente procedimento é que em rigor o caderno de encargos não prevê nenhum aspeto de execução do contrato - não sujeito à concorrência – que necessitasse de concretização ou determinação pelos concorrentes. Com exceção do preço – sujeito à concorrência – tudo estava determinado e concretizado.
41. Por isso, a exigência do terceiro documento feita na cláusula 10.<sup>a</sup> do programa constitui uma redundância relativamente à exigência também feita de uma declaração de adesão ao conteúdo do caderno de encargos.
42. Em substância, a declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, elaborado em conformidade com o modelo constante do anexo I do CCP, abrange todo o conteúdo do caderno de encargos, sendo redundante um outro documento em que os concorrentes afirmam vincular-se também a cumprir os aspetos da execução do contrato não sujeitos à concorrência que também constam do mesmo caderno de encargos e seus anexos.
43. É redundante a exigência daquele documento. E sendo redundante não se vê fundamento para a exclusão das propostas que não o integravam. A declaração de adesão ao caderno de encargos era suficiente. E essa declaração foi apresentada por todos os concorrentes.
44. E o documento que permitiu a aceitação da proposta da adjudicatária, como se disse, é uma mera reprodução das especificações técnicas do caderno de



encargos, nada acrescentando à declaração também por ela feita de aceitação do seu conteúdo.

45. Não são pois de acolher os fundamentos jurídicos adiantados pela CMSJM. Tal como não é de acolher o argumento de que *“neste tipo de prestação de serviços não basta que os concorrentes se limitem à declaração genérica de que se obrigam a executar o contrato em conformidade com o conteúdo do caderno de encargos relativamente ao qual aceitam sem reservas todas as cláusulas”*. Se os concorrentes fazem esta declaração e depois o adjudicatário não cumpre o que imperativamente está disposto no caderno de encargos, tem a entidade adjudicante de acionar os mecanismos legal e contratualmente previstos por incumprimento do contrato. A existência de mais uma declaração – redundante, repete-se – de nada adianta.
46. Igualmente se diga que se os concorrentes, apesar de fazerem a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, noutros documentos da proposta explicitarem aspetos da execução do contrato que contrariem de forma evidente aquela declaração, poderão ver, designadamente, a sua proposta excluída por inexistência de verdadeira aceitação do caderno de encargos. Isto, sem prejuízo de pedidos de esclarecimento a formular pela entidade adjudicante, no quadro legalmente admitido.
47. Diga-se ainda que no contrato celebrado – e bem! – se estabeleceu que *“fazem parte do integrante do presente contrato o (...), Caderno de Encargos e respetivos anexos, a Proposta [apresentada pelo] Segundo Outorgante e (...) [em] caso de dúvidas, prevalece em primeiro lugar o (...) contrato, seguidamente o Programa de Procedimento e Caderno de Encargos e em último lugar a proposta que foi [apresentada pelo] Segundo Outorgante”*.
48. Afirmada a desnecessidade de exigência daquele documento e a inexistência de fundamento para exclusão de propostas, não se verificando pois o disposto



na alínea c) do nº 1 do artigo 57º e, conseqüentemente, na alínea d) do nº 2 do artigo 146.º, do CCP, deve constatar-se que foram ilegalmente excluídas propostas com mais baixo preço.

49. Ora, nos termos da alínea c) do nº 3 do artigo 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos contratos com as leis em vigor que implique ilegalidade que altere ou possa alterar o respetivo resultado financeiro. Sublinhe-se que esta norma prevê a mera possibilidade de alteração do resultado financeiro, não tendo esta que estar efetiva e factualmente antecipada. Mas no caso, a demonstração de que ocorreu efetiva alteração do resultado financeiro resulta dos concretos preços apresentados pelas propostas que foram excluídas.

### **III. DECISÃO**

**Pelos fundamentos indicados, nos termos do disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.**

**São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas.**

Lisboa, 15 de setembro de 2015

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)



# Tribunal de Contas

---

(José Mouraz Lopes)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(José Gomes de Almeida)