

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo

0498/18.0BECTB

Data do documento

23 de abril de 2020

Relator

Maria Benedita Urbano

DESCRIPTORIOS

Procedimento pré-contratual > Proposta com variante > Princípio da separação dos poderes

SUMÁRIO

I - Os termos ou condições da proposta relativos a aspectos da execução do contrato que o CE não submete à concorrência não configuram “elementos de competitividade”.

II - Não deve o julgador decidir no sentido da exclusão de uma determinada proposta com base num fundamento de invalidade que não foi convocado pela entidade adjudicante na decisão de exclusão.

TEXTO INTEGRAL

Acordam em conferência na Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

I - Relatório

1. A....., SA (A.....), devidamente identificada nos autos, recorre para este Supremo Tribunal do Acórdão do TCAS, de 10.10.19, que decidiu no sentido de:

“a) Não conhecer do pedido de ampliação do recurso;

b) conceder provimento ao recurso;

c) anular a sentença recorrida; e

d) julgar improcedente a ação de contencioso pré-contratual”.

Na origem do recurso interposto para o TCAS esteve uma decisão do TAF de Castelo Branco, de 20.05.19, que assim decidiu:

“1) Absolvo a Ré da instância relativamente à impugnação da decisão de contratar, à impugnação da decisão de escolha do procedimento, e à impugnação da decisão de aprovação das peças do procedimento relativamente à determinação do preço base e aos critérios de determinação do preço anormalmente baixo.

2) Anulo as decisões de exclusão da Autora do procedimento e de adjudicação do contrato.

3) Fixo à causa o valor de € 190.000,00.

4) Condeno a Autora e Ré no pagamento das custas, na proporção, respectivamente, de três quintos a Autora e dois quintos a Ré”.

2. A A., ora recorrente, apresentou alegações, concluindo do seguinte modo (cfr. pp. 1345-1429):

“1. No caso dos autos estão preenchidos os pressupostos para a admissão do recurso de revista previstos no artigo 150.º, n.º 1 do CPTA.

2. Com efeito, questões como a distinção entre o recurso subordinado e ampliação do âmbito do recurso, ou da convalidação da segunda no primeiro, quando se justifique ao abrigo do princípio *pro actione*, como os limites dos poderes de intervenção do Tribunal face à concreta fundamentação de direito do ato impugnado e como a prejudicialidade dos fundamentos aduzidos em recurso são questões de importância jurídica fundamental de natureza transversal, que extravasam claramente as fronteiras do caso concreto.

3. Por outro lado, o acórdão recorrido incorreu, salvo o devido respeito em três erros de julgamento clamorosos, o 1.º no que se refere à recusa de apreciação da ampliação do âmbito do recurso, o 2.º relativamente à decisão de exclusão da proposta da Autora, ora recorrente, e o 3.º quando considerou prejudicado conhecimento da parte do recurso relativa à violação do artigo 64.º, n.º 2 do CCP e da imposição de prorrogação do prazo de apresentação das propostas ali previsto.

4. Erros esses que exigem a admissão do recurso de revista e a intervenção do Supremo Tribunal Administrativo em ordem a assegurar a melhor aplicação do Direito.

5. O acórdão recorrido indeferiu o requerimento de ampliação do âmbito do recurso contido nas contra-alegações de apelação da ora recorrente, sustentando que esta deveria ter interposto recurso autónomo, na medida em que estaria em causa a improcedência de um pedido e não o decaimento em fundamentos do pedido.

6. Salvo o devido respeito, que é muito, tal não corresponde à realidade, porquanto a Autora apenas deduziu um pedido impugnatório, consubstanciado na anulação do ato final do procedimento.

7. Os vícios imputados à decisão inicial do procedimento, que procedeu à escolha do procedimento, à aprovação das peças, à fixação do preço base e do limiar do preço anormalmente foram alegados enquanto fundamentos daquele pedido anulatório, ao abrigo do princípio da impugnação unitária, expressamente consagrado no artigo 51º n.º 3 do CPTA.

8. Foi o TAF de Castelo Branco quem “inventou” um pedido de impugnação da decisão inicial do procedimento, para, em apoio da sua infundada tese, considerar que ocorria aceitação daquela decorrente da apresentação de proposta e recusar conhecer dos fundamentos de invalidade que incidiam sobre as ilegalidades cometidas na referida decisão inicial. Pedido esse que não foi efetivamente deduzido pela Autora.

9. Assim, a situação emergente dos autos enquadra-se dentro do âmbito do artigo 636.º, n.º 1 do CPC, tendo o acórdão recorrido violado esta norma ao indeferir o requerimento de ampliação do âmbito do recurso.

10. Acresce que o requerimento de ampliação do âmbito do recurso foi deduzido em segmento autónomo das contra-alegações e acompanhado das respetivas conclusões, no mesmo prazo legal previsto para o

recurso subordinado.

11. Pelo que deveria o Tribunal a quo, no mínimo, ter convolado o requerimento de ampliação do âmbito do recurso em recurso subordinado, conhecendo do respetivo objeto.

12. Ao não fazê-lo, o acórdão recorrido violou o princípio pro actione – artigo 7.º do CPTA – e o artigo 193.º, n.º 3 do CPTA.

13. Aliás, uma interpretação das disposições dos artigos 636.º, n.º 1 e 633.º, n.º 1 do CPC e 7.º do CPTA segundo a qual quando tenha sido requerida a ampliação do âmbito do recurso em situação em que deveria ter sido interposto recurso subordinado e tendo sido respeitado o prazo deste e alegados os fundamentos em segmento autónomo, incluindo conclusões, nas contra-alegações não pode haver lugar a convolação é inconstitucional por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4 da Constituição.

14. Deverá, pois, tal decisão ser revogada devendo, em consequência, este Venerando Supremo Tribunal conhecer do objeto do recurso ampliado nos termos do requerimento ilegalmente indeferido pelo TCA Sul e julgá-lo procedente, dando-se aqui por integralmente reproduzido o conteúdo do Ponto I., páginas 1 a 29 das contra-alegações apresentadas no recurso de apelação, bem como dos artigos 18.º a 57.º da p.i.

15. Deverá, igualmente, suprir a nulidade incorrida no dispositivo da sentença da 1.ª instância relativa ao pedido condenatório e ainda reformar e substituir a decisão quanto às custas, determinando a condenação apenas da entidade demandada e da contrainteressada em partes iguais.

16. Caso assim não se entenda, deverá ser ordenada a baixa dos autos ao TCA Sul para que este conheça do teor do requerimento de ampliação do âmbito do recurso.

17. O acórdão recorrido considerou prejudicado o segmento do recurso relativo à decisão da 1.ª instância no qual se punha em causa a invalidade imputada ao ato impugnado decorrente de violação do artigo 64.º, n.º 2 do CCP materializada na ausência de prorrogação do prazo de apresentação das propostas, após a retificação das peças do procedimento no âmbito da qual foi alterado o critério de adjudicação.

18. Ao considerar prejudicado o aludido segmento do recurso, não conhecendo do seu mérito, ficaria valendo na ordem jurídica a decisão da instância sobre a matéria, decisão essa que foi, justamente, no sentido da violação do artigo 64.º, n.º 2 do CCP e da imposição de prorrogação do prazo de apresentação das propostas ali previsto, geradora de invalidade do ato impugnado,

19. Pelo que o não conhecimento do segmento do recurso relativo a esta matéria se mostra lógica e processualmente incompatível com a decisão global do recurso no sentido da improcedência da ação.

20. A ficar prejudicado algum segmento do recurso deveria ser aquele que incide sobre a exclusão da proposta da Autora, já que a ação teria de ser, desde logo, julgada procedente com fundamento na ilegal falta de prorrogação do prazo de apresentação das propostas, habilitando, imediatamente, a Autora e todos os demais operadores interessados a apresentar novas propostas e tornando irrelevante qualquer vício de que padecesse a proposta inicialmente apresentada e excluída pelo ato impugnado.

21. Não é logicamente possível sustentar que a decisão da questão relativa ao vício de violação do artigo 64.º, n.º 2 do CCP e da imposição de prorrogação do prazo de apresentação das propostas ali previsto pode ficar prejudicada pela solução dada à questão da validade e exclusão da proposta apresentada pela Autora.

22. De modo que o acórdão recorrido incorre, igualmente, em violação do referido o artigo 608.º, n.º 2, ex

vi do artigo 663.º, n.º 2 do CPC, aqui aplicável por remissão do artigo 140.º, n.º 3 do CPTA.

23. Como viola ainda o artigo 95.º, n.º 3 do CPTA que impõe ao Tribunal nas ações impugnatórias o conhecimento de todas as causas de invalidade imputadas ao ato administrativo.

24. Em consequência, deverá este Venerando Supremo Tribunal Administrativo conhecer dessa questão e confirmar a decisão que quanto a ela foi proferida pelo TAF de Castelo de Branco, dando-se aqui por integralmente reproduzido o conteúdo da alínea b) do ponto II. das contra-alegações apresentadas no recurso de apelação, páginas 35 a 42.

25. O acórdão recorrido reconhece a invalidade do ato impugnado por erro sobre os pressupostos de direito ao excluir a proposta da Autora, ora recorrente, com fundamento na sua qualificação como variante não admitida pelas peças do procedimento, mas decide manter a decisão de exclusão com diferente fundamentação jurídica, assente em alegada violação do caderno de encargos, tratando o ato administrativo como uma sentença de 1.ª instância.

26. Ao assim decidir, o acórdão recorrido viola o princípio da separação de poderes consagrado no artigo 3.º do CPTA e nos artigos 2º e 111.º da Constituição, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4 da Constituição e ainda o princípio da proibição das decisões surpresa, previsto no artigo 3.º, n.º 3 do CPC ex vi do artigo 1.º do CPTA.

27. Qualquer declaratório normal, confrontado com o conteúdo textual da proposta da Autora, ora recorrente, infere que a mesma assume a obrigação de fornecer uma solução está tecnicamente apta a correr tanto em ambiente virtualizado baseado em Microsoft Hyper-V 2012 e versões mais recentes como em Container Docker.

28. Por outro lado, a interpretação segundo a qual da proposta da Autora se pode inferir que a sua solução não corre em máquinas virtuais num ambiente virtualizado baseado em Microsoft Hyper-V 2012 e versões mais recentes e que o cumprimento dessa exigência corresponderia a um termo ou condição que esta revelou não querer não tem o mínimo de correspondência com o texto do documento.

29. Andou, pois, muito mal o acórdão recorrido ao decidir manter a decisão de exclusão da proposta da Autora com qualificação jurídica diferente da adotada no ato impugnado assente na violação do caderno de caderno de encargos.

30. Tal decisão encerra uma errada interpretação do conteúdo da proposta da Autora, em violação clara do disposto nos artigos 236.º, n.º 1 e 238.º, n.º 1 do CC.

31. Como viola ainda o artigo 70.º, n.º 2, alínea b) do CCP que, manifestamente, não tem aplicação no caso dos autos”.

3. A recorrida Comunidade Intermunicipal do Alto Alentejo (CIMAA) produziu contra-alegações, que de seguida se reproduzem (cfr. pp. 1468 - 1486):

“a) Pretende a Recorrente ver apreciado em sede de revista matéria que o Tribunal Central Administrativo decidiu, por um lado, não admitir, relacionada com o pedido de ampliação do recurso, e por outro, decidiu não acompanhar da decisão recorrida, considerando ficar prejudicada, por inútil, o conhecimento da questão colocada pela Recorrida relativa ao alegado erro de direito imputado à sentença recorrida, ao concluir pela obrigatoriedade da prorrogação do prazo de apresentação das propostas por alteração de aspetos fundamentais das peças do procedimento.

- b) Porém o objeto do peticionado é manifestamente insuficiente para determinar a admissibilidade do recurso de revista, assentando em pressupostos erróneos e que não se verificam tendo esta enredado argumentos infundados, por forma a fazer crer que a situação revestia carácter frequente e de necessária multiplicação.
- c) A Recorrente chama a atenção "do Supremo Tribunal Administrativo de modo a estabelecer linhas interpretativas adequadas a adotar pelas instâncias".
- d) O Acórdão recorrido em relação ao qual a Recorrente solicita revista decidiu (i) não conhecer do pedido de ampliação do recurso; (ii) conceder provimento ao recurso interposto pela Recorrida; (iii) anular a sentença recorrida e (iv) julgar improcedente a ação de contencioso pré-contratual.
- e) Logo, não estão em causa matérias com importância fundamental, nem o seu tratamento pelo Supremo Tribunal Administrativo é necessário para que se proceda a uma melhor aplicação do direito.
- f) A Recorrente pretende que seja reapreciada pelo Tribunal recorrido a parte da decisão 1.ª instância na qual não obteve provimento, ou seja, a parte em que perdeu e decaiu.
- g) Não estão em causa questões jurídicas fundamentais de elevada complexidade, nem tão pouco questões com relevância social, capaz de constituir orientação para a apreciação de outros casos, nem ainda uma questão necessária para a melhor aplicação do direito, suscetível de ser repetida num número indeterminado em casos futuros e garantir a uniformização do direito em matérias importantes.
- h) A Recorrente considera ainda errado que o Tribunal tenha justificado a exclusão da proposta, modificando o fundamento legal, por considerar que a proposta da Recorrente apresenta termos e condições que infringem uma cláusula do caderno de encargos, o que constitui motivo de exclusão da proposta.
- i) Parece evidente que, mais uma vez, não está em causa uma questão jurídica fundamental, nem reunidos os pressupostos de que depende a admissibilidade do recurso de revista, o qual não pode ser admitido por manifesto incumprimento dos requisitos de que depende a sua admissibilidade.
- j) Entende a Recorrente que requereu a ampliação do recurso aos fundamentos da ação em que decaíra na 1.ª instância, contudo, decaiu sim nos pedidos que formulou, conforme bem considerou, nesta parte, a decisão da 1.ª instância ao determinar "1) Absolvo a Ré da instância relativamente à impugnação da decisão de contratar, à impugnação da decisão de escolha do procedimento, e à impugnação da decisão de aprovação das peças do procedimento relativamente à determinação do preço base e aos critérios de determinação de preço anormalmente baixo".
- k) Sendo que por esta via, deveria a Recorrente recorrer da decisão da 1.ª instância.
- l) O que não fez!
- m) A Recorrente, tendo tido conhecimento do recurso interposto pela ora recorrida, requereu erradamente pela ampliação do recurso, logrando o mesmo efeito, que para o caso não se aplicava, como já demonstrado.
- n) Tendo em consideração que a intenção da Recorrente é impugnar os atos administrativos praticados ao longo do procedimento e não apenas invocar a ilegalidade de tais atos, como fundamento da impugnação do ato de exclusão da sua proposta e de adjudicação do contrato à Recorrida B....., entende-se que tanto a sentença como o acórdão recorrido, não merecem quaisquer reparos quando entendem que a

Recorrente não invocou vícios enquanto fundamento da invalidade do ato final do procedimento, impugnando autonomamente tais decisões, no âmbito também do pedido impugnatório da decisão de adjudicação.

o) A Recorrente alegou na sua PI a invalidade dos atos praticados ao longo de todo o procedimento, tendo impugnado de forma implícita tais atos, não tendo tratado de imputar apenas invalidades ao ato final do procedimento, não tendo esta recorrido da decisão de primeira instância que lhe foi desfavorável,

p) Não havendo qualquer decaimento de fundamentos, mas antes decaimento de alguns pedidos formulados pelo Recorrente.

q) Não tendo cabimento a alegação da Recorrente quanto ao prazo para interposição do recurso subordinado e quanto à alegada convolação da ampliação de recurso naquele recurso subordinado, inadmissível no caso concreto, não merecendo o acórdão recorrido qualquer reparo.

r) A apreciação de conhecimento dos pedidos da ora recorrente consta da decisão de instância, da qual não recorreu, sendo que o acórdão recorrido, manteve integralmente a sua ordem, não havendo lugar, em sede de revista, à ordem de apreciação dos pedidos ou sequer dos vícios assacados aos atos impugnados.

s) A Recorrente falaciosamente pretende ludibriar que existe uma modificação da fundamentação jurídica da decisão de exclusão da proposta da ora recorrente pelo acórdão recorrido, substituindo-se à entidade demandada na fundamentação de um ato administrativo por si praticado,

t) O acórdão recorrido, e bem, apreciou a aplicação que o tribunal de 1.ª instância fez do direito e entendeu que a decisão recorrida era ilegal, tendo decidido revogá-la.

u) O acórdão recorrido não apresenta qualquer "fundamentação" distinta, como pretende fazer crer a Recorrente.

v) O acórdão elenca sim uma "qualificação jurídica" distinta quanto à decisão de exclusão da proposta da ora Recorrente, que afinal, terminando com o mesmo desfecho, ou seja, a exclusão da proposta, por violação do Caderno de Encargos.

w) Reitera-se na íntegra a contestação e as alegações de recurso no presente processo, quanto à invalidade da proposta da ora recorrente, culminando com a exclusão da proposta da A..... !

x) A mesma apresenta uma proposta que não respeita as peças do procedimento quando refere que a solução corre "em máquinas virtuais num ambiente virtualizado baseado em Microsoft Hyper-V2012 e versões mais recentes ou Container Docker".

y) Entendeu bem, o TCA Sul que aceitar a proposta da Recorrente era sim uma violação do procedimento, sendo o teor do relatório final e conseqüente ato de adjudicação um ato legítimo e válido por parte da entidade adjudicante - CIMAA - ora Recorrida.

z) Tal como considerou o acórdão recorrido, a exclusão da proposta da Recorrente é, assim, legítima e válida, pese embora a distinta qualificação jurídica.

Nestes termos, deve o Tribunal considerar inamissível a presente revista.

Se assim não entender, devem ser consideradas improcedentes as alegações da Recorrente, devendo o acórdão do TCA Sul ser mantido, negando-se provimento à revista".

4. A contrainteressada B....., SA (B.....) produziu contra-alegações, que de seguida se

reproduzem (cfr. pp. 1487-1529):

I. A Recorrente pretende ver apreciado em sede de revista matéria que o Tribunal Central Administrativo decidiu, por um lado, não admitir, relacionada com o pedido de ampliação do recurso, e por outro, decidiu não acompanhar da decisão recorrida, considerando ficar prejudicada, por inútil, o conhecimento da questão colocada pela Recorrida relativa ao alegado erro de direito imputado à sentença recorrida, ao concluir pela obrigatoriedade da prorrogação do prazo de apresentação das propostas por alteração de aspectos fundamentais das peças do procedimento.

II. Sucede que a discordância da Recorrente é manifestamente insuficiente para decidir pela admissibilidade do recurso de revista (cfr. neste sentido, o já citado Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16.01.2013, processo n.º 01060/12).

III. A Recorrente, nas suas alegações de recurso, com o claro intuito de viabilizar a admissibilidade de um recurso de revista – cujos pressupostos de que aquele depende não se encontram verificados envia os argumentos plasmados no acórdão recorrido, com vista a fazer crer que estão em causa questões jurídicas e processuais fundamentais, delicadas e que podem “suscitar-se com frequência numa multiplicidade de litígios perante a jurisdição administrativa”.

IV. Na tese da Recorrente estão em causa questões de ordem tal que é necessária a “atenção do Supremo Tribunal Administrativo de modo a estabelecer linhas interpretativas adequadas a adotar pelas instâncias”.

V. O Acórdão recorrido em relação ao qual a Recorrente solicita revista decidiu (i) não conhecer do pedido de ampliação do recurso; (ii) conceder provimento ao recurso interposto pela Recorrida; (iii) anular a sentença recorrida e (iv) julgar improcedente a acção de contencioso pré-contratual.

VI. Reportando à situação dos autos, não estão em causa matérias com importância fundamental, nem o seu tratamento pelo Supremo Tribunal Administrativo é necessário para que se proceda a uma melhor aplicação do direito.

VII. A Recorrente pretende que seja reapreciada pelo Tribunal recorrido a parte da decisão 1.ª instância na qual não obteve provimento, ou seja, a parte em que perdeu e decaiu, e que se reconduz aos itens 1) e 4) do dispositivo da sentença, utilizando para tanto o mecanismo da ampliação de recurso.

VIII. Não está em causa, por isso, quanto a este ponto, uma questão jurídica fundamental, de elevada complexidade, que suscite dúvidas sérias ao nível da jurisprudência e da doutrina, nem tão pouco uma questão com relevância social, capaz de constituir orientação para a apreciação de outros casos, nem ainda uma questão necessária para a melhor aplicação do direito, susceptível de ser repetida num número indeterminado em casos futuros e garantir a uniformização do direito em matérias importantes.

IX. A Recorrente considera ainda que uma outra questão jurídica fundamental que merece definição respeita à problemática de saber se o Tribunal pode, simultaneamente, reconhecer que o fundamento legal elencado na fundamentação da exclusão da proposta da Autora, aqui Recorrente, está juridicamente errado, e ainda assim, por sua lavra, considerar que se justifica a exclusão da proposta, com outro fundamento legal.

X. Existe apenas uma aparente questão, que a Recorrente, pela forma como a coloca, quer fazer crer que se trata de uma questão jurídica fundamental.

XI. O Tribunal recorrido, na análise jurídica que faz, considera que está em causa uma cláusula do caderno

de encargos, fixada em termos fixos e fechados, sobre um aspecto da execução do contrato não submetido à concorrência que a proposta apresentada pela Recorrente infringe; a proposta da Recorrente apresenta termos e condições que infringem uma cláusula do caderno de encargos, o que constitui motivo de exclusão da proposta.

XII. E neste sentido, o Tribunal recorrido entende que “é quanto basta para não se poder acompanhar a decisão recorrida e manter a decisão de exclusão da proposta de A. [aqui Recorrente]”.

XIII. Parece evidente que não está em causa uma questão jurídica fundamental, nem tão pouco estão reunidos os pressupostos de que depende a admissibilidade do recurso de revista.

XIV. Trata-se tão somente da sujeição ao crivo de um Tribunal superior, chamado a pronunciar-se sobre uma questão de direito que não oferece dúvidas e que a jurisprudência dos nossos Tribunais e a doutrina já tratou de resolver.

XV. A Recorrente entende que o Acórdão recorrido levanta uma última questão de importância jurídica fundamental relacionada com o problema de saber se o Tribunal pode considerar prejudicada parte de um recurso interposto relativa à invalidade que a sentença da 1.^a instância havia reconhecido decorrente da não prorrogação do prazo de apresentação das propostas, na sequência de uma alteração à norma do programa do concurso relativa ao critério de adjudicação.

XVI. Ora, o Tribunal recorrido aprecia efectivamente a questão considerando que “fica prejudicado, por inútil, o conhecimento da última questão colocada: o erro de direito imputado à sentença recorrida, ao ter concluído pela obrigatoriedade da prorrogação do prazo de apresentação das propostas por alteração dos aspectos fundamentais das peças do procedimento”.

XVII. Entende-se a sua razão de ser: se a proposta apresenta um factor de exclusão, mesmo que a referida questão fosse apreciada, a Recorrente nunca beneficiaria dessa decisão, porquanto a proposta por si apresentada sempre seria objecto de exclusão do procedimento.

XVIII. O recurso de revista não pode ser admitido por manifesto incumprimento dos requisitos de que depende a sua admissibilidade.

XIX. No presente caso de interposição do recurso de revista, estamos no campo de um recurso excepcional, que só mediatamente serve para melhor tutelar os referidos direitos e interesses

XX. O Supremo Tribunal Administrativo tem apenas admitido a revista nas seguintes situações: (i) em relação a questão similar a outra que o tribunal já anteriormente tenha reconhecido, num outro processo, revestir-se de importância fundamental, o que significa que o tribunal tem em conta, na apreciação dos pressupostos do recurso, não apenas a conveniência de fixar para o futuro o sentido interpretativo a seguir relativamente a uma determinada questão jurídica, mas também uma eventual resolução desigualitária dos litígios; (ii) para assegurar a uniformização da jurisprudência, quando subsistam divergências nas instâncias quanto ao entendimento a seguir sobre determinada questão jurídica, permitindo uma melhor aplicação do direito, e a obtenção de um resultado interpretativo uniforme; (iii) por razões pragmáticas, quando seja previsível que a questão de direito suscitada, oferecendo alguma dificuldade de resolução, venha a colocar-se em casos futuros; (iv) para assegurar uma intervenção correctiva, designadamente nos casos em que o acórdão recorrido tenha decidido em desconformidade com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Administrativo.

XXI. Não está verificada nenhuma das situações mencionadas supra no presente caso concreto.

XXII. Entende a Recorrente que requereu a ampliação do recurso aos fundamentos da acção em que decaíra na 1.ª instância.

XXIII. A Recorrente não decaiu nos fundamentos da acção mas sim nos pedidos que formulou, conforme bem considerou, nesta parte, a decisão da 1.ª instância ao determinar "1) Absolvo a Ré da instância relativamente à impugnação da decisão de contratar, à impugnação da decisão de escolha do procedimento, e à impugnação da decisão de aprovação das peças do procedimento relativamente à determinação do preço base e aos critérios de determinação de preço anormalmente baixo"

XXIV. Pelo que restaria à ora Recorrente recorrer (autónoma ou subordinadamente) da decisão da 1.ª instância, o que não fez.

XXV. A Recorrente, tendo tido conhecimento do recurso interposto pela ora Recorrida, optou por requerer a ampliação do recurso, ampliação essa manifestamente indevida tal como sublinha o Acórdão recorrido.

XXVI. Não podendo a Recorrente conformar-se com a decisão de primeira instância nesta matéria deveria, naturalmente, ter recorrido daquele segmento da decisão. O que não fez.

XXVII. Pretendendo com a suposta ampliação do recurso obter o mesmo resultado do recurso autónomo que decidiu não interpor.

XXVIII. A Recorrente apresentou uma impugnação implícita destas decisões, consubstanciada no pedido formulado em b), a páginas 39 da petição inicial, ou seja, a Recorrente impugna estes actos praticados ao longo do procedimento, da mesma forma que impugna o acto final de decisão de exclusão da sua proposta e de adjudicação do contrato à ora Recorrida.

XXIX. A impugnação de actos não releva para efeito da reapreciação de fundamentos constante do n.º 1 do Art.º 636.º do CPC.

XXX. O que a Recorrente pretende agora, camuflada na alegada ampliação do âmbito do recurso, é uma reapreciação dos pedidos em que ficou vencida, o que deveria ter feito, se tal admissível, pela interposição de recurso (o que não fez),

XXXI. A sentença e o acórdão recorrido não merecem qualquer reparo quando entendem que é intenção da Recorrente impugnar os actos administrativos praticados ao longo do procedimento e não apenas invocar a ilegalidade de tais actos como fundamento da impugnação do acto de exclusão da sua proposta e de adjudicação do contrato à Recorrida.

XXXII. A Recorrente não invocou vícios enquanto fundamento da invalidade do acto final do procedimento.

XXXIII. Impugnou autonomamente tais decisões, no âmbito também do pedido impugnatório da decisão de adjudicação.

XXXIV. A Recorrente alegou na sua petição inicial a invalidade dos actos praticados no procedimento, tendo impugnado implícita e autonomamente tais actos, e não apenas o acto final do procedimento (pontos i) e v), página 1, da decisão da primeira instância), não tendo tratado de imputar apenas invalidades ao acto final do procedimento.

XXXV. A Recorrente não recorreu da decisão de primeira instância que lhe foi desfavorável.

XXXVI. Não havendo qualquer decaimento de fundamentos mas antes decaimento de alguns pedidos formulados pelo Recorrente.

XXXVII. Improcede, por isso, a alegação da Recorrente manifestamente improcedente quanto ao prazo para interposição do recurso subordinado e quanto à alegada convalidação da ampliação de recurso naquele recurso subordinado, inadmissível no caso concreto.

XXXVIII. Acresce que o princípio pro actione não tem como fundamento a convalidação de um meio processual inadequado num meio processual não utilizado pela Recorrente.

XXXIX. Havendo improcedência de pedidos formulados, tal como já suficientemente demonstrado, há lugar a recurso autónomo, independente, não a recurso subordinado.

XL. Sendo processualmente adequado o recurso autónomo, houve, por parte da Recorrente, a preterição do prazo da sua interposição que deveria ter ocorrido em 15 dias, nos termos do disposto nos Arts.º 144.º n.º 1 e 147.º n.º 2 do CPTA.

XLI. Razão pela qual vem toda a estratégia de convalidação da ampliação de recurso em recurso subordinado.

XLII. A tentativa de convalidação da ampliação do recurso em recurso subordinado é uma estratégia que não tem cabimento legal, não merecendo o acórdão recorrido qualquer reparo.

XLIII. A ordem de apreciação de conhecimento dos pedidos da ora Recorrente consta da decisão de 1.ª instância, da qual não recorreu.

XLIV. Tal ordem é mantida de forma integral pelo acórdão recorrido.

XLV. Não havendo lugar, em sede de revista, à ordem de apreciação dos pedidos ou sequer dos vícios assacados aos actos impugnados.

XLVI. É que se existiu alguma ilegalidade na ordem de apreciação dos pedidos formulados, esta alegada ilegalidade constaria de decisão do tribunal de 1.ª instância, decisão esta da qual a Recorrente não interpôs recurso.

XLVII. Sobre a ordem de apreciação dos pedidos constante da decisão de 1.ª instância não recorreu a ora Recorrente pelo que é manifesto que tal alegação, em sede de recurso de revista, é totalmente improcedente.

XLVIII. Tenta a Recorrente fazer crer que existe uma modificação da fundamentação jurídica da decisão de exclusão (emitida pela ora Recorrida CIMAA) da proposta da ora Recorrente pelo acórdão recorrido.

XLIX. O que o acórdão recorrido fez em matéria da apreciação do recurso interposto pela ora Recorrida foi apreciar a aplicação que o tribunal a quo fez do direito ao caso concreto da proposta apresentada no concurso pela ora Recorrente.

L O acórdão recorrido não pretendeu (nem o fez) substituir-se à entidade demandada na fundamentação de um acto administrativo por si praticado.

LI. O acórdão recorrido, e bem, apreciou a aplicação que o tribunal a quo fez do direito e entendeu que a decisão recorrida era ilegal, tendo decidido revogá-la.

LII. O acórdão recorrido não apresenta qualquer “fundamentação” distinta, como pretende a Recorrente.

LIII. O que o acórdão recorrido faz é referir uma “qualificação jurídica” distinta quanto à decisão de exclusão da proposta da ora Recorrente.

LIV. Toda a argumentação da Recorrente em matéria de fundamentação que, no caso concreto, não é aplicável na medida em que, designadamente, o acórdão recorrido se refere a “qualificação jurídica” e não

a “fundamentação”.

LV. Andou bem o acórdão recorrido ao considerar que a exclusão da proposta da Recorrente era devida, por violação do Caderno de Encargos.

LVI. A ora Recorrida reitera tudo o que ficou dito na contestação e nas alegações de recurso no presente processo, quanto à invalidade da proposta da ora Recorrente.

LVII. O acórdão recorrido refere de forma expressa que aceitar a proposta nos termos em que foi apresentada envolveria uma de duas alternativas juridicamente ilegítimas (página 37, 2.º parágrafo, do acórdão recorrido):

- a. Ou se esquecia o aspecto da execução do contrato considerado imperativo pelo caderno de encargos; ou
- b. Considerava-se não escrito um dos termos ou condições sobre que o concorrente se manifestou disposto a contratar, compelindo-o a um termo ou condição que ele revelou não querer.

LVIII. Nada do que fica mencionado coloca o acórdão recorrido nas palavras da ora Recorrente.

LIV. Designadamente que a proposta apresentada pela Recorrente referia expressamente, quanto a este atributo, que a solução corre “em máquinas virtuais num ambiente virtualizado baseado em Microsoft Hyper-V 2012 e versões mais recentes ou Container Docker” (sublinhado nosso)

LV. A interpretação a dar à referência da proposta da Recorrente é clara e evidente: a solução ou correria num ambiente virtualizado em ambiente Microsoft Hyper-V 2012 e versões mais recentes ou, em alternativa, correria em Container Docker.

LXI. A utilização da conjunção “ou” não é mais do que a apresentação de uma solução alternativa que, no limite, poderia conduzir à utilização exclusiva de um sistema em Container Docker, ou seja, um sistema de virtualização não pretendido pela Recorrida CIMAA, em manifesta violação do Caderno de Encargos.

LXII. A exclusão da proposta da Recorrente é, assim, legítima e válida, tal como considerou o acórdão recorrido.

LXIII. O acórdão recorrido considerou que a decisão da Recorrida CIMAA de excluir a proposta da Recorrente é válida, embora com distinta qualificação jurídica.

LXIV. Revogando, em consequência, a sentença de 1.ª instância.

Termos em que deve ser considerada inamissível a presente revista. Caso assim se não entenda, devem ser consideradas improcedentes as alegações da Recorrente, devendo o acórdão do TCA Sul ser mantido, negando-se provimento à revista.

Só assim se fará JUSTIÇA”.

5. Por acórdão deste Supremo Tribunal [na sua formação de apreciação preliminar prevista no n.º 1 do artigo 150.º do CPTA], de 23.01.2020, veio a ser admitida a revista, na parte que agora mais interessa, nos seguintes termos:

“(…)

6. Como vimos o «TAF/CB», por um lado, absolveu a R. «CIMAA» da instância «relativamente à impugnação da decisão de contratar, à impugnação da decisão de escolha do procedimento, e à impugnação da decisão de aprovação das peças do procedimento relativamente à determinação do preço base e aos

critérios de determinação de preço anormalmente baixo» e, por outro lado, anulou as «decisões de exclusão da Autora do procedimento e de adjudicação do contrato», sendo que o «TCA/S», em apreciação do objeto recursivo que lhe foi dirigido, entendeu não ser de conhecer o pedido de ampliação do recurso deduzido em sede de contra-alegações pela aqui ora Recorrente quanto ao segmento da sentença que havia absolvido da instância a R. «CIMAA» e de conceder provimento aos recursos interpostos pela referida R. e pela contrainteressada «B.....», revogando a mesma sentença no segmento em que esta havia anulado as referidas decisões, julgando em decorrência a ação totalmente improcedente para tal considerando ser de manter «na ordem jurídica a decisão de exclusão da proposta da A..... embora com qualificação jurídica distinta, face ao verificado erro quanto aos pressupostos de direito que a entidade adjudicante incorreu naquela decisão, mas aos quais o tribunal não está vinculado».

7. Mostra-se inequívoco que as questões decidendas e que foram supra elencadas gozam de relevância jurídica fundamental, porquanto as mesmas assumem carácter paradigmático e exemplar, já que nelas se verifica capacidade de expansão da controvérsia, visto suscetíveis de se projetarem ou de serem transponíveis para fora do âmbito dos autos, para outras situações futuras indeterminadas, apresentando, assim, interesse para a comunidade jurídica, o que legitima o recurso de revista como garantia de uniformização do direito nas vestes da sua aplicação prática.

8. Temos, por outro lado, que as referidas questões revelam-se ser dotadas de complexidade jurídica, envolvendo o cotejo e articulação de variado quadro normativo e principiológico, e sendo que no acórdão sub specie o «TCA/S» no seu juízo de improcedência da pretensão impugnatória, apesar de reconhecer a existência do erro sobre os pressupostos de direito [exclusão de proposta ilegal por ausência de uma situação de «proposta variante»], acabou por proceder a uma «substituição dos motivos» do ato impugnado, mantendo-o na ordem jurídica [visto se estar «perante um caso de apresentação de uma proposta cujos termos ou condições violam cláusulas do caderno de encargos ... nos termos da alínea b), 2.ª parte, do n.º 2 do art. 70.º do CCP» e como tal geradora da exclusão da proposta], posicionamento e entendimento este que no âmbito do contencioso administrativo importa ser objeto de apreciação por este Supremo, tal como os demais fundamentos aduzidos.

9. Assim, tudo conflui para a conclusão pela necessidade de se receber o recurso para se rever a decisão de direito”.

6. A Digna Magistrado do Ministério Público, notificada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 146.º do CPTA, emitiu parecer “no sentido do provimento da revista, com a consequente procedência da acção”.

7. Sem vistos, vêm os autos à conferência para decidir.

II - Fundamentação

1. De facto:

Remete-se para a matéria de facto dada como provada no acórdão recorrido, a qual aqui se dá por integralmente reproduzida, nos termos do artigo 663.º, n.º 6, do CPC.

2. De direito:

2.1. Cumpre apreciar a questão suscitada pela ora recorrente – delimitado que está o objecto do respectivo recurso pelas conclusões das correspondentes alegações –, que consiste em saber se se verificam os erros de julgamento por ela imputados ao acórdão recorrido, erros esses que a mesma recorrente sintetiza no ponto 3. das conclusões das respectivas alegações de recurso:

“3. Por outro lado, o acórdão recorrido incorreu, salvo o devido respeito em três erros de julgamento clamorosos, o 1.º no que se refere à recusa de apreciação da ampliação do âmbito do recurso, o 2.º relativamente à decisão de exclusão da proposta da Autora, ora recorrente, e o 3.º quando considerou prejudicado conhecimento da parte do recurso relativa à violação do artigo 64.º, n.º 2 do CCP e da imposição de prorrogação do prazo de apresentação das propostas ali previsto”.

2.2. Quanto ao alegado erro de julgamento “que se refere à recusa de apreciação da ampliação do âmbito do recurso”

No acórdão recorrido, quanto a esta específica questão, afirmou-se, em síntese, o seguinte:

“Recorre-se da decisão e amplia-se o recurso quanto aos fundamentos desta. Assim se delimita os casos em que cabe recurso da decisão, dos casos em que cabe a ampliação do seu âmbito por iniciativa do recorrido.

É precisamente esta distinção que os autos demonstram não ter sido operada pela A., ora RECORRIDA, pois esta, em sede do pedido de ampliação do recurso que formulou, pretende que seja reapreciada por este tribunal a parte da 1ª instância na qual não obteve provimento, e, assim dizendo, perdeu, e que se reconduz aos itens 1) e 4) do dispositivo da sentença, na parte em que absolveu a Ré da instância relativamente à impugnação da decisão de contratar, à impugnação da decisão da escolha do procedimento relativamente à determinação do preço base e aos critérios de determinação de preço anormalmente baixo (1) e decidiu quanto a custas (4).

Acresce que, nos termos das conclusões dos recursos apresentados pelas Recorrentes, é expressamente dito que a decisão tomada em sede de alínea a) [que corresponde ao item 1) do dispositivo da sentença recorrida, supra transcrito] não faz parte do objeto do recurso, mas sim a alínea b) [que corresponde apenas ao item 2) do dispositivo da sentença recorrida], na parte em que anulou as decisões de exclusão da Autora do procedimento e de adjudicação do contrato.

Termos em que não se admite a ampliação do objecto do recurso requerida pela A., ora RECORRIDA”.

Como se pode constatar, o acórdão recorrido partiu do mesmo pressuposto de que partiu a sentença da 1.ª

instância, qual seja, o de que havia vários pedidos e não apenas um baseado em vários fundamentos, que é a posição sustentada pela ora recorrente A..... (“6. Salvo o devido respeito, que é muito, tal não corresponde à realidade, porquanto a Autora apenas deduziu um pedido impugnatório, consubstanciado na anulação do ato final do procedimento”). Começemos por avaliar este aspecto.

A ora recorrente convoca o artigo 51.º, n.º 3, do CPTA, e o denominado princípio da impugnação unitária nele ínsito para fundar o raciocínio subjacente a esta sua pretensão. Aí se dispõe da seguinte forma:

“3 - Os atos impugnáveis de harmonia com o disposto nos números anteriores que não ponham termo a um procedimento só podem ser impugnados durante a pendência do mesmo, sem prejuízo da faculdade de impugnação do ato final com fundamento em ilegalidades cometidas durante o procedimento, salvo quando essas ilegalidades digam respeito a ato que tenha determinado a exclusão do interessado do procedimento ou a ato que lei especial submeta a um ónus de impugnação autónoma”.

A convocação deste preceito coloca desde logo uma questão complexa que é a da sua aplicação ao contencioso pré-contratual urgente regulado nos artigos 100.º a 103.º-B do CPTA. Particularmente relevante se mostra o preceituado no n.º 1 do artigo 102.º na medida em que nele se faz uma remissão para o capítulo III.º do Título II.º do mesmo CPTA, não estando o artigo 51.º inserido nesse capítulo. Também não é possível encontrar nos já citados artigos 100.º a 103.º-B qualquer remissão para o artigo em apreço. Isto não significa necessariamente que não se possa admitir a aplicação nesta sede deste artigo 51.º, n.º 3, do CPTA. A este propósito, convocamos para aqui, subscrevendo-a, a tese seguida no Acórdão do STA de 13.03.07, Proc. n.º 1009/06, relativamente à aplicação do então artigo 59.º ao contencioso pré-contratual urgente. De forma necessariamente sintética, atentemos no que aí foi dito: “Como resulta do citado artigo 101º, os processos de contencioso pré-contratual têm carácter urgente, pelo que seguem tramitação com regras próprias, e não as dos processos comuns. (...) O Título IV do CPTA prevê processos principais urgentes que o legislador, em razão da natureza dos bens jurídicos que neles estão em causa, submeteu a um regime próprio de tramitação acelerada para pronúncias definitivas de mérito.

Olhemos, com minúcia, o enunciado linguístico desta regulação.

Primeira observação, o legislador, na regulação do contencioso pré – contratual, para evitar a repetição de normas, serviu-se do expediente técnico legislativo da remissão e deu aos artigos 50º a 65º do CPTA a função integradora subsidiária do regime desta espécie de impugnação urgente. Vide, a propósito, Baptista Machado, “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”, p. 105. Significa isto, que o legislador, neste meio processual, para tudo o que não estiver especialmente previsto nos artigos 100º a 103º, manda aplicar o disposto nos artigos 50º a 65º do CPTA”.

Não obstante o que se acabou de expor, a verdade é que, mal ou bem – em nosso entender, mal, uma vez que, como se antecipou, admitimos a aplicação do n.º 3 do artigo 51.º do CPTA (sendo certo que o aí disposto não se aplica à questão da anulação da decisão de exclusão, cujo pedido deve ser formulado de forma autónoma relativamente ao pedido de anulação da decisão de adjudicação) –, o tribunal de 1.ª

instância, em sede de saneamento processual, julgou verificadas as excepções dilatórias de falta de legitimidade activa, de falta de interesse em agir e de aceitação do acto – excepções por si oficiosamente deduzidas – relativamente aos “pedidos” de impugnação da decisão de contratar, da decisão de escolha do procedimento e da decisão de aprovação das peças do procedimento relativamente à determinação do preço base e aos critério de determinação do preço anormalmente baixo. Em consonância, as RR. foram absolvidas da instância em relação a esses “pedidos”. Deste modo, deveria a ora recorrente ter invocado o erro de julgamento que assaca a esta parte da decisão mas no âmbito de um recurso pois, nos termos da lei (cfr. arts. 633.º e 636.º do CPC, aplicáveis ex vi dos artigos 1.º e 140.º do CPTA), tendo a ora recorrente decaído em relação a determinados “pedidos”, o instrumento formalmente idóneo para reagir contra esse decaimento será um recurso e não um pedido de ampliação do objecto ou âmbito do recurso (“Como terceira situação, pode ocorrer que o decaimento respeite apenas a algum dos fundamentos da acção ou da defesa, sem afectar o resultado expresso na decisão. Nesta situação, a parte cujos argumentos não foram aceites, mas que, apesar disso, obteve vencimento quanto ao resultado final, não pode considerar-se vencida. No entanto, é admitida a promover a ampliação do objecto do recurso, nos termos do artigo 636.º, precavendo-se, deste modo, contra o eventual acolhimento pelo tribunal ad quem dos argumentos de facto ou de direito que sejam suscitados pelo recorrente” – cfr. **A. Abrantes Geraldês**, Recursos no Novo Código de Processo Civil, Coimbra, 2014, p. 78). Nestes exactos termos, e não sendo necessárias mais explanações, entendemos não merecer censura este segmento do acórdão recorrido.

Nesta sede cumpriria ainda ajuizar sobre a questão da convolação do pedido de ampliação do objecto do recurso em recurso subordinado que a recorrente entende devia ter sido efectuada pelo TCAS (“11. Pelo que deveria o Tribunal a quo, no mínimo, ter convolado o requerimento de ampliação do âmbito do recurso em recurso subordinado, conhecendo do respetivo objeto. 12. Ao não fazê-lo, o acórdão recorrido violou o princípio pro actione – artigo 7.º do CPTA – e o artigo 193.º, n.º 3 do CPTA”).

Vejamos.

O TCAS não operou a dita convolação, não sendo possível saber se por entender que a mesma não era possível, se por não ter encarado a aplicação do n.º 3 do artigo 193.º do CPC, sendo que o recorrente entende agora que o TCAS deveria ter operado a dita convolação – presumindo-se, de forma oficiosa. Tratando-se de mecanismo oficioso, poderia colocar-se a questão de este Supremo convocar o dito dispositivo legal. Sucede que esta é questão que nem sequer coloca nesta sede, haja em vista que neste STA a decisão vai ao encontro da pretensão da recorrente.

2.3. Quanto ao alegado erro de julgamento “relativamente à decisão de exclusão da proposta da Autora, ora recorrente”

A entidade adjudicante excluiu a proposta da concorrente A..... com a justificação que se tratava de uma proposta variante, na medida que nela se afirma que a solução corre “em máquinas virtuais num ambiente virtualizado baseado em Microsoft Hyper-V2012 e versões mais recentes **ou** Container Docker” [negrito nosso]. Na sentença do TAF de Castelo Branco considerou-se que a decisão de exclusão da ora recorrente incorreu em erro de facto uma vez que a utilização da expressão “ou” na proposta não

corresponde a uma alternativa e, assim sendo, não havia que concluir no sentido de estarmos em presença de uma proposta alternativa e, por conseguinte, variante. Já o acórdão recorrido entendeu, e bem, que não estamos perante um atributo da proposta mas em face de um termo ou condição, razão pela qual não se aplica a figura da “proposta variante” (não cabendo, *hic et nunc*, discutir a bondade da solução legislativa em causa). No entanto, e ainda segundo decidido no acórdão recorrido, trata-se de condição ou termo contra legem “pois a alternativa apresentada viola o que foi estabelecido, em termos fixos e fechados, no caderno de encargos. Nestes termos, e por todos os fundamentos expostos, outra coisa não restava à RECORRENTE CIMAA do que excluir a proposta da A. ora RECORRIDA, como efetivamente fez (...)”.

Insurge-se a ora recorrente contra esta decisão, invocando a violação do princípio da separação dos poderes, constitucionalmente consagrado nos artigos 3.º do CPTA e 2.º e 111.º da CRP, pois que o tribunal se estaria a substituir à entidade adjudicante/Administração, invocando novo fundamento de invalidade para excluir a proposta da concorrente A..... (qual seja, a violação do caderno de encargo ao apresentar uma condição ou termo não previsto), representando este segmento do acórdão recorrido, além disso, uma decisão surpresa.

Vejamos.

Antes de mais, concordamos com o acórdão recorrido na parte em que afirma que não está em causa um atributo da proposta mas um termo ou condição, deste modo não havendo que falar em “proposta variante”. Já não podemos acompanhar a afirmação de que, tratando-se de condição ou termo contra legem – asserção com a qual concordamos –, “outra coisa não restava à RECORRENTE CIMAA do que excluir a proposta da A. ora RECORRIDA”.

De facto, não poderia a concorrente A..... ter apresentado a proposta nos termos em que o fez, não devendo fazer referência a que a sua aplicação corre também “em máquinas virtuais num ambiente virtualizado baseado (...) [em] Container Docker”. Todavia, o que se constata é que esta menção ao Container Docker é perfeitamente inócua pois, por um lado, de nada serve à entidade adjudicante esta outra valência da aplicação proposta pela A....., pois que o ambiente virtualizado da entidade adjudicante se baseia na tecnologia Microsoft Hyper-V2012 e versões mais recentes – que a aplicação da A..... claramente oferece. Por outro lado, tratando-se de termo ou condição, e atendendo à sua noção, podem os mesmos corresponder a aspectos da execução do contrato que o CE não submete à concorrência e que não são avaliados pela entidade adjudicante. Nas palavras de Pedro Costa Gonçalves, estes termos ou condições relativos a aspectos da execução do contrato que o CE não submete à concorrência consubstanciam condições de execução do contrato que a entidade adjudicante define “mas sem a pretensão de estabelecer comparações entre as propostas (...) pelos que não constituem elementos de competitividade” (cfr. **Pedro Costa Gonçalves**, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. 1, Coimbra, 2018, pp. 801-3). Vale isto por dizer que a entidade adjudicante não se poderia valer deste aspecto para dar preferência à proposta da A..... – pelo contrário, optou por excluí-la, considerando tratar-se de proposta variante. Traçando uma comparação com o direito privado, pode afirmar-se que estamos em face de um aspecto não essencial da proposta contratual, que poderá ser tido como não escrito – com isso não ficando prejudicada a viabilidade dessa proposta –, não passando a constar, nessa medida, do contrato a celebrar. Acresce a isto, mas não menos importante, que a proposta da A., ora recorrente, não poderá ser

excluída com um fundamento de invalidade não convocado pela entidade adjudicante na sua decisão.

Em suma, tendo em conta todo o circunstancialismo concreto do caso vertente e o quadro legal pertinente, nomeadamente no que diz respeito aos atributos, às condições e termos e às propostas variantes, não podemos subscrever a parte da decisão recorrida em que se conclui que, sendo o termo ou condição apresentado contra legem, necessariamente havia que excluir a concorrente A....., até porque, além do mais, com isso, estar-se-ia a excluir a proposta da A. com base num fundamento de invalidade que não foi convocado pela entidade adjudicante. Neste sentido, entendemos que a proposta da A., ora recorrente, não deveria ter sido excluída com o fundamento de que se tratava de proposta variante e nem poderia sê-lo com outro fundamento de invalidade que não tenha sido convocado pela entidade adjudicante. Deve, deste modo, proceder este alegado erro de julgamento e ser anulado o acto final do procedimento pré-contratual (acto de aprovação do Relatório Final) que contém a decisão de exclusão da concorrente A..... e a decisão de adjudicação do contrato à contrainteressada B.....

2.4. Quanto ao alegado erro de julgamento “quando considerou prejudicado conhecimento da parte do recurso relativa à violação do artigo 64.º, n.º 2 do CCP e da imposição de prorrogação do prazo de apresentação das propostas ali previsto”

Vejamos.

Relativamente a esta questão, o raciocínio da ora recorrente assenta na suposta incompatibilidade entre “a decisão global do recurso no sentido da improcedência da ação” e a circunstância de se ter considerado “prejudicado o aludido segmento do recurso, não conhecendo do seu mérito”, pois que, assim sendo, “ficaria valendo na ordem jurídica a decisão da instância sobre a matéria, decisão essa que foi, justamente, no sentido da violação do artigo 64.º, n.º 2 do CCP e da imposição de prorrogação do prazo de apresentação das propostas ali previsto, geradora de invalidade do ato impugnado”. Não nos parece que exista essa incompatibilidade. O acórdão recorrido decidiu no sentido de que a proposta da ora recorrente não podia ser classificada como variante, mas sempre seria uma proposta contra legem, na medida em que violadora do CE, e, por isso, justificava-se a exclusão da concorrente A..... Deste modo, a ora exigida pronúncia omitida pelo TCAS redundaria na análise de questão sem qualquer interesse relevante para a mesma, daí que, correctamente, tenha sido considerada prejudicada.

III - Decisão

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da Secção de Contencioso Administrativo em conceder provimento à presente revista e, em consequência, em revogar o acórdão recorrido, mantendo-se a decisão da 1.ª instância.

Custas pelas recorridas.

Lisboa, 23 de Abril de 2020. - Maria Benedita Malaquias Pires Urbano (relatora) - Adriano Fraxenet de Chuquere Gonçalves da Cunha - Carlos Luís Medeiros de Carvalho (com declaração de voto anexa).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Voto a decisão, dissentindo, todavia, da motivação acolhida no acórdão sob o ponto 2.2. quanto à questão da suscitada da pretendida convolação.

Explicitando sumariamente a minha divergência consideraria que perante a diversidade de pressupostos e de finalidades e, bem assim, das regras de conhecimento respeitantes ao recurso subordinado e à ampliação do objeto de recurso tal conduziria à impossibilidade de convolação, presente que «**a convolação é um remédio, aliás muito excecional, contra um erro notório de inserção tipológica**» [cfr. Ac. do STA/Pleno 05.06.2014 - Proc. n.º 01424/13] e não uma segunda oportunidade concedida à pretensão que, mostrando-se submetida ao tipo processual reputado e qualificado como apropriado pela própria recorrente, venha a fracassar por efetivamente se mostrar incorreto o uso feito.

Daí que o acórdão do TCA Sul não tenha errado quanto ao juízo de não admissão da ampliação do recurso, assim como não lhe pode ser acometido qualquer erro quanto à questão da pretensa ausência de convolação, quer por à mesma não haver lugar, quer por se tratar de questão que nem sequer havia sido suscitada e analisada pelo tribunal a quo e, nessa medida, seria matéria que estaria fora de objeto de pronúncia em sede de revista.

(Conselheiro Carlos Luís Medeiros de Carvalho)

Fonte: <http://www.dgsi.pt>