

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO | ADMINISTRATIVO

Acórdão

Processo

0648/20.7BELRA

Data do documento

23 de junho de 2022

Relator

Cláudio Ramos Monteiro

DESCRIPTORIOS

Contratação pública > Contencioso pré-contratual > Interesse em agir

SUMÁRIO

I - Um concorrente definitivamente excluído de um concurso público não tem interesse em agir judicialmente contra o respetivo ato de adjudicação.

II - Não obsta a essa conclusão o facto de o concorrente alegar que, com a anulação do ato de adjudicação, mantém a chance de vir a obter a adjudicação do concurso que vier a ser aberto em consequência de uma eventual sentença anulatória.

TEXTO INTEGRAL

ACORDAM NA SECÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

I. Relatório

1. A....., SA. - identificada nos autos - recorreu para este Supremo Tribunal Administrativo, nos termos do artigo 150.º do CPTA, do Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte (TCAN), de 25 de maio de 2021, que negou provimento ao recurso que havia interposto da sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal (TAF) do Porto, Juízo de Contratos Públicos, de 4 de março de 2021, que, no âmbito da ação de contencioso pré-contratual que propôs contra o MUNICÍPIO DE AVEIRO, B....., SA e C....., SA, julgou procedente a exceção de falta de interesse em agir, absolvendo a entidade demanda e os contrainteresados da instância.

2. Nas suas alegações, a Recorrente formulou as seguintes conclusões:

«I. Em primeira instância, o juízo de Contratos Públicos do TAF do Porto decidiu, em sentença, que a demandante carecia de interesse em agir porquanto «[...] assistindo à Entidade Demandada a possibilidade

de abertura de novo procedimento pré contratual com o mesmo objeto na modalidade de ajuste direto ao abrigo do nº 3 do art. 24.º do CCP, a A. já não poderia sequer ser convidada, pois que a sua proposta no procedimento em causa nos autos não foi apenas com fundamento no art. 70.º, n.º 2 do CCP como também do art. 146.º, n.º 2 al. I) do CCP. [...]», tendo o tribunal apreciado, a título incidental, a causa de exclusão do artigo 146.º, n.º 2, al. I) do CCP, no sentido da improcedência do pedido de revogação da decisão de exclusão, quanto a esse ponto, e nessa medida, fazer proceder a exceção de falta de interesse em agir.

II. Decisão essa da qual interpôs recurso na qual contrapôs a decisão do Tribunal de manter a exclusão com fundamento no artigo 146.º, n.º 2, al. I) do CCP, o que, em consequência, e no sentido da decisão proferida em primeira instância, asseguraria o interesse em agir da demandante, permitindo prosseguir a ação.

III. Sucede que, lamentavelmente, o Tribunal recorrido vai mais longe na sua interpretação afirmando que, como acima citado, «[...] a procedência da pretensão anulatória da deliberação de 02.7.2020 da Câmara Municipal de Aveiro, na parte em que admitiu a proposta da contrainteressada e adjudicou a esta o contrato, nunca traria qualquer vantagem, direta ou indireta, para a esfera jurídica da Recorrente [...]», restringindo, no essencial, o interesse em agir dos impugnantes em processo de contencioso pré-contratual que tenham a possibilidade de obter a adjudicação no próprio procedimento pré-contratual. E assim sendo, o Tribunal recorrido nem sequer se pronunciou quanto ao mérito, de fundo, do recurso interposto.

IV. Pelo que a questão central sub judice é essencialmente aferir se os concorrentes no procedimento pré-contratual, excluídos apenas com fundamento no artigo 70.º n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, em procedimento que admita o ajuste direto por critério material do artigo 24.º em caso de exclusão de todas as propostas, possuem interesse em agir quanto à impugnação da decisão que admite as propostas dos demais concorrentes e efetua a respetiva adjudicação.

V. Além do mais, face à delimitação do objeto do recurso parece-nos evidente que esta questão preenche os requisitos de admissibilidade do recurso de revista nos termos do artigo 150.º do CPTA.

VI. Os procedimentos pré-contratuais têm a sua tramitação regida pelo disposto no Código dos Contratos Públicos, que decorre da transposição das Diretivas da Contratação Pública.

VII. O princípio da concorrência, subjacente a todo o direito da contratação pública tem a importância maior em todo o sistema, sendo até um corolário inerente à própria construção do mercado interno na União Europeia, assente nos Tratados (designadamente os artigos 101.º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), aos quais o Estado Português se vinculou.

VIII. Além de que a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que dispõe no seu artigo 18.º que «[...] As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de

forma transparente e proporcionada. [...]».

IX. Pelo que, ao estar em causa uma situação de igualdade entre concorrentes, na medida em que o concorrente, excluído, fica sem quaisquer meios de garantir o tratamento em condições de absoluta igualdade entre todos os concorrentes, viola-se os princípios da igualdade e da concorrência.

X. Motivo pelo qual está em causa uma questão com relevância jurídica ou social, que se reveste de importância fundamental.

XI. Isto para não dizer que se mostra essencial a uma boa aplicação do direito, sob pena de provocar o incumprimento, por parte do Estado Português, das normas previstas no Direito da União Europeia com as respetivas consequências.

XII. Diga-se ainda, que tem existido divergência quanto à questão em causa tendo sido proferida decisão, em sentido totalmente oposto, pelo Tribunal Central Administrativo Sul, no âmbito do processo n.º 927/20.3BELRA, e também um conjunto alargado de decisões do TJUE e de doutrina que apoiam a interpretação contrária ao do acórdão recorrido, sendo necessária uma decisão do STA que assegure a boa aplicação do direito.

XIII. Segundo Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, Manual de Processo Civil, 1985, pág. 179, o interesse em agir «[...] consiste na necessidade de usar do processo, de instaurar ou fazer prosseguir a acção».

XIV. Na mesma linha, 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, escreveu que «[...] o interesse [...] em agir só existe quando a parte puder retirar alguma utilidade da tutela jurisdicional requerida. [...]».

XV. Tal como sufragado no acórdão do TCA Sul no âmbito do processo 927/20.3BELRA «[...] A interpretação do artigo 55.º n.º 1, al. a), do CPTA - o qual exige a alegação de um interesse direto, tem de ser conforme com o direito da União Europeia, concretamente com o que se dispõe na Diretiva Recurso relativa aos sectores comuns [Directiva 89/665/CEE do Conselho de 21 de Dezembro de 1989 - que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras -, alterada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho de 18 de Junho de 1992, pela Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro de 2007 e pela Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Fevereiro de 2014], tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça. [...]». Ora, o Tribunal de Justiça no acórdão de 4/07/2013, proc. n.º C-100/12 (Fastweb), declarou o seguinte: «[...] O artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso

em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo de recurso, caso o adjudicatário, ao qual o contrato foi adjudicado e que interpôs um recurso subordinado, suscite uma exceção de inadmissibilidade baseada na falta de legitimidade do proponente que interpôs o recurso com o fundamento de que a proposta que este apresentou devia ter sido excluída pela entidade adjudicante por não ser conforme com as especificações técnicas definidas no caderno de encargos, esta disposição se opõe a que o referido recurso seja julgado inadmissível na sequência do exame prévio dessa exceção de inadmissibilidade sem que se tenha pronunciado sobre a conformidade com as referidas especificações técnicas tanto da proposta do adjudicatário, ao qual o contrato foi adjudicado, como da proposta do proponente que interpôs o recurso principal. [...]».

XVII. De acordo com o n.º 3 do referido 1.º da Diretiva 89/665, os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso, de acordo com as 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

XVIII. E o Tribunal de Justiça no acórdão de 11.5.2017, proc. n.º C-131/16 (Archus e Gama), igualmente declarou que o «[...] conceito de «contrato determinado», na aceção do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 92/13, pode, sendo caso disso, referir-se ao eventual início de um novo procedimento de adjudicação de um contrato público. [...]».

XIX. Logo pode derivar o interesse em agir quanto ao pedido de exclusão das propostas dos outros concorrentes na circunstância da procedência deste pedido poder conduzir a que a adjudicação recaia sobre a proposta de tal concorrente no âmbito do mesmo procedimento ou, em caso de exclusão de todos as propostas, à possibilidade (e não necessariamente certeza!) de abertura de um novo procedimento e de poder participar nesse procedimento e aí obter a adjudicação do contrato. Assim entende Pedro Fernández Sánchez, Direito da Contratação Pública, Volume II, 2020, pág. 863: «[...] o Tribunal tem de admitir o seu interesse processual em ver excluídas as demais candidaturas ou propostas que tenham subsistido no procedimento. E isto porque tal abriria a hipótese de a entidade adjudicante concluir o procedimento com uma decisão de não adjudicação (alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP); e, precisando em todo o caso de obter as prestações objeto do contrato projetado, teria de iniciar um novo procedimento no qual o impugnante poderia voltar a participar, recuperando a oportunidade de vir a obter a adjudicação. Aí residirá, pois, o interesse em agir mesmo de quem haja apresentado uma candidatura ou proposta que padeça de causa de exclusão. [...]» O direito da União (mormente o princípio da concorrência) aplicável não pretende proteger prima facie o direito à adjudicação do contrato, ou a vencer o concurso, estando em causa, sim, o direito a disputar esse contrato em igualdade de circunstâncias com os demais concorrentes, pelo que o interesse subjacente a que refere o artigo 55.º do CPTA diz respeito ao interesse em poder a vir a disputar o contrato, nesse ou noutro qualquer procedimento.

XXII. Do exposto resulta que o art. 55º n.º 1, al. a), do CPTA que se considere que o concorrente, cuja proposta foi excluída e que impugna essa exclusão, tem igualmente interesse em agir quanto aos pedidos que formule no âmbito do mesmo processo no sentido da exclusão das restantes propostas e de impugnação do ato de adjudicação proferido a favor de uma delas, visto que a procedência desse processo conduzirá a que a adjudicação recaia sobre a proposta de tal concorrente no âmbito do mesmo procedimento ou, em caso de exclusão de todas as propostas, à possibilidade de abertura de um novo procedimento e de poder participar nesse procedimento e aí obter a adjudicação do contrato.»

3. As Recorridas B..... e C..... contra-alegaram, no que ao mérito do recurso interessa, nos seguintes termos:

«(...)

m) (...) não tendo a ora Recorrente recorrido da decisão da primeira instância que manteve a exclusão da respetiva proposta, esta decisão transitou em julgado e cristalizou-se na ordem jurídica;

n) Daqui decorre a falta de legitimidade/ interesse em agir da Recorrente para impugnar o ato de adjudicação, bem como a decisão de admissão da proposta das Contrainteressadas, pois não tem um interesse direto e pessoal na impugnação, uma vez que da eventual anulação da adjudicação não resultaria qualquer vantagem direta e efetiva para sua esfera jurídica;

o) No presente recurso, alega a Recorrente, invocando um acórdão do TCA Sul e jurisprudência do TJUE, que o respetivo interesse em agir derivaria do facto de ter interesse na possibilidade de abertura de um novo procedimento e de poder participar nesse procedimento e aí obter a adjudicação do contrato;

p) Sucede que a “interpretação conforme ao Direito da União Europeia” convocada pelo referido acórdão do TCA Sul e pela ora Recorrente viola a lei do processo administrativo nacional, mais concretamente viola a letra da alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA, nos termos da qual tem legitimidade ativa para impugnar um ato quem alegue ser titular de um interesse pessoal e direto;

q) O interesse num eventual concurso público a ser lançado na sequência da revogação do concurso em crise nos autos não é, como é evidente, um interesse direto, mas sim um interesse indireto, eventual ou meramente hipotético;

r) Até porque não existe qualquer obrigação de a entidade demandada abrir um novo procedimento, seja concurso público seja ajuste direto, pois isso decorre da sua margem de discricionariedade;

s) Este tem sido, aliás, o entendimento uniforme da jurisprudência administrativa nacional, maxime, a

jurisprudência desse Venerando STA;

t) Veja-se, por exemplo, os seguintes Acórdãos: Acórdão do STA datado de 11/01/2019, proferido no processo n.º 0860/18.9BELSB; Acórdão do TCA Sul datado de 15/02/2018, proferido no processo n.º 13132/16; Acórdão do STA datado de 27/01/2004, proferido no processo n.º 01692/03; Acórdão do STA datado de 14/02/2013, proferido no processo n.º 01212/12; e Acórdão do STA datado de 29/10/2020, proferido no processo n.º 01641/18.5BELSB;

u) É evidente a abundância de jurisprudência no sentido de que um concorrente excluído definitivamente de um concurso – como é o caso da Recorrente – não tem legitimidade ativa para impugnar a adjudicação, pois falta-lhe o interesse direto exigido pela alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA;

v) É, pois, claro que a decisão do TCA Sul em que se apoia a Recorrente viola flagrantemente a letra da alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA e vai totalmente contra a jurisprudência estabilizada, maxime desse STA;

w) A interpretação daquele normativo em conformidade com o direito da União Europeia e com a interpretação que tem sido dada pelo TJUE, como pretende a Recorrente, violaria escandalosamente a letra da lei, a qual é clara no sentido de que tem legitimidade para impugnar um ato quem alegue ser titular de um interesse pessoal e direto;

x) Um interesse que é indireto, eventual ou hipotético, como o é o interesse de um concorrente excluído na anulação da adjudicação – e como tem sido múltiplas vezes afirmado por esse Douto STA –, é um interesse que não é, definitivamente, “direto”, uma vez que esse concorrente não poderá tirar qualquer vantagem direta e imediata da anulação da adjudicação;

y) Pelo que, a interpretação da alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA em conformidade com o direito da União Europeia nos moldes agora invocados pela Recorrente é uma interpretação claramente contra legem e como tal violadora da referida norma nacional;

z) Um dos reconhecidos limites à interpretação conforme com o direito da União Europeia é precisamente o de não poder servir de fundamento a uma interpretação contra legem do direito nacional; aa) Acresce que, na jurisprudência comunitária que é citada nas alegações da Recorrente e também no Acórdão do TCA Sul mencionado por esta, em momento algum é feita referência à aplicabilidade, nos casos concretos em questão, de uma norma processual nacional, cuja letra, à semelhança do nosso artigo 55.º, n.º 1, al. a) do CPTA, se pudesse dizer pouco compatível com as indicações saídas desta jurisprudência do TJUE; bb) Não existe, pois, similitude entre os casos retratados na referida jurisprudência comunitária e o nosso caso concreto, sendo que a jurisprudência comunitária não pode nunca ser interpretada de forma descontextualizada do caso concreto; cc) Além do mais, apesar de a Recorrente apenas fazer referência a

jurisprudência comunitária que lhe é favorável, o que é certo é que tal jurisprudência não é pacífica ou unânime, existindo precisamente jurisprudência contrária à invocada - veja-se, por exemplo, o Acórdão de 21.12.2016, proc. n.º C-355/15 (Bietergemeinschaft), em que o TJUE decidiu que um concorrente que tenha sido excluído definitivamente de um concurso não pode recorrer da decisão de adjudicação;

dd) Pelo que, mal andou o acórdão do TCA Sul invocado pela Recorrente ao interpretar o pressuposto da legitimidade ativa, num caso como o dos presentes autos de recurso, em conformidade com o direito da EU e a jurisprudência do TJUE; ee) Por tudo quanto supra exposto, deve esse STA rejeitar a solicitada, pela Recorrente, interpretação conforme ao Direito da UE e manter a decisão contida no Acórdão recorrido por se encontrar em perfeita consonância com a letra do artigo 55.º, n.º 1, al. a) do CPTA, e com a jurisprudência firme e estabilizada desse Venerando STA.»

4. O Recorrido MUNICÍPIO DE AVEIRO também contra-alegou, aderindo, no essencial, às contra-alegações apresentadas pelas Recorridas particulares.

5. O recurso de revista foi admitido por Acórdão da Secção de Contencioso Administrativo deste Supremo Tribunal Administrativo, em formação de apreciação preliminar, de 9 de setembro de 2021, porque «o juízo firmado no acórdão recorrido apresenta-se como carecido de aprofundamento e da sua devida dilucidação por parte deste Supremo Tribunal, como garantia de uniformização do direito nas vestes da sua aplicação prática, revisitando para o efeito a matéria em questão e tendo presente as circunstâncias apuradas equacionar a própria jurisprudência que o TJUE vem produzindo neste âmbito».

6. Notificado para o efeito, o Ministério Público pronunciou-se no sentido de ser negado provimento ao recurso - artigo 146.º/1 do CPTA.

7. Por Acórdão de 25 de Novembro de 2021, este Tribunal decidiu submeter à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões prejudiciais:

«**1.** O Direito da União Europeia, nomeadamente o número 3 do artigo 1.º da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um concorrente que tenha sido excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público, por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva, possa impugnar a respectiva decisão de adjudicação?

2. No caso de uma resposta positiva à questão anterior, o Direito Europeu deve ser interpretado no sentido de que, para que aquela acção de impugnação seja admitida, é suficiente que o concorrente excluído

alegue que, possivelmente, o procedimento de adjudicação será renovado em consequência de uma eventual sentença anulatória, e que ele terá, assim, uma nova chance de obter o direito de celebrar o contrato público em disputa, ou é necessário que exista uma certeza daquela renovação, e da possibilidade da sua participação no novo procedimento?»

8. Por Despacho do Tribunal de Justiça (Oitava Secção), de 17 de maio de 2022, proferido no Processo C-787/21, aquelas questões foram respondidas nos seguintes termos:

«O artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos procedimentos de recurso em matéria de celebração dos contratos de direito público de fornecimentos e de obras, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um proponente que tenha sido excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público, por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva, possa impugnar a decisão de adjudicação desse contrato. A este respeito, é indiferente que o proponente excluído alegue que o contrato lhe poderá eventualmente ser adjudicado na hipótese de, em consequência de uma anulação daquela decisão, a entidade adjudicante decidir abrir um novo procedimento de adjudicação.»

9. Notificadas as partes para se pronunciarem sobre o referido despacho, apenas os Recorridos MUNICÍPIO DE AVEIRO, B..... e C..... o fizeram, reiterando as posições que haviam assumido nas suas contra-alegações de recurso.

10. Sem vistos, dada a natureza urgente do processo - artigo 36.º/1/c e 2 do CPTA.

II. Matéria de facto

11. As instâncias deram como provados os seguintes factos:

[IMAGEM]

III. Matéria de direito

12. A questão que se discute no presente recurso é a de saber se um concorrente excluído de um concurso público tem interesse em agir judicialmente contra o respectivo ato de adjudicação, ainda que ele não tenha impugnado, em toda a sua extensão, o ato que o excluiu daquele procedimento, ou se tenha conformado com o mesmo no decurso da ação.

Mais concretamente, discute-se se a mera possibilidade de o procedimento adjudicatório vir a ser renovado em consequência de uma eventual sentença anulatória, e de o concorrente excluído no procedimento

anterior ter uma nova chance de obter o direito de celebrar o contrato público posto a concurso, configura um interesse direto, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA.

13. Embora com fundamentações não totalmente coincidentes, as instâncias decidiram que a A., ora Recorrente, não tem interesse em agir para impugnar o ato de adjudicação do concurso, absolvendo, assim, a entidade demandada e as contra-interessadas da instância.

O TAF do Porto (Juízo de Contratos Públicos) não afastou liminarmente a possibilidade de a Recorrente impugnar o ato de adjudicação, mas fez depender o seu interesse em agir «de, em abstrato, existir a possibilidade de esta apresentar candidatura ao procedimento pré-contratual que viesse a ser aberto, sendo certo que a mera hipótese de a entidade adjudicante poder escolher uma modalidade de procedimento que permita afastar a candidatura da A., naturalmente introduziria aqui uma álea que tornaria o interesse em agir da A. meramente eventual ou hipotético, não ancorado em elementos objetivos e concretos.» Possibilidade que, na leitura que aquele tribunal fez da alínea b) do n.º 1 e dos n.ºs 2 e 3 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), na redação que então lhes era dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, não existiria, dado que a Recorrente foi excluída do concurso, não apenas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º do CCP, mas também com fundamento na alínea l) do n.º 1 do seu artigo 146.º.

O TCAN bastou-se com a verificação de que a Recorrente ficou definitivamente excluída do concurso, por se ter conformado com a sentença do TAF do Porto, quanto à verificação da causa de exclusão prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 146.º do CCP, de onde concluiu «que a procedência da pretensão anulatória da deliberação de 02.7.2020 da Câmara Municipal de Aveiro, na parte em que admitiu a proposta da contrainteressada e adjudicou a esta o contrato, nunca traria qualquer vantagem, direta ou indireta, para a esfera jurídica da Recorrente.»

14. A decisão das instâncias está em linha com a jurisprudência tradicional deste Supremo Tribunal Administrativo, que tem entendido de forma constante que um concorrente cuja proposta tenha sido excluída e não impugne essa exclusão não tem legitimidade, por falta de interesse pessoal e direto, para arguir vícios próprios do ato de adjudicação – cfr., entre outros, os Acórdãos da 1ª Secção, de 27 de janeiro de 2004, proferido no Processo n.º 01692/03, e de 14 de fevereiro de 2013, proferido no Processo n.º 01212/12.

Essa jurisprudência foi reafirmada, ainda recentemente, no Acórdão de 11 de janeiro de 2019, proferido em apreciação preliminar, onde se afirmou que «enquanto excluída de um concurso cuja global legalidade não foi, «qua tale», posta em causa, a recorrente só dispunha de legitimidade – ou interesse em agir – para atacar o acto que a excluía. Após a exclusão, ela ficou fora do concurso, sendo remetida para uma situação equivalente à de qualquer terceiro que nunca houvesse concorrido. E, à semelhança desse terceiro, ela não estava em condições de acometer o acto, interno ao concurso, que elegeu um dos opositores como adjudicatário.» - cfr. Processo n.º 0860/18.9BELSB; v. também o Acórdão de 29 de outubro de 2020, proferido no Processo n.º 01641/18.5BELSB.

No mesmo sentido, aliás, se tem pronunciado de forma largamente maioritária os tribunais de primeira e

segunda instância, sem prejuízo de alguns sinais de que essa jurisprudência se começa a inverter, nomeadamente no Tribunal Central Administrativo do Sul (TCAS), como evidenciam as recentes decisões de 20 de maio e 7 de julho de 2021 – cfr., respectivamente, Processos n.ºs 927/20.3BELRA e 1383/20.1BELSB.

15. O que poderia justificar uma reponderação da jurisprudência tradicional deste Supremo Tribunal Administrativo, é a evolução recente da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no sentido da admissibilidade plena da impugnação do ato de adjudicação de um contrato público por um concorrente excluído do respetivo procedimento adjudicatório.

O contencioso pré-contratual, como se sabe, é regulado pela Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, conforme alterada pela Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, pelo que, não obstante a liberdade de que os Estados membros gozam na definição dos pressupostos processuais daquelas ações, as respetivas leis de processo não podem, nos termos do n.º 3 do artigo 1.º da referida diretiva, impedir «o acesso ao recurso (...) 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.»

O TJUE pronunciou-se concretamente sobre esta matéria, pela primeira vez, no seu Acórdão de 4 de julho de 2013, proferido no Processo n.º C-100/12 (FastWeb), onde considerou que o citado n.º 3 do artigo 1.º da Diretiva 89/665/CEE «deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo de recurso, caso o adjudicatário, ao qual o contrato foi adjudicado (...), suscite uma exceção de inadmissibilidade baseada na falta de legitimidade do proponente que interpôs o recurso com o fundamento de que a proposta que este apresentou devia ter sido excluída pela entidade adjudicante por não ser conforme com as especificações técnicas definidas no caderno de encargos, esta disposição se opõe a que o referido recurso seja julgado inadmissível na sequência do exame prévio dessa exceção de inadmissibilidade sem que se tenha pronunciado sobre a conformidade com as referidas especificações técnicas tanto da proposta do adjudicatário, ao qual o contrato foi adjudicado, como da proposta do proponente (...).»

Essa interpretação foi, no essencial, reiterada nos Acórdãos de 5 de abril de 2016, proferido no Processo n.º C-689/13 (PFE), 11 de maio de 2017, proferido no Processo n.º C-131/16 (Archus e Gama), 5 de setembro de 2019, proferido no Processo n.º C-333/18 (Lombardi) e 24 de março de 2021, proferido no Processo n.º C-771/19 (Nama), consolidando-se, tanto no domínio da contratação pública em geral, como no domínio da contratação pública nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, cujas disposições legais são análogas, o entendimento de que os concorrentes têm um interesse legítimo na exclusão da proposta dos outros, na medida em que por via da eliminação dessas propostas conservam uma chance de o contrato lhes ser adjudicado num futuro procedimento.

16. Não obstante a abertura revelada pela referida evolução jurisprudencial, o TJUE não tem reconhecido o interesse em agir dos concorrentes de uma forma irrestrita.

Por exemplo, no Acórdão de 21 de dezembro de 2016, proferido no Processo n.º C-355/15 (Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich), decidiu-se que «o artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que a um proponente que tenha sido excluído de um procedimento de adjudicação de um contrato público por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva seja recusado o acesso a um recurso da decisão de adjudicação do contrato público em causa e da celebração do contrato, quando só esse proponente excluído e o adjudicatário desse contrato apresentaram propostas e o referido proponente sustenta que a proposta desse adjudicatário também devia ter sido afastada.»

Ou seja, neste caso entendeu-se que, o facto de o concorrente ter sido excluído do procedimento de adjudicação por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva, afasta o seu interesse em agir contra a decisão de adjudicação do contrato.

Ora, em face da contradição apontada entre a jurisprudência dos tribunais administrativos e fiscais portugueses e a jurisprudência dominante do TJUE, e das próprias oscilações da jurisprudência do TJUE, este Tribunal decidiu, por Acórdão de 25 de Novembro de 2022, proceder ao reenvio da sua decisão para aquele, tanto mais que as circunstâncias do caso concreto em apreço nos autos se assemelham muito à situação descrita no referido caso Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, na medida em que, também no caso dos autos, o concorrente, ora Recorrente, foi excluído do procedimento por uma decisão da entidade adjudicante que se tornou definitiva.

17. No seu Despacho de 17 de maio de 2022, proferido no Processo C-787/21, O TJUE pronunciou-se sobre o caso em apreço de forma categórica:

«(...)

21. Importa recordar, em primeiro lugar, que, em conformidade com o disposto no artigo 2.º, n.º 1, alínea b), desta diretiva, os Estados-Membros asseguram que as medidas tomadas relativamente aos recursos a que se refere o seu artigo 1.º prevejam poderes para anular ou mandar anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o procedimento de adjudicação do contrato em causa.

22. Em segundo lugar, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 89/665, os Estados-Membros devem garantir o acesso ao recurso, de acordo com regras detalhadas que 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. Deste modo, tal disposição não obriga os Estados-Membros a tomar os referidos processos de recurso acessíveis a qualquer pessoa que pretenda obter a adjudicação de um contrato público, mas permite-lhes que exijam, além disso, que a pessoa em causa tenha sido lesada ou possa vir a ser lesada pela violação que alega (Acórdão de 19 de junho de 2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, n.º 18).

23. Chamado a interpretar a mesma disposição, o Tribunal de Justiça declarou que, no âmbito de um procedimento de adjudicação de um contrato público, os proponentes cuja exclusão é pedida têm um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros proponentes para efeitos da obtenção do contrato, independentemente do número de participantes no procedimento de adjudicação do contrato público em causa, do número de participantes que interpuseram recurso ou ainda da divergência dos fundamentos invocados por estes. Com efeito, a exclusão de um proponente pode conduzir a que ao outro seja diretamente adjudicado o contrato no âmbito do mesmo procedimento. Além disso, em caso de exclusão dos dois proponentes e de abertura de um novo procedimento de adjudicação de contrato público, cada um dos proponentes pode participar neste e, assim, obter indiretamente a adjudicação do contrato (v., neste sentido, Acórdãos de 4 de julho de 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, n.º 33; de 5 de abril de 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, n.ºs 24, 27 e 29; e de 24 de março de 2021, *NAMA e o.*, C-771/19, EU:C:2021:232, n.º 31).

24. Em terceiro lugar, o princípio jurisprudencial recordado no número anterior do presente despacho só é válido desde que a exclusão do proponente não se tenha tomado definitiva, nomeadamente depois de ter sido confirmada por uma decisão com força de caso julgado (v., neste sentido, Acórdãos de 21 de dezembro de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988, n.º 36; de 11 de maio de 2017, *Archus e Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, n.ºs 57 e 58; e de 24 de março de 2021, *NAMA e o.*, C-771/19, EU:C:2021:232, n.º 42).

25. Ora, nos termos do artigo 2.º-A, n.º 2, da Diretiva 89/665, a exclusão de um proponente é definitiva se lhe tiver sido notificada e se tiver sido considerada legal por uma instância de recurso independente ou já não puder ser objeto de recurso. Daqui resulta que o caráter ainda não definitivo da decisão de exclusão determina, para estes proponentes, a legitimidade ativa para impugnar a decisão de adjudicação (Acórdão de 21 de dezembro de 2021, *Randstad Italia*, C-497/20, EU:C:2021:1037, n.º 74).

26. O interesse em agir de um proponente afastado de um procedimento de adjudicação de um contrato para impugnar a decisão de adjudicação desse contrato está assim intrinsecamente ligado à manutenção de um interesse em agir para impugnar a decisão que o excluiu desse procedimento. Por conseguinte, não tendo interesse em agir para impugnar a decisão que excluiu a sua proposta, um proponente afastado não pode alegar que conserva um interesse em agir para impugnar a decisão de adjudicação do contrato.

(...)»

18. A resposta do TJUE às questões que lhe foram colocadas não deixa grande margem para dúvidas quanto à improcedência do presente recurso, dado não haver qualquer especificidade de direito interno que pudesse justificar uma decisão divergente.

Se a Recorrente apenas tivesse deixado cair alguns dos fundamentos da sua impugnação no recurso de

revista, ainda se poderia discutir se, sendo este recurso extraordinário, existe um ónus de impugnação especificada de todos os segmentos decisórios do acórdão recorrido.

Mas, no caso concreto dos autos, a Recorrente ficou definitivamente excluída do concurso, por se ter conformado, desde logo, com a sentença do TAF do Porto, quanto à verificação da causa de exclusão prevista na alínea I) do n.º 1 do artigo 146.º do CCP. Pelo que, a sua exclusão do concurso consolidou-se, mesmo antes e independentemente do presente recurso de revista.

IV. Decisão

Em face do exposto, acordam os juízes da Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo, reunidos em conferência, em negar provimento ao recurso, confirmando o acórdão recorrido.

Custas pela Recorrente. Notifique-se

Lisboa, 23 de junho de 2022. - Cláudio Ramos Monteiro (relator) – José Francisco Fonseca da Paz - Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva.

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