

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
1119/21.OBELRA	20 de janeiro de 2022	Pedro Nuno Figueiredo

DESCRITORES

Contencioso pré-contratual > Recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos > Ónus de impugnação autónoma > Interesse em agir

SUMÁRIO

I. O Tribunal de Justiça da União Europeia vem adotando orientação no sentido do artigo 1.º, n.º 1, 3.º parágrafo, e n.º 3, da Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2007, deverem ser interpretados no sentido de se reconhecer interesse em agir a qualquer concorrente que tenha visto a sua proposta ser excluída, ainda que seja de manter tal decisão, na impugnação da decisão de adjudicação e pretensão de ver excluídas as demais propostas, desde que seja equacionável a possibilidade de abertura de um novo procedimento e de poder participar no mesmo, no qual poderá obter a adjudicação do contrato.

II. Limitando-se a concorrente / autora a pedir a declaração de ilegalidade de disposições do Programa do Procedimento, a anulação do ato que as aprovou as peças do procedimento, e a condenação da entidade demandada a aprovar novas peças sem reincidir nas ilegalidades detetadas, decorre do artigo 103.º, n.º 3, do CPTA, o incumprimento do ónus da impugnação autónoma dos respetivos atos de aplicação, seja da decisão de exclusão da proposta da interessada, seja da decisão de adjudicação, o que não, sendo feito, obsta a que tais decisões venham a ser anuladas.

III. Com a omissão de impugnação destes atos administrativos de exclusão da sua proposta e de adjudicação da proposta vencedora, fica por demonstrar que os interesses da autora tenham sido lesados, e nessa medida que tenha interesse em agir traduzido na possibilidade de obter uma repercussão imediata na sua esfera, inexistindo efetiva necessidade de tutela judiciária.

TEXTO INTEGRAL

*

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Central Administrativo Sul

I. RELATÓRIO

A..., S.A., intentou ação de contencioso pré-contratual contra o Ministério do Ambiente e da Ação Climática, visando a declaração de ilegalidade das disposições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 6 e alíneas a), b) e c) do n.º 14, todos do Anexo III ao Programa do Procedimento, a anulação do ato que aprovou as peças do procedimento, bem como a condenação da Entidade Demandada à aprovação de novas peças do procedimento sem reincidir nas ilegalidades detetadas e a praticar todos os atos e diligências subsequentes previstos na tramitação legal do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, num prazo a determinar.

Indicou como contrainteressadas A..., S.A., e I..., S.A. – Sucursal em Portugal.

Por sentença datada de 18/10/2021, o TAF de Leiria julgou julgo procedente a exceção dilatória de falta de interesse em agir da autora e, em consequência, absolveu a entidade demandada e contrainteressadas da instância.

Inconformada, a autora interpôs recurso, terminando as alegações com a formulação das conclusões que de seguida se transcrevem:

“A. A sentença do Tribunal a quo comporta um erro de julgamento ao julgar procedente a exceção de falta de interesse em agir da Autora, aqui Recorrente.

B. Entendeu o Tribunal a quo, em primeiro lugar, que o facto de a Autora – aqui Recorrente – visar apenas a declaração da ilegalidade das peças procedimentais, não tendo impugnado os respetivos atos de aplicação -, demonstra a sua falta de interesse em agir na presente ação; contudo, esqueceu-se que o pedido da Autora não se limita à pretensão de obtenção da declaração da ilegalidade das peças procedimentais

C. Na verdade, e de acordo com o artigo 4.º do CPTA, mormente com a alínea b) do n.º 2, é possível cumular na mesma ação não só pedidos de declaração de ilegalidade de normas com pedidos de anulação de atos administrativos. Foi precisamente o que a Autora, aqui Recorrente, fez junto da primeira instância; não só impugnou a ilegalidade de certas disposições contidas nas peças procedimentais, como pediu a anulação do ato administrativo de aprovação das peças do procedimento praticado pela Entidade Demandada.

D. Consequentemente, no caso sub judice, a procedência da presente ação, implicaria não só o reconhecimento das ilegalidades apontadas às peças procedimentais pela Recorrente como a revogação do ato de aprovação das peças e a promoção de um novo procedimento sem incidir nas ilegalidades mencionadas na P.I., no qual a Autora teria a possibilidade de concorrer e tornar-se adjudicatária.

E. A cumulação do pedido de ilegalidade de normas com o pedido de anulação do ato de aprovação das peças do procedimento, não só é um meio idóneo a eliminar as ilegalidades contidas nas disposições das peças procedimentais, como permite, simultaneamente, “manter em aberto a possibilidade de vir a ser proferido um ato que satisfaça a pretensão” da Autora, mais concretamente a concorrer num novo procedimento – que também a Entidade Demandada seria condenada a repetir.

F. A ação, conforme foi configurada pela Autora, justifica a necessidade de se prosseguir com a mesma – pois, só através da impugnação das peças procedimentais e do ato administrativo que as aprovou, pode a Recorrente conseguir voltar a concorrer num concurso que finalmente respeitará os princípios gerais da

contratação pública.

G. Acresce que o pressuposto processual do “interesse em agir” só pode ser julgado procedente com o intuito principal de obviar a proposição de “ações inúteis”. In casu, tal não se verifica, pois não só é necessária a intervenção do Tribunal para o reconhecimento das ilegalidades contidas nas peças procedimentais, como ainda para a declaração de anulação do ato que as aprovou. E, obviamente, que os dois pedidos estão interligados entre si: o reconhecimento das ilegalidades das peças, torna o ato administrativo que as aprovou também passível de anulação, por vício de violação de lei.

H. Em concreto, a questão já foi decidida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), no conhecido e recentíssimo Acórdão de 5 de setembro de 2019, proc. n.º C-333/18, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>, onde constam as seguintes conclusões, de extrema relevância para os presentes autos:

i. A “Diretiva Recursos” visa reforçar os mecanismos contenciosos em matéria de contratos públicos, pelo que o acesso às vias jurisdicionais “deve ser garantido a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação”, sobretudo numa fase em que em que as violações podem ainda ser corrigidas (Acórdão de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo e o., C-391/15, EU:C:2017:268, n.º 30) – pontos 21 e segs. do Acórdão Lombardi SRL.

ii. Deste modo, “em caso [...] de abertura de um novo procedimento de contratação pública, cada um dos proponentes poderia participar neste e, assim, ser-lhe indiretamente adjudicado o contrato”. (v., neste sentido, Acórdão de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, n.º 27) – ponto 23 do Acórdão em análise.

iii. O TJUE considerou ainda que a “admissibilidade de impugnação não poderia ficar dependente [...] da “condição de o referido proponente fazer prova de que a entidade adjudicante será levada a repetir o procedimento de contratação pública”, devendo considerar-se que “a existência de tal possibilidade é suficiente a este respeito” – pontos 26 e segs. do Acórdão.

I. Em suma, e com interesse para a presente ação, o TJUE assume a posição de que o contencioso pré-contratual (i) deve ser garantido com a maior amplitude possível, para garantir uma tutela jurisdicional efetiva a quem tenha interesse em obter determinado contrato e seja lesado, ou possa vir a ser lesado por uma eventual violação; (ii) a existência da possibilidade de abertura de um novo procedimento de contratação pública é causa justificativa de interesse em agir, pois os proponentes poderiam participar nesse novo concurso, existindo assim a hipótese de lhes ser adjudicado um contrato; e (iii) para o reconhecimento desse interesse em agir, basta existir a possibilidade de a entidade adjudicante repetir o procedimento de contratação pública, não sendo sequer necessário fazer prova dessa efetiva possibilidade.

J. Esta posição do TJUE deve ser considerada, respeitada e seguida pelos tribunais portugueses na aplicação do regime nacional do contencioso urgente pré-contratual. O que resulta, naturalmente, da aplicação de determinados princípios – como o do primado do Direito da União Europeia – mas também do facto de o TJUE ser uma instância jurisdicional vinculativa para o Estado Português

K. Em caso de procedência da presente ação, a Entidade Demandada seria obrigada a revogar o ato de aprovação das peças aqui impugnado e a promover um novo procedimento sem incidir nas ilegalidades mencionadas na P.I., no qual a Autora teria a possibilidade de concorrer e tornar-se adjudicatária.

L. Ou seja, no fundo e por comparação com a factualidade constante do Acórdão do TJUE, se nesse caso, o interesse da Autora resultava da exclusão de todas as propostas e na consequente deserção do procedimento, no caso sub judice, o interesse resulta da declaração de ilegalidade de normas das peças do procedimento e na consequente revogação do ato de aprovação das peças – que produzirá o mesmo efeito útil: a anulação do procedimento ferido de ilegalidades e a possibilidade de repetição do procedimento, sem reincidir nessas ilegalidades detetadas, onde as interessadas poderiam vir a assumir o papel de adjudicatárias.

M. Nas duas situações, há assim esta similitude: as propostas das Autoras foram excluídas e em ambas o interesse resultava do facto de estas poderem vir a ser adjudicatárias num novo procedimento.

N. Consequentemente, e por tudo quanto foi supra exposto, deve este Douto Tribunal revogar o entendimento proferido pelo Tribunal a quo e considerar improcedente a exceção de falta de interesse em agir da Autora.

O. Nesse sentido, deve ainda, posteriormente pronunciar-se pelas ilegalidades constantes das peças procedimentais, mais concretamente das disposições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 6, e alíneas a), b) e c), do n.º 14, todas do Anexo III ao Programa de Procedimento, reconhecendo a sua ilegalidade bem como a invalidade consequente que afeta o ato administrativo de aprovação das peças do procedimento.

P. Salvo o devido respeito, o modelo de avaliação deste procedimento mostra-se claramente ilegal. O nível de clareza, de detalhe e de coerência da descrição da metodologia, dos documentos entregáveis e do calendário, não são, em si mesmos, atributos da proposta, já que não consubstanciam qualquer aspeto da execução do contrato passível de ser submetido à concorrência. Tal como o nível de detalhe da descrição do plano de formação, do calendário dos planos de formação e dos materiais de formação. O mesmo acontece com a clareza e o detalhe da descrição da nova arquitetura técnica da aplicação, dos mecanismos de integração contemplados no sistema de informação e das características de integração com outras entidades, e ainda das metodologias, do seu calendário e das várias fases do projeto, designadamente dos documentos entregáveis.

Q. Quanto muito, atributo poderia ser a adequação da metodologia proposta e dos critérios a ela subjacentes às necessidades da Entidade Demandada, ou a adequação do plano de formação, do seu calendário e dos materiais de formação ao objetivo prosseguido pela mesma Entidade Demandada. Mas essa adequação não está, evidentemente, dependente do nível de detalhe e clareza da descrição da metodologia, dos critérios, dos documentos entregáveis ou do plano de formação, do seu calendário e dos materiais de formação contida nos documentos da proposta.

R. Na verdade, qualquer concorrente pode fazer verter descrições com um nível elevado de clareza e detalhe, mas a metodologia, o plano de formação, a arquitetura e os mecanismos e características de integração por si propostos revelarem-se particularmente medíocres e desadequados.

S. Por outro lado, estes subfatores determinam que a pontuação a atribuir dependerá de averiguar o nível de clareza e detalhe das descrições dos vários aspetos acima referidos, variando entre a atribuição do máximo de cinco pontos se demonstrar um nível elevado de clareza e detalhe nas descrições e do mínimo de um ponto se o nível de clareza e detalhe das mesmas for inexistente ou insuficiente.

T. Deste modo, do teor literal dos descritores definidos pela entidade adjudicante decorre, portanto, que

esta não optou verdadeiramente por avaliar o modo de execução do contrato e as características do objeto contratual tal como os concorrentes se propõem executá-lo (como seja a qualidade técnica do sistema proposto e a sua resposta aos requisitos identificados nas especificações técnicas), mas sim por avaliar o modo como a própria proposta é apresentada pelos concorrentes.

U. Ainda que fosse sua intenção avaliar a qualidade técnica dos vários sistemas a contrato, a verdade é que não foi isso que a Entidade Demandada fez constar do modelo de avaliação, estabelecendo descritores quanto a estes subfatores que fazem depender a pontuação, não das características e valias técnicas dos produtos e soluções propostos, mas sim do nível de clareza e detalhe do modo como a metodologia, o plano de formação, a arquitetura, etc., são descritos.

V. Tendo tais dados em consideração, impõe-se concluir que, efetivamente, o modelo de avaliação definido para os subfactores em análise viola o disposto nos artigos 74.º, n.º 1, 75.º, n.º 1 e 139.º, n.º 3, todos do CCP

W. Em face do exposto, é evidente que os subfatores dos fatores “Adequação de implementação” do Lote 1, e “Adequação da aplicação” do Lote 2, não avaliam verdadeiros atributos da proposta, ou seja, aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência, mas apenas e só aspetos de natureza eminentemente formal das propostas na sua vertente puramente documental – cfr. sentença proferida pelo TAF de Leiria no Proc. n.º 1492/18.7BELRA, integralmente confirmada pelo Tribunal Central Administrativo Sul.

X. Os subfatores dos fatores “Adequação de implementação” e “Adequação da aplicação”, por avaliarem o nível de detalhe e clareza da metodologia, dos documentos entregáveis, do plano de formação, do seu calendário e materiais, da arquitetura e dos mecanismos e características de integração, implicam ainda uma análise e ponderação subjetiva ou arbitrária das propostas apresentadas por parte do júri do procedimento.

Y. Ora, para avaliação dos subfactores “Gestão” e “Requisitos Tecnológicos” não foi estabelecido uma escala gradativa de avaliação (parcial) suficientemente densificada de modo a fundamentar os diversos níveis de detalhe e clareza da descrição da metodologia e dos documentos entregáveis de forma a que os interessados possam perceber o que considera a entidade adjudicante uma descrição “de modo pouco explícito”, “explícito”, “explícito e detalhado”; e “explícito e muito detalhado”. Assim sendo, não se conseguem perceber as razões da diferente pontuação a atribuir ao detalhe e à clareza da descrição da metodologia e dos documentos entregáveis nem tão pouco quais os concretos dados a ponderar aquando da avaliação do grau de detalhe e clareza desta mesma metodologia

Z. Mas mais, os descritores do modelo de avaliação, nos subfatores “Gestão”, “Formação”, “Requisitos Tecnológicos”, “Requisitos de Integração com outras entidades” e “Gestão, planeamento e execução”, pontuam com um ponto as propostas que não apresentem qualquer descrição e com os mesmos um pontos as propostas que descrevam, p.e., os documentos entregáveis, mas não os relacionem ou relacionem de modo coerente ou pouco coerente. Primeiro, as propostas que não apresentem qualquer descrição não podem ser avaliadas e muito menos pontuadas, tendo obrigatoriamente de ser excluídas por não apresentarem algum dos “atributos” das propostas, nos termos do disposto na alínea a), do n.º 2, do artigo 70.º do CCP. Em segundo lugar, as propostas que não descrevam os documentos entregáveis não podem ser alvo da mesma pontuação das que apresentem essa mesma descrição. E depois, também não

se entende a diferença entre uma proposta que relacione os documentos entregáveis de modo coerente com as metodologias de planeamento, desenho, implementação, testes e produção (pontuadas com um ponto) e as propostas que também os descrevam de modo explícito e que também os relacione com as metodologias de planeamento, desenho, implementação, testes e produção (pontuadas com dois pontos).

AA. Ora, sucede que, o modelo de avaliação plasmado no artigo 139.º do CCP visa dar corpo aos princípios da concorrência, transparência, imparcialidade, igualdade e boa-fé e primado do interesse público que norteiam a contratação pública, na medida em que se exige a pré-fixação dos critérios de avaliação, em termos tais que se torne claro o que é pretendido pela entidade adjudicante e os candidatos possam, em função disso, ajustar os termos das respetivas propostas.

BB. In casu, em ponto algum - fator ou subfactor -, está densificado e pormenorizado o que se entende uma descrição “de modo pouco explícito”, “explícito”, “explícito e detalhado”; “explícito e muito detalhado”, não permitindo, por isso, aos concorrentes apresentar as propostas de modo a compreender o que consubstancia uma proposta com uma descrição explícita, explícita e detalhada ou explícita e muito detalhada, e assim instruir as mesmas por forma a obter o máximo de pontuação. CC. Da forma como as descrições estão elencadas nestes dois subfatores não se alcança a razão pela qual se pode pontuar em 4 ou 5 as propostas explícitas e detalhadas, pois que nada de objetivo existe na densificação/pormenorização do critério/subfactor que permita ao concorrente apresentar a proposta de modo a obter a pontuação máxima visto que, na sua descrição, a pontuação máxima é atribuída quando: “apresenta um desempenho de nível “muito bom”, uma vez que a proposta descreve a totalidade dos critérios de modo explícito e muito detalhado, articulando a metodologia de gestão e o perfil dos atores em cada fase e as metodologias entre si de forma coerente e revela coerência relativamente à gestão da implementação dos sistemas de informação.”

DD. E, para alcançar a pontuação de 4, apenas diverge na supressão dos advérbios “muito” (detalhado) e “elevada” (coerência).

EE. Nessa medida, atendendo a que a comparação de propostas pressupõe que se percecione a razão pela qual foi atribuída uma concreta classificação - e não qualquer outra -, a cada um dos concorrentes, o que in casu, no tocante aos subfactores “Gestão” e “Requisitos Tecnológicos”, não é possível alcançar.

FF. Consequentemente, estes subfatores sofrem do vício de violação de lei, por violação das disposições conjugadas dos artigos 74.º, n.º 1, 75.º, n.º 1, 132º nº 1 al. n) e 139.º do CCP.

GG. Com efeito, deve ser declarada a ilegalidade das alíneas a) e b) do n.º 6, e alíneas a), b) e c), do n.º 14, todos do Anexo III ao Programa de Procedimento.

HH. A invalidade destas normas do Programa do Procedimento, repercute-se na decisão de aprovação das Peças do Procedimento (artigo 40.º, n.º 2 do CCP), pelo que esta também se impugna.

II. O ato de aprovação das peças do procedimento, é manifestamente inválido em consequência da invalidade referida, o que determina, necessariamente, a procedência do presente pedido impugnatório e a consequente anulação judicial do mesmo, nos termos dos artigos 50.º, n.º 1 e 51º, n.ºs 1 e 3 do CPTA.

JJ. Tendo em conta os fundamentos invocados no pedido impugnatório, que culminam com a invalidade, desde logo, da decisão que procedeu à aprovação das peças do procedimento, designadamente do programa de procedimento, no qual foram incluídas disposições ilegais, a anulação do ato impugnado

implica necessariamente a destruição retroativa de todos os atos e formalidades praticados no procedimento.

KK. Por outro lado, constitui a Entidade Demandada no dever de aprovar um novo programa de procedimento, sem reincidir nas ilegalidades que conduziram à procedência do pedido impugnatório bem como a praticar todos os atos subsequentes, previstos na tramitação do procedimento de concurso público regulada pelo CCP.

LL. Impondo-se, assim, a condenação da Entidade Demandada à prática de tais atos e operações materiais, dentro de um prazo fixado para o cumprimento dos deveres acima enunciados nos termos dos artigos 3.º, n.º 2 e 95.º, n.º 4 ex vi do art. 97.º, n.º 1, alínea c), todos do CPTA.

Termos em que deverá ser dado provimento ao presente recurso e, em consequência ser julgado verificado o pressuposto processual do interesse em agir e ser apreciado o mérito da ação, reconhecendo-se as ilegalidades das disposições contidas nas alíneas a) e b) do n.º 6, e alíneas a), b) e c), do n.º 14, todas do Anexo III do Programa do Procedimento bem como a anulação do ato que as aprovou. Deve ainda ser a Entidade Demandada condenada a repetir o procedimento, aprovando novas peças bem como a praticar todos os atos subsequentes, previstos na tramitação do procedimento de concurso público regulado pelo CCP, dentro de um prazo judicialmente fixado para o efeito.”

A entidade demandada apresentou contra-alegações, concluindo que, “[p]or todo o exposto, e acompanhando a Sentença em crise, que em nosso entender não merece qualquer reparo, apresenta-se o recurso de improceder em toda a sua extensão, como de improceder se apresentam, assim, todas e cada uma das conclusões formuladas a final do mesmo.”

*

Perante as conclusões das alegações da recorrente, sem prejuízo do que seja de conhecimento oficioso, cumpre aferir do erro de julgamento da sentença recorrida quanto à verificação da exceção de falta de interesse em agir e, caso o mesmo ocorra, se a ação merece procedência.

Dispensados os vistos legais, atenta a natureza urgente do processo, cumpre apreciar e decidir.

*

II. FUNDAMENTOS

II.1 DECISÃO DE FACTO

Nos termos do disposto no artigo 663.º, n.º 6, do CPC, ex vi artigos 1.º e 140.º, n.º 3, do CPTA, por não ter sido impugnada, remete-se a matéria de facto para os termos em que foi decidida pela 1.ª instância.

*

II.2 APRECIÇÃO DO OBJETO DO RECURSO

Da decisão recorrida consta a seguinte fundamentação:

“[N]o caso dos autos estamos perante um concurso público limitado por prévia qualificação (cfr. ponto 1 do probatório) em que a Autora foi excluída porquanto, tal como resulta do relatório preliminar de qualificação e, bem assim do relatório final de qualificação, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º do Programa de Procedimento, os candidatos devem apresentar as certificações exigidas na alínea b) do n.º 2 da Cláusula 8º do referido diploma, onde se inclui o Certificado CMMI nível 3 ou superior, ou certificado equivalente, emitido por organismo de certificação habilitado, documento que aquela “apresentou o documento 1 - 3_c1) CMMI_signed, o qual não certifica a A...na metodologia CMMI. Apresentou ainda o documento 1 - 4_c1.1) A...CMMI Nivel 5_ signed e o documento 1 - 5_c1.2) A...CMMI Nivel 3_signed, os quais configuram o certificado CMMI requerido, mas que, no entanto, ambos contêm a validade expirada: O certificado CMMI nível 5 expirou em 2018 (conforme indicado no próprio certificado); O certificado CMMI nível 3 expirou em 2012 (tendo em conta que foi emitido em 2009 e que, de acordo com o CMMI Institute, a certificação deve ser renovada de três em três anos por forma a garantir as melhores práticas bem como os modelos mais recentes da certificação CMMI - <https://cmmiinstitute.com/learning/certification#recertify>). Adicionalmente, ambos os documentos não apresentam tradução para a língua portuguesa, conforme exigido no n.º 2 do artigo 9.º do Programa de Procedimento.” - (cfr. pontos 1, 4 e 5 do probatório).

Não obstante, a Autora, através dos presentes autos, pretende atacar as peças procedimentais, concretamente as alíneas a) e b) do n.º 6 e alíneas a), b) e c) do n.º 14, todos do Anexo III ao Programa do Procedimento, pelo que sendo certo que sempre a Autora, enquanto concorrente teria legitimidade para reagir contra as peças procedimentais, também é certo que “a impugnação das disposições contidas nos documentos conformadores constitui uma faculdade (...) que só tem vantagem se permitir discutir a legalidade dessas disposições por antecipação à prática dos atos procedimentais que por elas devam guiar-se, impedindo, caso venha a ser proferida decisão judicial de procedência em tempo útil, que venha a consumir-se a prática de atos administrativos ilegais por ilegalidade das disposições que lhes serviram de suporte normativo. (...) dado que é imposto à parte o ónus de impugnar os atos de aplicação, torna-se claro que a ausência de impugnação tempestiva de uma disposição contida num documento conformador do procedimento não retira ao interessado a possibilidade de proceder à impugnação do ato administrativo que, no decurso do procedimento, venha a dar aplicação concreta a essa disposição, pela linear razão de que o interessado sempre teria de impugnar esses atos, independentemente de ter reagido ou não contra a disposição em causa.” - (Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 4.ª edição, Almedina, 2018, pp. 830 e 832).

Continua o Autor referindo que “(...) um ato administrativo não pode ser qualificado como meramente confirmativo da disposição normativa a que dá aplicação, para o efeito de ser subtraído à garantia de impugnação que decorre do n.º 4 do artigo 268.º da CRP. A possibilidade de impugnação direta dos documentos conformadores do procedimento pré-contratual, constituindo uma modalidade inovadora de tutela preventiva, em aplicação da diretiva recursos, dirigida a procurar evitar a prática de atos administrativos lesivos no decurso do procedimento, não arreda, pois, o princípio geral da impugnabilidade dos atos de aplicação ou de execução de normas regulamentares ilegais, fundado no pedido de apreciação

incidental da ilegalidade das normas aplicadas”.

Ora, transpondo o supra expendido para o caso dos autos, temos que, à data da propositura da presente ação, já haviam sido praticados os atos de exclusão da proposta da Autora e, bem assim, a decisão final de qualificação, sendo que a Autora apenas visa com os presentes autos discutir a legalidade das peças procedimentais.

Pois bem, como é bom de ver, não tendo impugnado os atos de aplicação das peças procedimentais, não se vislumbra vantagem ou utilidade na apreciação da legalidade daquelas, porquanto não só os atos de exclusão da proposta da Autora e de qualificação formaram caso decidido, tendo-se consolidado no ordenamento jurídico, como ainda que a presente ação procedesse, as cláusulas que determinaram a exclusão da proposta da Autora manter-se-iam em vigor, pelo que sempre se manteria a respetiva exclusão (não impugnada e cujos efeitos se mantêm).

Com efeito, a utilidade da faculdade prevista no artigo 103.º do CPTA reside em permitir aos interessados discutir a legalidade das peças procedimentais antes da prolação dos concretos atos de aplicação, evitando-se assim a prática de atos com fundamento ilegal, sendo, no entanto, exigida a impugnação tempestiva dos aludidos atos administrativos, sob pena de os mesmos se consolidarem no ordenamento jurídico, não podendo tais atos ser considerados meramente confirmativos das disposições normativas aplicadas, não se podendo furtar o interessado à respetiva impugnação.

Assim, não tendo a Autora impugnado os respetivos atos administrativos que aplicaram as peças do procedimento e já não se encontrando em tempo para o fazer, não terá qualquer utilidade ou vantagem a apreciação da legalidade das peças procedimentais, pois a sua eventual ilegalidade não pode ter como consequência o afastamento da ordem jurídica dos atos de exclusão da respetiva proposta, nem o ato final de qualificação.

Na verdade, admitir tal hipótese importaria a subversão das regras previstas no artigo 103.º do CPTA e permitiria que um concorrente se furtasse aos prazos normais de impugnação dos atos administrativos praticados no âmbito do procedimento concursal, para tanto bastando pugnar pela ilegalidade das peças procedimentais, retirando da mesma um efeito que a lei não prevê, pois o reconhecimento da ilegalidade das peças não pode ter como consequência a ilegalidade automática dos atos concretos que as aplicam, nem o afastamento do ónus impugnatório previsto no artigo 103.º, n.º 3 do CPTA.

Posto isto, não só a Autora não irá retirar qualquer vantagem ou utilidade da apreciação da legalidade das normas procedimentais (pois, como se referiu, os atos de exclusão da respetiva proposta e de qualificação encontram-se consolidados no ordenamento jurídico, formando caso decidido), como a presente ação não se mostra idónea para obter os efeitos jurídicos por si pretendidos, atento o ónus impugnatório previsto no artigo 103.º, n.º 3 do CPTA (pois ainda que procedesse a alegada ilegalidade das peças procedimentais, a anulação dos atos de exclusão e de qualificação apenas poderia decretar-se, caso a Autora os tivesse impugnado).

Cumprе, ainda, sublinhar que não assume pertinência no caso dos autos, o Acórdão do TJUE invocado pela Autora, porquanto o mesmo “parece obstar a que as legislações nacionais não reconheçam interesse em agir, no que respeita à impugnação da decisão final de adjudicação proferida no procedimento, a quem, como no caso em apreço, i) tenha participado no procedimento pré-contratual; ii) tenha visto a sua

proposta ser excluída pela entidade adjudicante; e iii) tenha impugnado a decisão de exclusão da sua própria proposta” (Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de julho de 2021, proferido no processo n.º 1383/20.1BELSB), sendo que nenhuma das hipóteses se verifica.”

Ao que contrapõe a recorrente, em síntese:

- na presente ação impugnou a ilegalidade de disposições contidas nas peças procedimentais e pediu a anulação do ato administrativo de aprovação das peças do procedimento praticado pela entidade demandada;
- a sua procedência implica então a revogação do ato de aprovação das peças e a promoção de um novo procedimento, ao qual pode concorrer e tornar-se adjudicatária.
- o pressuposto processual do interesse em agir só pode ser julgado procedente com o intuito principal de obviar a proposição de ações inúteis, o que não se verifica.

Vejamos se lhe assiste razão.

O artigo 103.º do CPTA, com a epígrafe ‘impugnação dos documentos conformadores do procedimento’, tem a seguinte redação:

“1 - Regem-se pelo disposto no presente artigo e no artigo anterior, os processos dirigidos à declaração de ilegalidade de disposições contidas no programa do concurso, no caderno de encargos ou em qualquer outro documento conformador do procedimento de formação de contrato, designadamente com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos.

2 - O pedido de declaração de ilegalidade pode ser deduzido por quem participe ou tenha interesse em participar no procedimento em causa, podendo ser cumulado com o pedido de impugnação de ato administrativo de aplicação das determinações contidas nos referidos documentos.

3 - O pedido de declaração de ilegalidade pode ser deduzido durante a pendência do procedimento a que os documentos em causa se referem, sem prejuízo do ónus da impugnação autónoma dos respetivos atos de aplicação.

4 - O disposto no presente artigo não prejudica a possibilidade da impugnação, nos termos gerais, dos regulamentos que tenham por objeto conformar mais do que um procedimento de formação de contratos.”

Sabemos, por via da matéria de facto dada como assente, não impugnada, que o procedimento em questão teve início com despacho do Ministro do Ambiente e da Ação Climática, datado de 14/04/2021, que autorizou a assunção dos compromissos plurianuais, a realização da despesa e a escolha do procedimento de concurso público limitado por prévia qualificação, atinentes à aquisição de serviços de ‘Desenvolvimento e Suporte Aplicacional do Sistema de Informação’, do Sistema de Business Intelligence, do Sistema de Gestão Documental e do WebSite do Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos e Suporte Técnico ao Sistema de Informação do Programa Operacional Valorização do Território (SIPOVT) e Adaptação dos Sistemas Informáticos ao próximo período de Programação 2021-2027. Que em 02/07/2021, foi elaborado o relatório preliminar de qualificação pelo júri do procedimento, que propôs a exclusão da candidatura apresentada pela aqui recorrente, ao abrigo do disposto do artigo 184.º, n.º 1, do CCP.

Que em 15/07/2021, foi elaborado relatório final de qualificação, o qual manteve aquela decisão de

exclusão.

Que em 22/07/2021, o Ministro do Ambiente e da Ação Climática proferiu despacho de aprovação do relatório final de qualificação e da decisão de qualificação.

Recorde-se que na presente ação, entrada em juízo no dia 31/07/2021, a autora / recorrente veio pedir a declaração de ilegalidade das disposições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 6 e alíneas a), b) e c) do n.º 14, todos do Anexo III ao Programa do Procedimento, a anulação do ato que aprovou as peças do procedimento, bem como a condenação da Entidade Demandada à aprovação de novas peças do procedimento sem reincidir nas ilegalidades detetadas e a praticar todos os atos e diligências subsequentes previstos na tramitação legal do procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, num prazo a determinar.

Ou seja, centrou o seu ataque nos documentos conformadores do procedimento, visando a aprovação de novas peças para um futuro concurso.

Como se viu do segmento supra citado, na decisão recorrida concluiu-se que a autora não poderia retirar vantagem ou utilidade na apreciação da legalidade das normas procedimentais, em função da consolidação no ordenamento jurídico dos atos de exclusão da sua proposta e de qualificação, tendo incumprido o ónus impugnatório previsto no artigo 103.º, n.º 3 do CPTA, relativamente a estes atos. Assim, deu por verificada a exceção dilatória da falta de interesse em agir.

E assiste-lhe razão.

Vejamos porquê.

O interesse em agir “é um pressuposto processual que se destina a assegurar a utilidade da tutela jurisdicional, isto é, que visa evitar que os tribunais sejam chamados a exercer a sua função em situação nas quais não se justifica a concessão de qualquer tutela ou nas quais a eventual concessão dessa tutela não representa qualquer benefício para o seu requerente” (Miguel Teixeira de Sousa, Reflexões sobre a legitimidade das partes em processo civil, in Cadernos de Direito Privado n.º 1, Janeiro/Março de 2003, pág. 6).

À luz do CPTA, o interesse em agir surge integrado no pressuposto legitimidade, conforme decorre do disposto no artigo 55.º, n.º 1, al. a): “[t]em legitimidade para impugnar um ato administrativo (...) [q]uem alegue ser titular de um interesse direto e pessoal, designadamente por ter sido lesado pelo ato nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”. Distinguem-se na medida em que terá legitimidade para impugnar quem espera obter da anulação do ato impugnado um certo benefício e se encontra em condições de o poder receber, ao passo que o interesse em agir consiste no interesse direto de suscitar uma repercussão imediata na esfera do interessado e por isso de efetiva necessidade de tutela judiciária (cf. Mário Aroso de Almeida, Manual de Processo Administrativo, 2016, pág. 222).

No âmbito em que nos movemos, recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos, cumpre interpretar o citado normativo em conformidade com o direito europeu, em concreto, com a Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2007 que alterou as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho, no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos.

Aí se prevê no artigo 1.º, n.º 1, 3.º parágrafo, que “[o]s Estados-Membros devem tomar as medidas

necessárias para assegurar que, no que se refere aos contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/18/CE, as decisões das entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e, sobretudo, tão céleres quanto possível, nos termos dos artigos 2.º a 2.º-F da presente diretiva, com fundamento na violação, por tais decisões, do direito comunitário em matéria de contratos públicos ou das normas nacionais de transposição desse direito.”

E no artigo 1.º, n.º 3, que “[o]s Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso, de acordo com regras detalhadas que os Estados-Membros podem estabelecer, a qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um determinado contrato e que tenha sido, ou possa vir a ser, lesada por uma eventual violação.”

E em conformidade com a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a propósito da presente temática.

Assim, nos acórdãos de 04/07/2013, proc. n.º C-100/12 (Fastweb), de 05/04/2016, proc. n.º C-689/13 (PFE), de 11/05/2017, proc. n.º C-131/16 (Archus e Gama), e de 05/09/2019, proc. n.º C-333/18 (Lombardi), o TJUE adotou orientação no sentido do artigo 1.º, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 3, da Diretiva dever ser interpretado no sentido de que se opõe a que um recurso principal interposto por um proponente que tem interesse em que lhe seja adjudicado um determinado contrato e que foi ou pode vir a ser lesado por uma violação alegada do direito da União em matéria de contratação pública ou das regras que transpõem este direito, e que visa a exclusão de outro proponente, seja julgado inadmissível, em aplicação das regras ou das práticas jurisprudenciais processuais nacionais, relativas ao tratamento dos recursos de exclusão recíprocos, independentemente do número de participantes no procedimento de contratação pública e do número de recorrentes.

Ou seja, impõe-se reconhecer interesse em agir a qualquer concorrente que tenha visto a sua proposta ser excluída, ainda que seja de manter tal decisão, na impugnação da decisão de adjudicação e pretensão de ver excluídas as demais propostas, desde que seja equacionável a possibilidade de abertura de um novo procedimento e de poder participar no mesmo, no qual poderá obter a adjudicação do contrato (cf., neste sentido, Marco Caldeira, Quão plena deve ser a jurisdição no contencioso pré-contratual?, in Revista de Direito Administrativo, setembro-dezembro, 2020, pág. 29, Pedro Fernández Sánchez, Direito da Contratação Pública, Vol. II, 2020, pág. 863, e o recente acórdão deste TCAS de 02/12/2021, proc. n.º 484/21.3BELRA, disponível em www.dgsi.pt).

Não é esse, contudo, o caso dos autos.

Repise-se, a recorrente veio pedir a declaração de ilegalidade de disposições do Programa do Procedimento, a anulação do ato que as aprovou as peças do procedimento, e a condenação da entidade demandada a aprovar novas peças sem reincidir nas ilegalidades detetadas.

Sucede que o já citado artigo 103.º, n.º 3, do CPTA, permitindo a dedução do pedido de declaração de ilegalidade das peças durante a pendência do procedimento, salvaguarda o ónus da impugnação autónoma dos respetivos atos de aplicação, seja da decisão de exclusão da proposta da interessada, seja da decisão de adjudicação, o que não, sendo feito, obsta a que tais decisões venham a ser anuladas.

Com efeito, de acordo com o artigo 38.º, n.º 2, do CPTA, não pode ser obtido por outros meios processuais o efeito que resultaria da anulação do ato inimpugnável.

Por outro lado, segundo o artigo 76.º, n.º 4, do mesmo diploma legal, a retroatividade da declaração de ilegalidade não afeta os casos julgados nem os atos administrativos que, entretanto, se tenham tornado inimpugnáveis.

A impugnação das peças do procedimento não prejudica o ónus de impugnação autónoma dos atos que apliquem as peças, pelo que “se tais atos não forem tempestivamente impugnados, uma eventual impugnação das peças não poderá ter como efeito colocar o autor na mesma posição em que se encontraria caso tais atos não tivessem sido praticados” (Marco Caldeira, O “novo” contencioso pré-contratual, in Contencioso pré-contratual, e-book CEJ, fevereiro de 2017, disponível em www.cej.mj.pt).

Ou seja, “a impugnação dos documentos conformadores do procedimento não dispensa o interessado de impugnar autonomamente os respetivos atos de aplicação, sendo que não tem qualquer consequência prática a apresentação de um pedido de impugnação dessas disposições quando já tenham sido praticados os atos procedimentais que possam ter afetado a posição jurídica do interessado” (acórdão do TCAN de 28/06/2019, proc. n.º 408/18.5BEPNF, disponível em www.dgsi.pt).

Assim, sem que a recorrente tenha impugnado os atos administrativos de exclusão da sua proposta e de adjudicação da proposta vencedora, fica por demonstrar que os seus interesses tenham sido lesados, e nessa medida que tenha interesse em agir traduzido na possibilidade de obter uma repercussão imediata na sua esfera, inexistindo efetiva necessidade de tutela judiciária.

Não merece, pois, censura a decisão objeto de recurso.

Em suma, será de negar provimento ao recurso.

*

III. DECISÃO

Pelo exposto, acordam os juízes deste Tribunal Central Administrativo Sul em negar provimento ao recurso, confirmando a sentença recorrida.

Custas a cargo da recorrente.

Lisboa, 20 de janeiro de 2022

(Pedro Nuno Figueiredo)

(Ana Cristina Lameira)

(Ricardo Ferreira Leite)

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