

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL | ADMINISTRATIVO**Acórdão**

Processo

Data do documento

Relator

1383/20.1BELSB

7 de julho de 2021

Dora Lucas Neto

DESCRITORES

Procedimento pré-contratual > Proposta excluída > Interesse em agir > Impugnação ato admissão propostas concorrentes > Acórdão tjue 05-set.-2019, lombardi, c-333/18, eclli:eu:c:2019:675

SUMÁRIO

I. Na senda do acórdão TJUE, 05-Set.-2019, Lombardi, C-333/18, ECLI:EU:C:2019:675, que 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, imperioso se torna concluir que a sentença recorrida, ao ter decidido em sentido inverso, incorreu em erro de julgamento, pelo que deverá ser revogada no segmento impugnado que não conheceu do pedido subsidiário formulado nos autos, de exclusão das propostas das contrainteressadas.

TEXTO INTEGRAL

Acordam, em conferência, na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul:

I. Relatório

B... - INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES, LDA, veio interpor recurso jurisdicional da sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, de 24.02.2021, que julgou improcedente a ação administrativa de contencioso pré-contratual por si deduzida contra a UNIDADE LOCAL DE SAÚDE DO BAIXO ALENTEJO, EPE, concluindo que a proposta da **Recorrente** não cumpria as exigências do Programa do Procedimento, designadamente, por não ter sido instruída com documento(s) que o mesmo exigia.

Nas alegações de recurso que apresentou, culminou com as seguintes conclusões – cfr. fls. 1234 e ss., ref. SITAF:

«(...)

1. Nos termos do disposto no artigo 149.º, n.º 2 do CPTA, se o tribunal recorrido tiver julgado do mérito da causa, mas deixado de conhecer de certas questões, designadamente por as considerar prejudicadas pela solução dada ao litígio, o tribunal superior, se entender que o recurso procede e que nada obsta à apreciação daquelas questões, conhece delas no mesmo acórdão em que revoga a decisão recorrida.

2. Considerando a prova produzida, nomeadamente o teor do relatório pericial, determinados factos que foram pela Autora alegados e provados em sede de alegações escritas não foram pelo Tribunal considerados, tratando-se de factos essenciais à boa decisão da causa, impondo-se nesta sede decisão diversa.

3. A Autora alegou três factos na suas alegações escritas (Factos 16, 17 e 18) que não integram a matéria de facto provada da sentença que aqui se recorre:

Facto 16: A Contrainteressada M... não só não indica a componente de software (acessório), obrigatória nos termos do Caderno de Encargos como, relativamente ao serviço de Manutenção, não indica o serviço de garantia, nem os kits de manutenção que são necessários para as impressoras e os respetivos custos unitários.

Facto 17: A Contrainteressada I... apenas propõe o SW NDDPrint para 70 impressoras, quando este era exigido para 79 impressoras e o modelo de impressora proposto pela I... apenas possui uma entrada de papel (alimentador 550 folhas) mais a bandeja MF (alimentador manual 100 folhas), quando, no concurso se exigem duas entradas de papel mais a bandeja MF.

Facto 18: As propostas admitidas pelo júri a concurso e constantes do relatório final apresentadas pelas aqui contrainteressadas M... e I... não cumprem o requisito "Velocidade de digitalização frente" requisito inserto no caderno de encargos como «90 = >(preto); =>55(cores)».

4. Relativamente ao primeiro facto (facto 16), o mesmo resulta claro do teor do relatório pericial, na resposta à pergunta 2-a). Veja-se para este efeito igualmente os documentos que compõem a proposta da Contrainteressada M... constantes do PA junto ao processo.

5. Quanto ao segundo facto (facto 17), este decorre da resposta dada pelo Sr. Perito à questão 2-b). Tal facto resulta igualmente de forma evidente da proposta apresentada pela Contrainteressada I..., constante do PA junto ao

processo.

6. Por último, e relativamente ao Facto 18, o relatório pericial, na resposta à questão 2, não deixa margem para dúvidas quanto ao facto de que nenhuma das propostas admitidas a concurso preenche os requisitos impostos no Caderno de Encargos.

7. Do mesmo modo, tal facto é possível de se confirmar nos catálogos apresentados por ambas as Contrainteressadas, que fazem parte integrante das suas propostas e constantes do PA junto ao processo.

8. Assim, não restam dúvidas de que tais factos foram devidamente alegados e provados no processo, sendo essenciais para a boa decisão da causa uma vez que a sua admissão implica, necessariamente, a exclusão das propostas das Contrainteressadas e a procedência do pedido formulado pela Autora.

9. Desta forma, e nos termos do disposto no artigo 149.º do CPTA e da conjugação dos artigos art.ºs 662.º e 640.º do Código de Processo Civil, deve ser alterada a decisão proferida sobre a matéria de facto, modificando-a, de forma a incluir na matéria provada os factos alegados e provados no Tribunal a quo e que são essenciais à solução jurídica da causa preconizada pela Autora, conforme resulta do relatório pericial produzido no âmbito do processo e dos documentos que compõem as propostas das Contrainteressadas, impondo-se assim que os factos supra citados sejam considerados provados, extraíndo-se as devidas consequências.

10. Tendo a sentença recorrida concluído que a lista dos acessórios e consumíveis e respetivos preços unitários (supostamente) em falta na proposta da Recorrente tinham sido exigidos nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1

do artigo 57.º do CCP, aplicou erradamente o disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP.

11. A Entidade Adjudicante entendeu que a Recorrente, na sua proposta, não individualizou a lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respetivos preços unitários.

12. Mais indicou que, no que respeita à Posição 1, a Recorrente após descrever as características do equipamento, se limitou a apresentar o preço unitário de 753,00€ e, na Posição 2, relativa ao Serviço de Manutenção, a Recorrente informou incluir serviço de manutenção e apoio à impressão indexada a 1750000 páginas, serviços e consumíveis e preço por cópia/impressão a P/B (custo por página) 0,0049€, apresentando o preço unitário de 8.575,00€.

13. Na medida em que a Recorrente designou como equipamento a apresentar a L... MX622adhe com todas as características enumeradas (veja-se a proposta da Autora no Item G) do probatório), torna-se por demais óbvio que todos aqueles elementos enumerados fazem parte daquele modelo específico de impressora.

14. Relativamente à lista de acessórios com valor unitário, tal lista terá apenas de ser entregue quando existam de facto "acessórios", ou seja, quando o modelo do equipamento a fornecer não contenha, de origem, todas as características e seja necessário, para o completar, adicionar "acessórios".

15. Já relativamente à questão do preço unitário de todos os elementos da lista, importa perceber um facto essencial. É que o modelo de impressora proposto pela Recorrente - a L... MX622adhe - já possui de fábrica todas características solicitadas no concurso (todos "os acessórios" que alegadamente relevavam

para o que era exigido no procedimento), a saber: o disco rígido, os alimentadores de papel e o armário rodado.

16. Este modelo de impressora, já vem de fábrica com todas as características pedidas, por isso é só um part number, inclui disco, dois tabuleiros e um armário rodado (com rodas).

17. Seria impossível à Recorrente indicar o preço unitário dos vários elementos, que são, na verdade, componentes integrantes da própria impressora, que já inclui de origem todas as características necessárias ao seu funcionamento e que preenchem todos os requisitos e características exigidas no Anexo III ao Caderno de Encargos e demais peças do procedimento concursal, sem lhe ser possível individualizar as mesmas pois já vêm de fábrica incorporados no próprio equipamento.

18. Quanto à lista de consumíveis e preços unitários, foi prestado o seguinte esclarecimento:

19. [Pergunta] «Quando é mencionado: "Lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respectivos preços unitários". É nosso entendimento que a Entidade Adjudicante pretende o preço unitário de cópia/impressão a preto e branco visto que os acessórios e consumíveis estão incluídos no âmbito deste contrato. É correto o nosso entendimento?»

20. [Resposta] «Correto, o custo da Posição 2 inclui todos os serviços e consumíveis.»

21. O Júri respondeu claramente que, quanto à "Lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respectivos preços

unitários", o que se pretende afinal com isto é «o preço unitário de cópia/impressão a preto e branco». E só este entendimento é coerente com o objeto do concurso na sua globalidade.

22. Analisados os documentos do concurso resulta que o objeto do concurso se encontra dividido em duas partes, sendo que a primeira parte diz respeito ao fornecimento e instalação de 79 impressoras, ficando esta primeira parte concluída com a instalação dos equipamentos nos locais indicados no Caderno de Encargos.

23. O que foi estabelecido é que a segunda parte termine a 31 de Dezembro de 2020 ou até serem impressas as 1.750.000 páginas, consoante o que acontecer primeiro.

24. Assim, mais uma vez reforça-se o entendimento acima sufragado, de que o que de facto releva, na posição 2, é o preço unitário de cópia/impressão. Nada é dito sobre quantas páginas imprime cada impressora pelo que, no limite, pode haver impressoras que estejam a trabalhar menos e outras mais, o que exige distintos consumíveis e kits de manutenção, impossíveis de identificar e quantificar antes do final do contrato.

25. O que a Recorrente aqui defende está em linha com o Acórdão de Uniformização de jurisprudência do Tribunal de Contas n.º 1/2010, onde se pode ler: «Parece-nos ser este, pois, o entendimento mais correcto a dar, em abstracto, e em geral, à questão da repercussão da omissão de um preço ou de um item na lista de preços unitários, na proposta, e às respectivas consequências jurídicas: A falta referida não constitui, necessariamente, a omissão de um elemento essencial do procedimento que, só por si, possa afectar inexoravelmente a proposta e acarretar a sua exclusão. (...) haverá que

ponderar se a omissão ocorrida inviabiliza a análise comparativa dos preços apresentados pelas propostas, ou se é susceptível de se repercutir na boa execução da empreitada.»

26. A Recorrente apresenta o preço unitário de cópia/impressão que já compreende os serviços e consumíveis, preço esse que é o único determinante para a análise comparativa dos preços apresentados pelas propostas, nas palavras do supra citado acórdão.

27. Por tudo o que ficou dito, entende a Recorrente que o ato de adjudicação do Concurso aqui em causa e que confirmou a exclusão da sua proposta é ilegal com os fundamentos invocados pela entidade adjudicante, violando as normas dos artigos 3.º, n.º 1, 4.º, 8.º e 10.º, n.º 1 do CPA e os artigos 70.º, n.º 2, b) e 146.º, n.º 2 o) a contrario, e por não se encontrarem verificados os requisitos da exclusão, cumprindo a Recorrente com todas as indicações prestadas pela ora Ré, não só nas peças que suportam o procedimento do Concurso Público, mas também nas respostas aos pedidos de esclarecimento elaborados pelos concorrentes.

28. Como foi exaustivamente demonstrado pela Recorrente na presente causa, todos os elementos essenciais foram, de facto, incluídos por esta na sua proposta, sendo que os elementos que a Recorrida alega não constarem da proposta da Autora são, todos eles, elementos que não têm qualquer implicação na avaliação das propostas e, por isso, pouca relevância na sua execução - por exemplo, os preços apresentados para as Posições 1 e 2 que, quer estivessem indicados os preços unitários quer não, seriam sempre os mesmos.

29. Tal facto ficou até evidenciado não só no relatório pericial como na própria sentença que aqui se recorre: «Sendo, aliás, discutível - veja-se o teor do

relatório pericial - a necessidade dos acessórios e consumíveis deverem ser autonomizados - em lista discriminatória - considerando que, no que diz respeito aos acessórios, estes são complementos e completamente autónomos da máquina, tendo valor financeiro próprio.»

30. Pelo que o Tribunal a quo, ao entender que a proposta da Autora deveria ser excluída com base no artigo 146.º, n.º 2, al. d), incorreu num erro de julgamento uma vez que não está em causa nenhuma das alíneas dos n.º 1 e 2 do artigo 57.º do CCP, não existindo, dessa forma, qualquer causa de exclusão.

31. Sem prejuízo, mesmo que assim não se entendesse, sempre se estaria perante uma intolerável desproporção entre a ausência de utilidade na exigência da referida lista discriminativa de acessórios e consumíveis e respetivos preços unitários (facto atestado pelo Senhor Perito), e o facto de ter sido excluída a melhor proposta do concurso por não a ter apresentado, quando cumpriu com todos os requisitos do concurso.

32. Os princípios da proporcionalidade e do "favor" do procedimento em que, além de outros, assenta o regime de contratação pública apontam para a necessidade de interpretar o disposto nos artigos 57.º, 72.º e 146.º do CCP no sentido de admitirem "válvulas de escape", que permitam evitar a exclusão de uma proposta cuja valia não vem questionada e a exclusão de um concorrente cuja vontade firme de contratar não é posta em causa. Ficando a imparcialidade do júri comprometida pelo facto de excluir umas propostas e não excluir outras, quando está demonstrado que as propostas das contrainteressadas violam as peças procedimentais.

33. Entendeu o Tribunal a quo não se pronunciar sobre o pedido subsidiário formulado pela ora Recorrente considerando que «improcedendo o pedido de

impugnação do acto de adjudicação, mantendo-se, por conseguinte, a exclusão da proposta da Autora, esta carece de interesse em agir para peticionar a exclusão da proposta da Contra - interessada, na medida em que, da exclusão da proposta da Contra-interessada, considerando que a sua própria proposta foi, do mesmo modo excluída, não resulta qualquer vantagem para a Autora; designadamente, a adjudicação da sua proposta.»

34. Escreve Mário Aroso de Almeida, «o carácter "directo" do interesse tem que ver com a questão de saber se existe um interesse actual e efectivo em pedir a anulação ou a declaração de nulidade do acto que é impugnado. (...) o Supremo Tribunal Administrativo tem sufragado o entendimento de que o interesse directo deve ser apreciado, por referência ao conteúdo da petição inicial, em função das vantagens que o impugnante alega poderem advir-lhe da anulação do acto, sendo que «os efeitos decorrentes da anulação devem repercutir-se, de forma directa e imediata, na esfera jurídica do impugnante.» (...) O interesse directo contrapõe-se, assim, a um interesse meramente longínquo, eventual ou hipotético, que não se dirija a uma utilidade que possa advir directamente da anulação do acto impugnado.»

35. Considerando a supra citada doutrina, cabe agora à Recorrente demonstrar, ao contrário do que foi determinado na sentença aqui sob recurso, que: i) se encontra numa situação efetiva de lesão que justifica a utilização do meio impugnatório; e que ii) os efeitos decorrentes da exclusão das propostas das Contrainteressadas repercutem-se, de forma direta e imediata, na esfera jurídica da Recorrente, tendo como referência para tal o conteúdo da petição inicial por esta apresentada, nomeadamente as vantagens que lhe podem advir de tal exclusão.

36. Relativamente ao primeiro requisito - situação efetiva de lesão - não só a

Recorrente viu a sua proposta ser erradamente excluída, como já foi oportunamente alegado no parágrafo II.A. do presente recurso, como viu a Entidade Adjudicante, admitir as duas propostas das Contrainteressadas que, à luz do critério utilizado pela mesma para a exclusão da proposta da Recorrente, também deveriam ter sido excluídas por não cumprirem com os requisitos fixados nas peças do procedimento, tal como alegado pela Autora na sua petição inicial, nomeadamente nos artigos 37.º a 40.º.

37. Na verdade, a admitir-se que todos os acessórios e consumíveis tinham de ser listados e tinha de ser indicado o preço unitário para cada um deles, então a Contrainteressada M... não só não indicou a componente de software (acessório), obrigatória nos termos do Caderno de Encargos como, relativamente ao serviço de Manutenção, como não indicou o serviço de garantia, nem os kits de manutenção que eram necessários para as impressoras e os respetivos custos unitários.

38. Já a Contrainteressada I... apenas propôs o SW NDDPrint para 70 impressoras, quando este era exigido para 79 impressoras. Além disso, o modelo de impressora proposto pela I... apenas possuía uma entrada de papel (alimentador 550 folhas) mais a bandeja MF (alimentador manual 100 folhas), quando, no concurso se exigem duas entradas de papel mais a bandeja MF.

39. Relativamente ao segundo requisito - que exige que os efeitos decorrentes da exclusão das propostas das Contrainteressadas se repercutam, de forma direta e imediata, na esfera jurídica da Recorrente - também este se encontra verificado.

40. É jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo que «Tem interesse para impugnar contenciosamente um acto administrativo, todo aquele que, com

o provimento do recurso, venha a ter um proveito ou benefício, por modo a que, retomado o processo e sanados os vícios do acto recorrido possa vir a ser proferida nova decisão com respeito pela lei, de que ele recorrente venha a beneficiar.»

41. O mesmo Tribunal afirma ainda que «é de rejeitar uma interpretação restritiva do que se deve entender interesse directo e pessoal, já que isso poderia limitar o acesso à referida tutela, o que não significa que a mera invocação da violação de um direito ou interesse legalmente protegido baste para o autor ver reconhecida a sua legitimidade já que, não sendo a ilegalidade do acto critério para se aferir da legitimidade do autor, este só poderá ser declarado parte legítima quando alegue que o acto violador, para além de ilegal, é lesivo dos seus direitos e interesses legalmente protegidos e que retira vantagens imediatas da sua anulação.»

42. A verdade é que, após a exclusão da proposta da Autora, ora Recorrente, apenas foram admitidas as duas propostas das Contrainteressadas que aqui se impugnam, pelo que a exclusão de tais propostas implica, necessariamente, a deserção do procedimento no âmbito do Concurso Público lançado pela Entidade Adjudicante e, nessa medida, obriga aquela Entidade a lançar novo concurso.

43. Esta é a vantagem que advém para a Recorrente - a abertura de novo Concurso e a apresentação de nova proposta. E os seus efeitos repercutem-se, de facto, de forma direta e imediata na esfera jurídica da Recorrente.

44. Desta forma, e por tudo o que ficou dito, não tem razão o Tribunal a quo quando afirma que a Recorrente carece de interesse em agir por não existir qualquer vantagem para esta na exclusão das propostas das

Contrainteressadas.

45. Verificada a existência do interesse em agir, deve o Tribunal julgar o pedido subsidiário formulado pela Autora, daí se extraindo as devidas consequências.

Termos em que deve ser dado provimento ao presente recurso, revogando-se a decisão recorrida, substituindo-se aquela por outra que determine a anulação ou a declaração de nulidade do ato de adjudicação à Contrainteressada M..., Equipamentos Informáticos, Lda., emitido na sequência do procedimento de Concurso Público para a Aquisição de Equipamentos de Impressão, Cópia e Digitalização e Serviços de Manutenção e, bem assim, o contrato eventualmente celebrado em sequência daquele ato, mais condenando a Entidade Adjudicante a admitir a proposta da Recorrente.

Caso assim não se entenda, e em face da matéria provada e objeto de reavaliação por este Colendo Tribunal, pede-se que admita a alteração da matéria de facto requerida e, em consequência decida pela exclusão das propostas das Contrainteressadas por violação do Caderno de Encargos e do Programa do Procedimento, conforme acima exposto, seguindo-se os ulteriores termos até final.(...).»

A Recorrida, Unidade Local de Saúde do Baixo Alentejo EPE contra-alegou, tendo ali concluído como se segue – cfr. fls. 1275 e ss., ref. SITAF:

«(...)

40 - A proposta da recorrente não cumpriu as exigências do procedimento, por não a instruir com os documentos exigíveis, de onde devia constar uma lista de acessórios e consumíveis, bem como os respetivos preços unitários, em documento próprio, como exigido pela entidade adjudicante.

41 - E que nesta sequência, a recorrente carece efetivamente de interesse em

agir quando peticiona a exclusão da proposta da contrainteressada, por não cumprir as especificações técnicas prevista no caderno de encargos, quando foi efetivamente ela que incumpriu na proposta que apresentou. (...).»

Por seu turno, também a **contrainteressada, M...- EQUIPAMENTOS INFORMÁTICOS - LDA**, contra-alegou, tendo concluído nos seguintes termos – cfr. fls. 1290 e ss., ref. SITAF:

«(...)

I -Da falta de fundamento, extemporaneidade e falta de interesse direto em agir da Recorrente.

1.

A recorrente, B..., INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES, LDA, melhor identificada nos autos à margem cotados, não se conformou com a douta sentença proferida a 24 de fevereiro de 2021, que confirmou a decisão anteriormente proferida pelo júri do concurso, que a proposta concursal por esta apresentada, não cumpriu as formalidades exigidas no programa de procedimento exigido pelo concurso público promovida pela ULSBA, nomeadamente no seu artigo 7.º do PP.

2.

a Entidade Demandada excluiu a proposta da recorrente com fundamento da mesma não ter sido instruída com lista dos acessórios e consumíveis propostos e respetivos preços unitários.

3.

Tendo a ora contrainteressada, M..., compulsado as contra-alegações apresentadas pela Recorrida ULSBA - UNIDADE LOCAL DE SAÚDE DO BAIXO ALENTEJO, constata que por serem, novamente, acutilantes, incisivas e atingindo o cerne da questão, com a clareza que se impõe, merecem a nossa expressa e integral adesão.

4.

Recapitulando, entendeu a magistrada do tribunal A Quo, bem em nosso modesto parecer, que tendo improcedido o ato de impugnação de adjudicação, confirmado pela sentença proferida, tal resulta, inexoravelmente, na falta de qualquer interesse legítimo da Autora, ora recorrente para agir, mormente quando peticiona a exclusão das contrainteressadas, M...- equipamentos informático, Lda. e I.... (esta ultima apesar de já afastada por não cumprir os critérios concursais.(...)

5.

Decidida em sede de sentença, que a pretensão da Autora, com a instauração da ação administrativa de contencioso pré- contratual, como manifestamente improcedente, resultando naturalmente na absolvição dos pedidos formulados contra a ré e consequentemente mantendo válida a decisão de adjudicação à contrainteressada M....

6.

Por maioria de razão, falece assim o interesse da recorrente, na apreciação das demais questões de direito dela dependentes, as quais a terem lugar seriam sempre em momento de apreciação lógica e cronológica posterior.

7.

Sem nunca prescindir ou condescender, a contrainteressada M..., pugna pela integral validade e correção da sentença proferida, a qual sendo objetiva, dirimindo o presente pleito, sem cair na tentação de se perder em questões de mera apreciação académica, que e traduziria numa pura perda de tempo.

8.

Suscita ainda à contrainteressada M..., dúvidas quanto à extemporaneidade da interposição do presente recurso, porquanto a decisão recorrida foi proferida a 24/02/2021, dela notificada a recorrente a 25/02/2021, sendo o prazo de recurso para a ações urgentes, como a presente de 15 dias, nos termos do artigo 147.º do CPTA, este terminaria dia 12 de março de 2021, cujo o ato com multa poderia ser praticado até dia 15 de março de 2021,

9.

Com a prática do ato fora de prazo deveria ser simultaneamente paga com a taxa de justiça, a penalização de 163,20€ e não de 102,00€ pagos, resultado do agravamento de 40% sobre o valor da taxa de justiça aplicável cfr. artigo 139.º n.º 5 alínea c) do CPC, aplicável ex vi artigo 1.º do CPTA,

10.

Pelo que deveria ser proferida decisão liminar de não admissão do presente recurso, por interposto fora do prazo, vide art.145.º n.º 2 alínea a) do CPTA.

11.

Por outro lado, com a exclusão definitiva da proposta da recorrente em sede concursal, confirmada pelo tribunal de 1.ª instância, por maioria de razão carece a recorrente de qualquer interesse direto na mesma e bem como legitimidade para a proposição do presente recurso.

Em suma,

12.

O concurso público, objeto do presente pleito é o concurso público com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, visando “celebrar contrato para aquisição de 79 equipamentos multifunções de impressão monocromática, cópia e digitalização a cores, assim como os serviços de manutenção e suporte à impressão de 1 750 000 páginas, o que inclui a manutenção de equipamentos, fornecimento de consumíveis e demais componentes, de acordo com o descrito no caderno de encargos do procedimento”, conforme o programa de procedimento do concurso público n.º 97001220

13.

Por sua inteira responsabilidade, não observou a autora, ora recorrente, um critério que resultaria na penalização suprema a exclusão do concurso, previsto no Artigo 7.º n.2 do PP, pois se na alínea a) identifica como proposta a declaração negocial irrevogável e logo imutável dos termos e modos de fornecer um serviço e ou equipamentos, com a cristalização da mesma para

não mais ser alterada.

14.

É também inequívoco, nos termos do artigo 7.º do PP, que qualquer “proposta é constituída, sob pena de exclusão, pelos seguintes documentos:

- Lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respetivos preços unitários.

15.

Na análise da proposta da recorrente, por ela junta a estes autos na PI, bem como no procedimento administrativo, a dita listagem e respetivos preços não foi apresentada.

16.

Tentando a recorrente colmatar tal falha, invocando que a impressora por ela proposta vem com todos os acessórios incluídos...

17.

Tal não corresponde à verdade, porque a máquina impressora proposta, conforme consta no próprio sitio oficial da L... na internet, vide (https://www.L....com/pt_pt/printer/11850/L...-MX622adhe), tais elementos são dispensáveis e ao não serem devida e exaustivamente identificados, poderia em ultima instância resultar na aquisição dos mesmos extra concurso, com custos difíceis de contabilizar.

18.

Mais, as gavetas acessórias para suporte de 550 folhas para impressão, que compõe a L... MX622adhe, são também compatíveis com a multifunções L... MX622ade e L... xm3250, o que atestando a sua versatilidade, igualmente reafirmam em termos práticos o seu caráter acessório, acessoriedade essa que vem perfeitamente identificada na ficha técnica das máquinas propostas quer pela recorrente, impressora laser monocromática L... MX622adhe, quer da contrainteressada da M... a impressora laser monocromática L... MX622ade.

19.

O equipamento de série comporta em sede de hardware, o aparelho de multifunções MX620 com ecrã tátil de 17,8cm, já os acessórios só podem ser adquiridos individualmente, como sejam: tabuleiro suplementar de 550 folhas, tabuleiro suplementar de 250 folhas, unidade de acabamento com agraphador e ou o armário rodado.

20.

Será por demais evidente a produtividade de impressão com 2 gavetas de 550 folhas, num total de 1100 páginas disponíveis ou somente a gaveta de 550 páginas que acompanha de origem a maquina.

21.

O móvel em questão é igualmente acessório sendo compatível com qualquer equipamento da L..., quer de outros equipamentos de impressão de outras marcas, podendo in limine ser dispensado, por poder o equipamento ser colocado sobre uma outra estrutura de suporte.

22.

Desde logo, a não discriminação dos acessórios e consumíveis que iriam ser aplicado e utilizados poderiam desde logo levar à utilização de acessórios não oficiais, de qualidade substancialmente inferior, sujeito a menor tempo de vida útil dos mesmos.

23.

O mesmo se poderia referir quando aos tinteiros/ tones a utilizar, que não sendo oficiais, poderiam levar a graves avarias dos mesmos no futuro, bem como a também um tempo de vida útil substancialmente inferior.

24.

Vir a recorrente estribar-se, mal e falsamente, que o equipamento por ela proposto integrava todos os acessórios, tal suscita a questão, porque razão o fizeram as demais concorrentes, com a enunciação exaustiva de acessórios e respetivos preços no procedimento concursal?

25.

Porque, as contrainteressadas, perceberam e bem que tal listagem deveria acompanhar as suas propostas.

26.

Este esforço inglório da Recorrente em justificar o injustificável, terá de mais uma vez fenecer, porque insustentável e injustificável, face ao princípio da inalterabilidade das propostas apresentadas.

27.

O presente concurso tem duas posições, sendo que na primeira, após descrição do equipamento, indica o preço unitário de 753,00€+ IVA x79 equipamentos= 59 487,00€ (73 169,01€ c/ iva)

28.

Já na posição 2, em sede de serviço de manutenção, incluindo serviço de manutenção e apoio à impressão de 1750.000, serviços de consumíveis e preço por cópia a preto e branco, sendo o custo por página de 0,0049€, com a indicação do preço final de 8 575,00€+ iva. (10 547,25€ c/ iva).

29.

Na resposta aos quesitos pelo senhor perito atente-se que no teor da resposta à 1.- questão “ Esclareça o Senhor perito se o modelo de impressora proposta pela Autora, possui de fábrica todas as características técnicas exigidas pelo caderno de encargos (aqui se incluindo Acessório e Consumíveis).” (SIC)

30.

Cuja resposta pericial, duvidas não deixa, sobre o incumprimento da autora, ora recorrente, ao afirmar categoricamente que não cumpre os requisitos de velocidade de digitalização frente plasmado no caderno de encargos.

31.

Se como afirma o Senhor perito no seu relatório, mesmo sem os acessórios que a podem compõem, a impressora funciona cumprindo as suas funções básicas, já com todos os acessórios funciona na sua plenitude, com a sua otimização e

capacidade de produção plena.

32.

Mais não observou a autora, ora recorrente, um critério que resultaria como penalização suprema a exclusão do concurso, previsto no Artigo 7.º do PP. Pois qualquer proposta apresentada num concurso publico, além da proposta inicial ser imutável e insuscetível de ser aperfeiçoada, sob pena de violar os princípios basilares concursais públicos, da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação.

33.

Sendo a proposta comercial apresentada imutável por irrevogável, também consta de forma clara e inequívoca que todos os concorrentes, na apresentação das propostas, deveriam sob pena de exclusão, ser acompanhado pelos seguintes documentos:

c) lista dos acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento dos equipamentos e respetivos preços unitários.

34.

Refere a recorrente B... que os acessórios são parte integrantes do equipamento por ela proposto, MX622adeh, como se de um "bloco único" se tratasse.

35.

O equipamento proposto pela recorrente, apresentado como um bloco unitário, justificando assim de forma claudicante a falta de discriminação a A., B..., informática e telecomunicações, Lda., é no mínimo económica com a verdade ao afirmar de forma perentória no seu artigo 14.º da PI, que o modelo por si apresentado já possui de fábrica todas as características pretendidas no concurso (ou seja, todos os acessórios, que alegadamente MX622adhe tinha

para preencher o que era exigido no procedimento) a saber o disco rígido, os alimentadores de papel e o armário rodado.

36.

Embora admitida concurso, numa primeira fase, por erro na apreciação dos critérios pelo júri concursal, tal foi imediatamente corrigido após a reclamação da contrainteressada M..., resultando na exclusão e bem da ora recorrente do concurso.

37.

Só em sede de proposição da presente ação de contencioso pré-concursal é que a A., recorrente vem emendar a mão, mas já fora de prazo e de oportunidade em sede de tramitação concursal, "corrigir", de forma grosseira, o seu erro inicial em sede de falha de apresentação de proposta, atento ao teor dos seus artigos 14.º e 15.º da PI.

38.

Constata-se assim que a ora recorrente, falhando no momento processual adequado, apresentação de proposta, falhou com os requisitos concursais em sede de PP no seu artigo 7.º n.º2 alínea c), que sob pena de expulsão, deve ser constituída pelos seguintes elementos:

" c)Lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respetivos preços unitários" (SIC).

39.

A exclusão da recorrente., no concurso em apreço, está corretamente aplicada e devidamente provada e fundamentada.

40.

Por outro lado, constatamos que é falho o relatório pericial apresentado, o qual se devia estribar no documento oficial da L..., no qual se enuncia todas as características técnicas dos equipamentos e que se encontra junto aos autos, pois permitem a velocidade de digitalização requerida, contrariamente ao por este afirmado e omitindo que a aquisição do equipamento não inclui os seus

acessórios.

41.

Conclui-se, pois, por manifestamente falso o invocado nos ditos artigos 14º e 15.º da PI, além de extemporâneo.

42.

Também esteve mal o senhor perito quando se refere à velocidade de digitalização do equipamento MX622, tanto na versão "ade" como na versão "adhe", qualquer destes equipamentos, em sede de especificações de produtos da dita ficha técnica da L..., esta corresponde à velocidade requerida no CE, contrariamente à tese defendida, diga-se mal, pelo Sr. Perito e que o documento oficial da marca atesta em contrário.

43.

Relembra-se, ainda, que a proposta da M..., em declaração autónoma, à mesma anexa, faz descrição exaustiva das condições de garantia técnica, cobrindo todas as áreas e de várias formas, para que permitisse à Entidade Adjudicante optar pela que melhor servisse os seus interesses.

44.

Em termos técnicos o equipamento MX622 é fornecido em dois modelos "ade" e "adhe", significando o H "hard disk", podendo os restantes acessórios serem adicionados a qualquer dos modelos, mas nunca incluídos no modelo "adhe" que apenas incorpora o disco.

45.

Aliás, clarifica o Sr. Perito ao afirmar "Assim, e com base no exposto, salvo melhor opinião, que se trata efetivamente de elementos destacáveis, ou seja, de complementos do equipamento" o que mais uma vez contraria o artigo 14º e 15.º da PI, e que aí se invoca precisamente o contrário.

46.

É bem patente, a forma exaustiva como a contrainteressada M..., relativamente aos consumíveis: com a inclusão do número de cópias exigidas no CE, a qual

inclui consumíveis, assistência técnica e deslocações e ainda na descrição da lista de equipamentos, acessórios e consumíveis, onde evidencia código, capacidade e custos.

47.

Já será de louvar a posição do Sr. Perito, que é bem clara quando afirma “Assim, parece-nos, salvo melhor entendimento, e sem querer entrar no domínio jurídico-contratual, para o qual não nos sentimos habilitados, que no que diz respeito aos acessórios seria necessária tal discriminação”, o que a B... não fez infringindo a alínea c) do Programa do Procedimento, que diz textualmente:

- Lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respetivos preços unitários. (**negrito e sublinhado** nosso)

48.

Pois a entidade Adjudicante, ao exigir a discriminação dos componentes e sua valorização, terá tido em consideração a durabilidade dos mesmos que difere dos equipamentos (mais duradora) e dos acessórios (mais perecíveis), e cujos efeitos são repercutíveis na necessária inventariação dos mesmos e valorização do imobilizado e respetiva desvalorização futura.

49.

Com esta discriminação dos componentes e sua valorização, permite de forma segura à entidade contratante, melhor controlar os seus gastos e poder de forma mais exaustiva justificar os mesmos, mormente em sede de uma qualquer auditoria às suas contas.

50.

A não enunciação individualizada de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e seus preços unitários, o que é exigido, dita de forma inexorável a sua exclusão pelo artigo 7.º n.º 2 b) e c) da PP.

51.

Pelo que o ato administrativo de adjudicação, praticado pelo conselho de

administração da Entidade Adjudicante, a Ré ULSBA, em 15 de julho de 2020 na sua ata n.º 31, no seu ponto 1.4, por inteiramente legal, foi mantida nos seus precisos termos e fundamentos pela sentença proferida em primeira instância.

II - do pedido de condenação de litigância de má fé da recorrente

52.

Mais requer a contrainteressada M..., que a Autora, B..., seja condenada em litigância de fé, nos termos e pressupostos dos Artigos 542.º e 543.º do CPC, aplicável ex vi do art. 1º do C.P.T.A., pela postura da Autora B..., manifestamente dolosa da sua pretensão e falta de fundamento que não devia ignorar e ter feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal.

53.

Lembrando que a má -fé constitui matéria de facto, traduzindo-se na utilização maliciosa e abusiva do processo, na violação do dever de correção processual que advém do artigo 266º - A do Código de Processo Civil, as partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação.

54.

Relembrando o preâmbulo do anterior Código de Processo Civil (Decreto - Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro), que estabelecia que “como reflexo e corolário do principio da cooperação, consagram-se expressamente o dever de boa fé processual, sancionando-se como litigante de má fé a parte que, não apenas com dolo, mas com negligência grave, deduza pretensão ou oposição manifestamente infundada, altere, por acção ou omissão, a verdade dos factos relevantes, pratique omissão indesculpável do dever de cooperação ou faça uso reprovável dos instrumentos adjectivos e o dever de recíproca correcção (...)”

55.

A ora recorrente, sabendo de todos os critérios de seleção concursais em apreço, bem sabendo que falhou clamorosamente nos termos de apresentação da sua proposta, fruto da irretratabilidade e correção à posteriori das propostas

apresentadas, recorreu a A. ora recorrente, aos meios jurisdicionais, quer em primeira instância, quer agora em segunda instancia, tentando assim de forma manifestamente reprovável e em completo desrespeito pela prossecução do legitimo interesse publico, com os consequentes atrasos no inicio da prestação adjudicada à contrainteressada M..., bem como nos custos que teriam a proposição de novo procedimento concursal.

56.

Tudo por forma a tentar, pela via jurisdicional, o que não consegui pela via concursal, sendo neste caso manifesta a intenção da recorrente de obstruir a normal tramitação concursal, com dispêndio de meios, quer da ré, quer da contra interessada, além dos normais prejuízos comerciais sofridos por esta, quer ainda violando de forma evidente o usual principio da boa fé dos atos jurisdicionais administrativos.

57.

Deve assim, ser de ser exemplarmente condenada a recorrente, em quantia não inferior a 15.000,00 €, bem como nas despesas que a contrainteressada M..., terá de gastar com a apresentação da sua defesa, e até final deste pleito, nomeadamente:

- a) Honorários com o seu Mandatário;
- b) Taxas de justiça;
- c) Despesas com peritagem;
- d) Fotocópias;
- e) Portes de Correio CTT;
- f) Correio eletrónico;
- g) Faxes;
- h) Deslocações ao Tribunal ou a outros locais que estejam relacionadas com esta ação;
- i) Todas as despesas que comprovadamente a contrainteressada tenha de suportar com esta ação, e que não estejam incluídas nos números anteriores;

58.

O que, desde já e aqui, se requer.

Nestes termos e nos melhores de direito, sempre com o mui douto suprimento deste venerando tribunal, se requer:

A) Que o presente recurso de apelação seja julgado manifestamente extemporâneo por apresentado fora de prazo, por violação do prazo constante do artigo 147.º n.º 1 do CPTA

B) Que o presente recurso de apelação seja julgado totalmente improcedente, confirmando outrossim a total validade e legalidade do ato administrativo de adjudicação praticado pelo conselho de administração da Entidade Adjudicante, em 15 de julho de 2020 na sua ata n.º 31, no seu ponto 1.4, devendo ser mantida nos seus precisos termos e fundamentos, confirmando integralmente a sentença proferida no tribunal A Quo.

C) Ser a recorrente condenada em litigância de fé, nos termos e pressupostos dos Artigos 542.º e 543.º do CPC, aplicável ex vi do art. 1º do C.P.T.A., em quantia não inferior a 15.000,00 €, bem como nas despesas que a contrainteressada M..., terá de gastar com a apresentação da sua defesa, e até final deste pleito, pela postura da Autora B..., manifestamente dolosa da sua pretensão e falta de fundamento que não devia ignorar e ter feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal. (...)»

Foi cumprido o contraditório quanto à suscitada extemporaneidade do recurso.

Neste tribunal, o DMMP não emitiu pronúncia.

Com dispensa dos vistos, atento o carácter urgente dos autos, importa apreciar e decidir.

I. 1. **Questões a apreciar e decidir**

As questões suscitadas pela **Recorrente**, delimitadas pelas alegações de recurso e respetivas conclusões e, bem assim, pela Contrainteressada **M...**, traduzem-se em apreciar as seguintes questões:

- i) Da extemporaneidade do recurso, por violação do prazo constante do artigo 147.º, n.º 1, do CPTA;
- ii) Do erro de julgamento em que incorreu a sentença recorrida ao ter julgado totalmente improcedente a ação, confirmando a decisão de exclusão da proposta da **Recorrente**;
- iii) Do erro de julgamento em que incorreu a sentença recorrida ao não ter conhecido do pedido subsidiário formulado na ação, por não reconhecer o interesse em agir da A., ora **Recorrente**;
- iv) Da condenação da **Recorrente** como litigante de má fé.

II. **Fundamentação**

II.1. **De facto**

A matéria de facto constante da sentença recorrida é aqui transcrita *ipsis verbis*:

«(...)

A) A Entidade Demandada publicitou um concurso público para a celebração de um contrato para a aquisição de equipamentos de impressão, cópia e digitalização e serviços de manutenção - facto não controvertido;

B) No âmbito do procedimento indicado em A), foi aprovado o **programa do procedimento**, do qual se extrai o seguinte:

«Imagem no original»

- cfr. programa do procedimento constante do PA, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

C) No âmbito do procedimento indicado em A), foi aprovado o **caderno de encargos**, do qual se extrai o seguinte:

«Imagem no original»

- cfr. caderno de encargos constante do PA, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

D) O **caderno de encargos** é constituído, entre outros, pelo **Anexo III** intitulado “Tabela de verificação do cumprimento dos requisitos”, da qual se extrai o seguinte:

«Imagem no original»

- cfr. anexo III do caderno de encargos constante do PA, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

E) No seguimento de pedidos de **esclarecimentos** foi elaborada a **acta n.º 1**, da qual consta o seguinte:

«Imagem no original»

- cfr. acta n.º 2, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

G) A Autora apresentou proposta ao concurso indicado em A), na qual se extrai o seguinte:

“(…)

No seguimento da vossa solicitação (Concurso Público n.º 97001220 para a Aquisição de Equipamento de Impressão, cópia e Digitalização e Serviços de Manutenção) vimos, por este meio, enviar as nossas melhores condições para o eventual fornecimento de Equipamento Informático da L... ao abrigo do Acordo Quadro da ESPAP.

A L... concretizou em 2005 uma aliança histórica com a L... que é, actualmente, o fornecedor privilegiado de computadores pessoais de marca I....

A L... ocupa hoje a posição cimeira no mercado de computadores pessoais apresentando a maior taxa de crescimento a nível mundial. A aquisição, pela L..., do negócio de computadores pessoais da I... tem sido um sucesso. Os profissionais envolvidos na produção dos computadores pessoais ThinkPad e dos computadores de secretária ThinkCentre encontram-se actualmente integrados na equipa da L... - os engenheiros, as equipas de produção, os representantes de vendas e os parceiros de negócios tão largamente premiados.

A parceria recentemente estabelecida entre a B... e a L... permite-nos proporcionar soluções “end-to-end” aos nossos clientes que poderão assim beneficiar de um serviço de excelência baseado na capacidade de inovação e na qualidade garantidas pela I....

Esperando o vosso melhor acolhimento e ficando ao dispor para quaisquer esclarecimentos suplementares somos, (...)

APRESENTAÇÃO DA EMPRESA

(...)

IMPRESSORA MULTIFUNÇÕES LASER MONOCROMÁTICA L... MODELO MX622adhe (Pos. 1) MARCA: L... - PAIS DE ORIGEM: EUA - PART NUMBER: 36S0930

«Imagem no original»

- cfr. proposta constante do PA, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

H) Juntamente com a proposta Autora apresentou os seguintes documentos:

- a. Anexo III;
- b. Catálogo L... MX662ADHE;
- c. Certidão Permanente do Registo Comercial;
- d. Certificado_ EEE;
- e. Certificado PA;
- f. Declaração de Aceitação do Caderno de Encargos;
- g. Declaração de Garantia de Fornecimento;
- h. Certificado de registo de produtor de produtos abrangidos por fluxos específicos de resíduos, relativamente a equipamentos eléctricos e electrónicos;
- i. Certificado de registo de produtor de produtos abrangidos por fluxos específicos de resíduos, relativo a pilhas e acumuladores;
- j. Eco Declaration;
- k. L... Fleet Manager;
- l. L... Fleet Manager 2.0;
- m. L... Markvision Enterprise;
- n. Brochura relativa à L... série MX620;
- o. Certificado Ponto verde;

- cfr. documentos constantes da proposta da Autora junta ao PA, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

l) A 9 de Junho de 2020 foi elaborado o **relatório preliminar**, do qual se extrai o seguinte:

“(…)

6. Com vista à determinação do mérito das propostas admitidas, o júri procedeu à análise detalhada das mesmas e com base no critério de adjudicação previamente fixado, condições expressas no programa do procedimento propõe:

7. Excluir os seguintes concorrentes:

- K... Portugal, Unipessoal, devido a ter apresentado declaração de não apresentação de proposta.
- R... Portugal Unipessoal, Lda, devido a ter apresentado declaração de não apresentação de proposta.
- B... - Sistema de Escritório, Lda, devido a ter apresentado declaração de não apresentação de proposta.
- J...-Comercio de Equipamentos e Serviços, Lda, devido ao valor apresentado ter ultrapassado o valor base do procedimento e ter enviado, apenas, o Anexo I ao CCP.

8. Ordenar as propostas admitidas, como se segue, com base no critério de adjudicação do procedimento:

- 1.º B... - Informática e Telecomunicações, Lda;
- 2.º M..., Equipamentos Informáticos, Lda;
- 3.º I... - Inform. e Manutenção S.A.

9. Decorrido o prazo de audiência sem qualquer observação por parte dos concorrentes e não se verificando alteração superveniente, o teor do presente relatório deve ser considerado como relatório final para ser submetido ao Órgão competente para a decisão de contratar.

10. O presente relatório vai ser assinado pelos membros do Júri do procedimento.

- cfr. relatório preliminar constante de páginas 155 do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

J) A Contra-interessada, a 18 de Junho de 2020, apresentou pronúncia em sede de audiência prévia - cfr. documento de páginas 158 do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

K) A 24 de Junho de 2020, o júri do procedimento analisou a pronúncia apresentada e elaborou a acta n.º 4, da qual se extrai o seguinte:

“(…)

«Imagem no original»

(…)”

- cfr. páginas 161 do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

L) A 2 de Julho de 2020, a Autora emitiu pronúncia - cfr. páginas 122 do SITAF, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

M) A 7 de Julho de 2020, o júri do procedimento elaborou o **relatório final**, do qual se extrai o seguinte:

«Imagem no original»

- cfr. relatório final, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

N) Mediante deliberação do Conselho de Administração de 9 de Julho de 2020, foi homologado o relatório final e adjudicada a proposta da Contra-interessada - cfr. deliberação constante do PA, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;

O) **Os acessórios**, como sejam o disco rígido, os alimentadores de papel e o armário rodado são elementos destacáveis da impressora - cfr. **relatório pericial**;

P) **Os consumíveis** são elementos destacáveis, mas fungíveis, da impressora, sem os quais o equipamento não cumpre a quase totalidade das suas funções - cfr. relatório pericial;

*

Não se provaram outros factos com relevância para a boa decisão da causa.

*

IV.II - Motivação da Matéria de Facto

A convicção do Tribunal relativamente à matéria de facto resultou da apreciação crítica e conjugada de todos os meios de prova produzidos, nomeadamente, do teor dos documentos juntos aos autos, que submetidos a apreciação resultaram no acervo probatório documental que se encontra especificado nos vários pontos da matéria de facto.

Foi, ainda, levada em consideração a prova pericial produzida nestes autos [ver supra]. (...)»

II.2. De direito

i) Da extemporaneidade do recurso, por violação do prazo constante do artigo 147.º, n.º 1, do CPTA.

Em sede de contra-alegações a **Contrainteressada** M... veio suscitar a questão da extemporaneidade/intempestividade do recurso.

Vejamos.

A decisão recorrida foi proferida a 24.02.2021 – cfr. fls. 1177, ref. SITAF.

Da mesma foi enviado ofício para notificação para a RECORRENTE a 25.02.2021 - cfr. fls. 1221 a 1228, ref. SITAF.

O presente recurso deu entrada em tribunal a 18.03.2021 - cfr. fls. 1229, ref. SITAF.

Com a entrada do mesmo foi pago o montante de 102,00€ a título de multa - cfr. fls. 1232 e 1269, ref. SITAF.

Tal recurso foi admitido por despacho de 08.04.2021 - a fls. 1309, ref. SITAF -, despacho que não vincula este tribunal - cfr. art. 641.º, n.º 5, do CPC, ex vi art. 140.º, do CPTA.

Estando em causa um processo urgente - cfr. art. 36.º do CPTA - o prazo para a interposição de recurso da decisão recorrida é de 15 dias - cfr. art. 147.º, n.º 1, do CPTA - a contar da sua notificação, sendo que in casu a **Recorrente** se considera notificada a 01.03.2021 (segunda-feira) - cfr. art. 248.º, n.º 1, do CPC.

Resulta também que o presente recurso, tendo dado entrada em tribunal a 18.03.2021, já estavam decorridos - desde 16.03.2021 - os 15 dias previstos no art. 147.º, n.º 1, do CPTA, contados nos termos do art. 138.º, do CPC, ex vi art. 140.º do CPTA.

Não tendo sido pedida a reapreciação de prova gravada, a RECORRENTE não beneficiou do acréscimo de 10 dias ao prazo de interposição de recurso, previsto no art. 638.º, nº 7, do CPC.

Sendo que, e concluindo, ao abrigo do art. 139.º, n.º 6, do CPC, ex vi art. 140.º

do CPTA -, sempre a 18.03.2021, praticado que foi o ato no 2.º dia útil seguinte ao termo do prazo, foi devidamente acompanhado do pagamento da respetiva multa – cfr. art. 138.º, n.º 6, alínea c), do CPC.

Nestes termos e face a todo o exposto, improcede a invocada extemporaneidade do recurso.

ii) Do erro de julgamento em que incorreu a sentença recorrida ao ter julgado totalmente improcedente a ação, confirmando a decisão de exclusão da proposta da **Recorrente**.

Sobre esta questão, atentemos no discurso fundamentador da sentença recorrida:

«(...) da análise da cláusula 7.º do Programa do Procedimento, em concreto a alínea c) do n.º 2, é manifesto que, a Entidade Demandada exigia, que as propostas fossem instruídas com uma lista dos acessórios e consumíveis e respectivos preços unitários. Pelo que, independentemente dessa cláusula ser desproporcional em face do objecto do contrato - considerando, desde logo, o facto de a máquina fornecer [supostamente] de origem os acessórios, por exemplo - a verdade é que a Entidade Demandada fez essa exigência no Programa do Procedimento.

Sendo, aliás, discutível - veja-se o teor do relatório pericial - a necessidade dos acessórios e consumíveis deverem ser autonomizados - em lista discriminatória - considerando que, no que diz respeito aos acessórios, estes são complementos e completamente autónomos da máquina, tendo valor financeiro próprio. E por ser discutível essa necessidade, não é possível afirmar, in casu, que essa discriminação, considerando a circunstância dos acessórios poderem

ser fornecidos com a máquina [fazendo uso à expressão utilizada pela senhor perito, por serem acessórios que vêm dentro da caixa da máquina], era despicienda. Considerando, desde logo, a liberdade que é conferida às entidades adjudicantes de conformar as peças do procedimento.

E considerando que, in casu, não vem impugnada a legalidade da cláusula em questão, por exemplo, por ser desproporcional ao exigir essa discriminação para todo e qualquer equipamento, sem distinguir equipamentos que contenham todos os acessórios de fábrica, nem tão pouco é peticionada a anulação do acto de adjudicação, com fundamento na ilegalidade da norma, não é possível, face à própria redacção da cláusula e à exigência que é feita pela Entidade Demandada, aliada às conclusões vertidas no relatório pericial e à própria natureza, desde logo, dos acessórios da máquina, concluir pela sua desnecessidade de apresentar uma lista dos acessórios e consumíveis da máquina e respectivos preços unitários.

Questão distinta, é se essa circunstância é causa de exclusão da proposta, pese embora o programa do concurso comine a sua falta, com a exclusão da proposta. E a resposta dependerá da natureza dos documentos em causa.

Com efeito, resulta das disposições legais supra referidas que, as propostas devem ser acompanhadas pelos documentos que, em função do objecto do contrato a celebrar e dos aspectos da sua execução submetidos à concorrência, contenham os atributos com os quais os concorrentes se dispõem a contratar bem como os termos ou condições relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência [cfr. Artigo 57.º, n.º 1 alíneas b) e c)] e que se tal não suceder ou se dos documentos juntos não constarem algum dos atributos ou constarem atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou apresentarem termos ou condições não submetidos à

concorrência que violem aspectos da execução do contrato a celebrar ou que sejam impossíveis de avaliar em virtude da forma da apresentação dos seus atributos, as mesmas devem ser imediatamente excluídas [cfr. Artigos 70.º, n.º 2 alíneas a), b) e c) e 146.º, n.º 2 alínea d)].

E quanto a esta questão, se é verdade que os documentos em questão não constituem atributos da proposta - por não contenderem com aspectos submetidos à concorrência pelo Caderno de Encargos - constituem, no entanto, documentos exigidos pelo Programa do Procedimento que respeitam a termos e condições não submetidos à concorrência.

Com efeito, determina a Cláusula 1.ª n.º 3 do Caderno de Encargos que, são aspectos não submetidos à concorrência os que constam da cláusula 33.ª e seguintes da Parte II do caderno de encargos, os quais devem ser observados nas propostas, sob pena de exclusão.

Por seu turno, determina a Cláusula 33.ª, n.º 2 do Caderno de Encargos que, os equipamentos a fornecer, devem cumprir as especificações mínimas constantes do Anexo III - Requisitos Técnicos Obrigatório.

Já o Anexo III do Caderno de Encargos, corresponde a uma tabela com o título “Tabela de verificação do cumprimento dos requisitos”, do qual consta a lista de requisitos técnicos que a máquina a fornecer deve, obrigatoriamente, reunir [podendo aí ler-se, por exemplo, a necessidade de ter bandeja de papel e armário rodado; fazendo, igualmente, menção aos consumíveis, no que respeita, por exemplo, à sua monitorização e listagem dos próximos consumíveis necessários].

Perante o exposto, a conclusão é a de que, por se tratar de uma listagem com

acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento dos equipamentos a fornecer, e em face das cláusulas transcritas, constitui um documento que se reporta a termos e condições não submetidos à concorrência, considerando que a entidade adjudicante pretende que o equipamento reúna determinadas características e no que respeita aos consumíveis e aos acessórios, pretendeu que os mesmos fossem listados com os respectivos preços unitários, em documento próprio.

Nesta conformidade, e sob pena de exclusão, as propostas deveriam ser instruídas com esse documento.

Poderá admitir-se que, no caso de uma proposta que não tivesse essa informação autonomizada, isto é, num documento específico para esse efeito, mas a tivesse dispersa noutros documentos [donde resultaria que, materialmente essa informação estivesse na proposta, e a sua exclusão redundasse numa decisão excessivamente formalista], fosse o concorrente interpelado, ao abrigo do regime previsto no Artigo 72.º, n.º 3 do CCP, a suprir essa falta mediante a apresentação de um documento em que aglutinasse essa informação que, do ponto de vista material, já constava da proposta, mas de uma forma dispersa.

O mesmo se poderia cogitar, na eventualidade do preço apresentado, por posição, fosse possível aferir o preço unitário por acessório e por consumível [caso estes viessem devidamente discriminados], que a Entidade Demandada interpelasse a Autora para discriminar os preços unitários, considerando que, no essencial e no mais relevante, a proposta se manteria inalterável [salvaguardando, desta forma, os princípios da concorrência, da igualdade e da intangibilidade das propostas].

Ora, não é o que sucede no caso dos presentes autos.

Com efeito, pese embora a proposta da Autora seja instruída com o catálogo do equipamento que pretende fornecer, do qual consta as características e especificações técnicas do produto, a verdade é que, da mesma não constam os preços unitários por acessório a fornecer - pese embora seja possível a partir das características técnicas aferir quais são os acessórios propostos - assim como não constam quais os consumíveis a fornecer [apesar de ser fornecido o preço unitário por cópia para a posição 2], tal como exigido pela Entidade Adjudicante.

E, nessa medida, não é possível, neste caso, cogitar a aplicação do regime supra referido, isto é, de ter a Autora interpelada no sentido de suprir uma irregularidade, e apresentar o documento com a aglutinação ou organização de toda a informação que, do ponto de vista material, constava já da sua proposta.

Não lhe assistindo também razão, quando a afirma que a sua proposta está em linha com os esclarecimentos prestados, quando a Entidade Demandada, a propósito de uma questão que versa precisamente sobre o documento da alínea c), do n.º 2 do Artigo 7.º do Programa do Procedimento - “No artigo 7.º, n.º 2, alínea c), do programa de procedimento, é solicitada “Lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respectivos preços unitários”. 1. Pretende a entidade adjudicante a memória descritiva dos acessórios propostos, consumíveis necessários para o volume de impressão, a renda mensal relativa à “Posição 1” (com inclusão da componente de hardware e software) e custo de cópia relativo à “Posição 2” (componente de serviço)?” - responde expressamente que, se pretende não só o custo total ou o custo por posição [sendo que, a posição 1 corresponde ao fornecimento do equipamento e a posição 2 ao serviço de manutenção], mas também “os preços unitários por

posição”, esclarecendo, ainda, que o preço da posição 1, não se trata de um preço de renda, mas sim de aquisição de equipamentos; pelo que, sendo os acessórios da máquina um equipamento com valor económico autónomo, deveria ter sido fornecido à Entidade Demandada, não só o preço pela posição 1, mas também o preço unitário dos equipamentos a fornecer, ainda que os acessórios venham, alegadamente, com a máquina de fábrica [pois que, mesmo nesse caso, os acessórios têm expressão financeira própria].

Necessidade que parece ser de impor ainda mais neste caso, considerando que o relatório pericial aponta no sentido de o equipamento a fornecer pela Autora necessitar de equipamentos complementares - que não vêm de fábrica - para assegurar o cumprimento do determinado no caderno de encargos.

No que respeita aos preços unitários pela posição 2 - onde se incluem os consumíveis - ainda que o esclarecimento prestado pela Entidade Demandada aponte no sentido se tratar de um preço unitário por cópia - à pergunta “Quando é mencionado: “Lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respectivos preços unitários”. É nosso entendimento que a Entidade Adjudicante pretende o preço unitário de cópia/impressão a preto e branco visto que os acessórios e consumíveis estão incluídos no âmbito deste contrato. É correto o nosso entendimento?»”, responde “Correto, o custo da Posição 2 inclui todos os serviços e consumíveis.” - a verdade é que, ainda que a Autora cumpra com esse requisito, indicando o preço unitário por cópia, a verdade é que, não discrimina quais são os consumíveis [dizendo a apenas a páginas 7 da sua proposta que “Inclui serviços e consumíveis”, sem dizer quais].

Perante o exposto, a conclusão é a de que, ao contrário do que alega a Autora, a sua proposta não cumpre as exigências do programa do procedimento,

designadamente por não a instruir com um documento que o mesmo exigia, sob pena de exclusão, pelo que o acto impugnado, quanto a essa questão, não merece qualquer censura; improcedendo, por isso, o seu pedido principal. (...)».

Desde já se adianta que o assim decidido é para manter, embora com fundamentação não inteiramente coincidente. Vejamos porquê.

Não resulta controvertido que a A., ora **Recorrente**, não juntou à sua candidatura uma lista discriminada de acessórios e consumíveis tal como era exigido no art. 7.º, n.º 2, alínea b) do Programa do Procedimento – cfr. factos constantes das alíneas B) e G) e H) da matéria de facto supra e os termos dos articulados e alegações de recurso.

Controvertido está o facto de a proposta da A., ora **Recorrente**, 1) atendendo ao modelo de equipamento multifunções de impressão monocromática apresentado, integrar, intrinsecamente, todos os acessórios e se, esta, 2) ao ter apresentado o preço unitário de cada impressão, cumpriu a referida exigência de listagem dos consumíveis, por inútil que seria fazê-lo autonomamente.

Vejamos por partes.

Alega a **Recorrente** que o modelo de equipamento multifunções de impressão monocromática apresentado integra, intrinsecamente, todos os acessórios.

Nos autos foi realizada prova pericial – cfr. documento de 22.12.2020, a fls. 1115, ref. SITAF.

Quanto à listagem dos acessórios, o resultado obtido com esse meio de prova evidencia que «os acessórios, como sejam o disco rígido, os alimentadores de

papel e o armário rodado são elementos destacáveis da impressora» apresentada pela **Recorrente** - cfr. facto constante da alínea O) da matéria de facto, não impugnado.

Do mesmo relatório pericial constam ainda as seguintes conclusões:

«Imagem no original»

Quanto à listagem dos consumíveis, por seu turno, alega a **Recorrente** que, ao ter apresentado o preço unitário de cada impressão, cumpriu a referida exigência de listagem daqueles, por inútil que seria fazê-lo autonomamente.

Também quanto a esta questão respondeu o perito, resultando provado que os consumíveis «são elementos destacáveis, mas fungíveis, da impressora, sem os quais o equipamento não cumpre a quase totalidade das suas funções» - cfr. facto constante da alínea P) da matéria de facto, não impugnado, por referência ao relatório pericial.

Do mesmo relatório pericial constam, pois, as seguintes conclusões:

«Imagem no original»

Tendo presente o resultado da prova pericial realizada nos autos, e no pressuposto, não controvertido, de que a A., ora **Recorrente**, não apresentou com a sua candidatura ao concurso a «lista de acessórios e consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respetivos preços unitários», exigida pela alínea c) do n.º 2, do art. 7.º, do Programa do Procedimento, imperioso se torna concluir que que:

1. Falece o argumento de que a lista de acessórios necessários ao funcionamento do equipamento e respetivos preços unitários seria redundante, na medida em que fariam parte integrante do modelo de equipamento proposto, pois que resulta o contrário da prova produzida nos autos, no sentido de que tais acessórios, mormente o disco rígido, alimentadores de papel e armário rodado, são elementos destacáveis do referido modelo de equipamento, não sendo possível cumprir os requisitos do Caderno de Encargos sem os mesmos, e apenas através da respetiva discriminação seria possível aferir tal cumprimento – cfr. respetivas respostas às questões n.º 5 e 6, 2.º §, supra transcritas na presente decisão de recurso;

2. Já não falece o argumento de que a lista de consumíveis necessários ao funcionamento do equipamento e respetivos preços unitários, por se ser irrelevante, em virtude de se estar perante, nesta parte, de uma prestação de serviços, em que o preço e disponibilização destes se dilui no preço de cada impressão, tal como também resulta da prova pericial realizada nos autos - cfr. respostas n.º 5 e 6 supra transcritas.

Duas notas, porém, quanto a esta questão.

A **Recorrida** entidade adjudicante excluiu a proposta da **Recorrente** com o seguinte fundamento «por não ter apresentado memória descritiva dos acessórios propostos com inclusão da componente de hardware e software conforme exigido no concurso» - cfr. alínea K) da matéria de facto, sublinhados nossos.

Em causa está, portanto, a não apresentação de «memória descritiva dos acessórios propostos valorizada» - cfr. alínea M) da matéria de facto; sublinhados nossos – e não dos consumíveis, ao contrário do que considerou a

sentença recorrida, fazendo-se notar, apenas, que esta discriminação não se poderia considerar abrangida quer pela alínea b) do n.º 1 do art. 57.º do CCP, por não estar em causa nenhum atributo da proposta, mas também não pela alínea c) do n.º 1, do mesmo art. 57.º, em virtude de também não estar em causa nenhum aspeto relevante para a execução deste contrato de aquisição de equipamentos e de prestação de prestação de serviços, tendo presente que o critério de adjudicação escolhido foi o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, na modalidade de avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar – cfr. art. 14.º do Programa do Procedimento – por referência à alínea B) da matéria de facto.

Razões pelas quais e sem necessidade de mais amplas considerações, imperioso se torna concluir que a não enunciação individualizada dos acessórios necessários ao funcionamento do equipamento proposto pela A., ora **Recorrente**, e seus preços unitários, violou o art. 7.º n.º 2, alínea c), do Programa do Procedimento, que expressamente culminava tal falta com a exclusão e, bem assim, o art. 57.º, n.º 1, alínea c), e art. 70.º, n.º 2, alínea a), ambos do CCP, sendo de manter, embora com distinta fundamentação, a decisão recorrida.

iii) Do erro de julgamento em que incorreu a sentença recorrida ao não ter conhecido do pedido subsidiário formulado na ação – de exclusão da proposta da Contrainteressada -, por falta de interesse em agir da A. ora **Recorrente**.

Atentemos também, e antes de mais, no discurso fundamentador da sentença recorrida:

«(...) improcedendo o pedido de impugnação do acto de adjudicação,

mantendo-se, por conseguinte, a exclusão da proposta da Autora, esta carece de interesse em agir para peticionar a exclusão da proposta da Contra-interessada, na medida em que, da exclusão da proposta da Contra-interessada, considerando que a sua própria proposta foi, do mesmo modo excluída, não resulta qualquer vantagem para a Autora; designadamente, a adjudicação da sua proposta.

Nesse sentido vide, entre outros, Acórdão do STA de 27/01/2004, p. 1692/03, de 05/02/2013, p. 925/12, de 14/02/2013, p. 1212/12, Acórdão do TCAN de 20/02/2015, p. 2647/13.6 e Acórdão do TCAS de 08/11/2007, p. 03087/07, todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt.(...)».

Desde já se adianta que o assim decidido não é para manter. Vejamos porquê.

É certo que o interesse em agir se distingue da legitimidade, desde logo, porque esta precede aquela. O interesse em agir pressupõe que a parte tenha legitimidade, a legitimidade não supõe o interesse em agir (1).

Sobre esta questão já teve oportunidade de se pronunciar este tribunal de recurso, por acórdão de 21.03.2019, P. 317/18 e, mais recentemente, por acórdão de 30.04.2020, P. 848/18.0BESNT, nos seguintes termos:

« (...) MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO CADILHA ao afirmarem que " o interesse em agir não se pode ter como verificado com a constatação de uma qualquer situação subjectiva de dúvida ou incerteza acerca da existência do direito ou do facto ou com um interesse meramente académico de ver o caso definido pelos tribunais, exigindo-se uma situação de incerteza objectiva e grave, que resulte de um facto exterior e que seja capaz de trazer um sério prejuízo ao demandante, impedindo-o de tirar do seu direito a

plenitude das vantagens que ele comportaria" (...) " Este pressuposto exige, portanto, a verificação objectiva de um interesse real e actual, que se deverá traduzir na utilidade da procedência do pedido, e que se encontra interligado à ideia de economia processual" - COMENTÁRIO AO CPTA, 3ª Edição revista, 2010, pág. 260.

Significa isto que não basta a existência de legitimidade activa, sendo necessário que, no caso concreto, os aqui Recorrentes, retirem da lide alguma vantagem da procedência do pedido (...)».

Também o Supremo Tribunal Administrativo, em situações com particular acuidade para o caso em apreço, que não tem admitido recursos de revista de decisões que haviam decidido nos termos seguintes (2): «A autora intenta continuar a peleja jurídica porque, no fundo, quer ver anulado o acto de adjudicação, a exclusão da proposta da adjudicatária e a abertura de novo concurso com a concomitante concessão, para ela, de uma nova oportunidade de concorrer.

6. Cumpre sublinhar, em primeiro lugar, que embora com diferentes enquadramentos jurídicos, as instâncias convergiram na solução de pôr fim a esta acção, e fizeram-no de forma juridicamente razoável e sustentável, restando como bastante académica a questão de saber qual das duas fundamentações jurídicas deverá prevalecer.

É claro que a recorrente defende que nem uma nem outra, porque, apesar de excluída do procedimento de concurso, continua a ter legitimidade para impugnar a adjudicação e o tribunal o dever de a apreciar. Mas não será assim. Após a exclusão ela ficou fora do concurso, sendo remetida para a situação equivalente à de qualquer terceiro que nunca houvesse concorrido, e, à

semelhança desse terceiro, ela não está em condições de atacar o acto - interno ao concurso - que elegeu um dos opositores como adjudicatário.»

Neste pressuposto, e chamando agora à colação o direito e a jurisprudência europeia (3), por referência ao art. 1.º, n.º 1, 3.º §, e n.º 3, da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21.12.1989, com as alterações decorrentes da Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2007, ao declarar que o direito europeu deve 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.», importa ter presente que esta decisão recaiu sobre situação distinta da presente – pois que no aresto citado foi colocada uma questão relativa ao tratamento dos recursos – principal e subordinado - de exclusão recíprocos, ou seja, em que dois concorrentes, sendo um deles o adjudicatário, pugnam simultaneamente pela exclusão da proposta do outro -, como também esta jurisprudência, ao considerar «a admissibilidade do recurso principal não pode, sob pena de prejudicar o efeito útil da Diretiva 89/665, ser subordinada à constatação prévia de que também são irregulares todas as propostas que obtiveram uma classificação inferior à do proponente que interpôs o referido recurso. Esta admissibilidade também não pode ser submetida à condição de o referido proponente fazer prova de que a entidade adjudicante será levada a repetir o procedimento de contratação pública. Deve considerar-se que existência de tal possibilidade é suficiente a este respeito.» (sublinhados

nossos), não pode afastar a prova do contrário, ou seja, de que o benefício esperado é impossível (4), no sentido de que não se pode verificar, seja no procedimento em causa nos autos, seja noutro, designadamente, na sequência da abertura de novo concurso, particularmente, quando esta abertura não seja obrigatória – cfr. art. 79.º, n.º 1, alínea b), e n.º 3, a contrario, do CCP e art. 24.º, n.º 1, alínea b), do CCP.

Sobre este tema, **Vera Eiró**, em 2013, e a propósito da delimitação do interesse em agir no contencioso pré-contratual, aduziu, prudente e contextualmente, que «(...) A jurisprudência do TJ a que se fez referência não permite delimitar, com clareza, os contornos do requisito do «interesse em agir». Em todo o caso, parece-nos que das decisões citadas resulta que as Directivas Recursos impõem, pelo menos, que (i) os concorrentes/candidatos que não tenham sido excluídos de um procedimento possam impugnar as decisões tomadas em procedimentos de formação de contratos públicos, quando aleguem um interesse de facto na decisão final do processo de impugnação – não carecendo de fornecer ao tribunal a prova deste interesse de facto; (ii) os concorrentes/ candidatos excluídos possam impugnar a decisão relativa à sua exclusão; e (iii) os potenciais concorrentes possam impugnar as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes no âmbito de procedimentos de formação de contratos, conquanto o façam previamente à celebração do contrato. Não nos parece, portanto, que os Estados-membros possam interpretar as Directivas Recursos no sentido de que estas exigem a demonstração de uma efectiva lesão enquanto condição formal de intervenção junto da entidade competente para se pronunciar sobre o pedido. Por outras palavras, esta prova deve ser realizada, nos termos que referiremos adiante, enquanto requisito material relevante para a decisão do fundo da causa. Deste modo, entendemos que a expressão «pelo menos» deve ser lida como o intervalo inferior da configuração da legitimidade. Por outras palavras, pelo

menos estas pessoas devem poder requerer junto da instância competente os remédios consagrados nas Directivas Recursos. III. Perante o elemento literal das normas em análise, coloca-se a questão adicional de saber se a delimitação da legitimidade activa contemplada nas Directivas Recursos impõe não só uma «limitação inferior», mas também uma «limitação superior», no sentido de que apenas aqueles determinados operadores económicos poderão lançar mão dos especiais remédios. Da nossa perspectiva, esta «limitação superior» existe e é-nos fornecida pela aplicação do princípio da efectividade aplicado à luz da ratio das Directivas Recursos. Na verdade, e conforme deixámos já claro nos capítulos antecedentes, as Directivas Recursos dirigem-se à efectiva aplicação das directivas de direito substantivo. Este objectivo justifica a preponderância dos mecanismos de natureza processual e procedimental de tutela primária dirigidos à reposição da legalidade, bem como os curtos prazos de impugnação permitidos e, em certa medida, exigidos pelo regime de impugnação urgente estabelecido. À semelhança do que sucede com a determinação dos prazos, também uma regra demasiado generosa de legitimidade activa poderia contribuir não para a aplicação efectiva das directivas de direito substantivo, mas exactamente para o seu contrário. Permitir que os remédios consagrados nas Directivas Recursos possam ser accionados por qualquer pessoa – enquanto meros defensores da legalidade – irá, naturalmente, colocar em causa, por força dos necessários atrasos que estas impugnações suscitam no procedimento, a aplicação efectiva das directivas de direito substantivo. Nesta linha, devemos considerar que as Directivas Recursos prevêm e admitem que se limite o acesso aos tribunais para assim se estabelecer um quadro jurídico de confiança e de segurança no bom funcionamento do mercado interno. A legitimidade activa em contratação pública limita-se, portanto, àqueles que, dentre todos os cidadãos da União, apresentam um contacto mais intenso com aquela entidade adjudicante e com aquele objecto contratual, em particular (6). No acórdão Loutraki, o tribunal distinguiu a legitimidade activa em matéria de tutela

primária da legitimidade activa em matéria de tutela secundária. Neste contexto, o tribunal entendeu que o direito da União impõe a legitimidade activa de cada um dos membros de um concorrente, no sentido de que cada um dos membros do consórcio possa, de forma individual, ser ressarcido dos danos que efectivamente sofreu, enquanto a legitimidade activa para impugnar a decisão se mantém do concorrente (7). Da análise desta jurisprudência, poder-se-ia ser levado a crer que as Directivas Recursos impõem tão-só condições mínimas para aferir o interesse em agir e, consequentemente, a legitimidade activa. Sucede, porém, que, nos casos mencionados, os intervenientes apresentavam sempre uma especial relação com o procedimento. Não se pode, portanto, retirar desta jurisprudência a negação da ideia que veiculámos e que encontra o seu principal argumento na necessidade de garantir a efectiva aplicação das directivas de contratação pública e, nesta medida, no princípio comunitário da efectividade.» (sublinhados nossos).

Assim, e para **Marco Caldeira (8)** não há dúvida que «(...) no sempre delicado equilíbrio entre o acesso irrestrito à justiça e a imposição de limites processuais a esse acesso, o TJUE fez aqui inclinar a "balança" para o primeiro daqueles dois "pratos", o que tem potencialmente efeitos no (aumento do) número de litígios desencadeados e, a prazo, na (redução da) celeridade na obtenção da própria tutela requerida (9). (...) o que parece resultar da decisão do TJUE é que um concorrente tem legitimidade para impugnar a decisão de adjudicação mesmo que a sua própria proposta devesse ser excluída do procedimento pré-contratual em causa, bastando, aparentemente, que exista uma (pura e simples) possibilidade de a entidade adjudicante dar por findo o referido procedimento e, eventualmente, vir a dar início a um novo. (...)».

Assim como **Pedro Sánchez (10)** é revelador do alcance que se tem atribuído ao acórdão Lombardi (11), ao evidenciar que, este, «socorrendo-se da

formulação já constante do n.º 3, do artigo 1.º, da Directiva 89/665 e censurando uma solução que prejudicava a impugnação por quem havia apresentado uma proposta alegadamente padecedora de uma causa de exclusão e que o impedia de obter a exclusão de outros concorrentes, esquecendo que “cada um dos concorrentes pode alegar um interesse legítimo equivalente na exclusão da proposta dos outros, podendo levar a que se constate a impossibilidade de a entidade adjudicante proceder à selecção de uma proposta regular” (...) Em especial, no dizer desse aresto, o Tribunal tem de ter presente, para avaliar o interesse processual do impugnante, que, “no caso de o recurso interposto pelo proponente afastado vir a ser julgado procedentes, a entidade adjudicante pode decidir anular o procedimento e dar início a um novo procedimento de contratação pública por as restantes propostas regulares não corresponderem de forma suficiente às expectativas da entidade adjudicante”, o que reabre as hipóteses de o impugnante alcançar a adjudicação. Antes, já com este argumentário, cfr. Acórdãos de 04-07-2013 (Proc. C-100/12 – Fastweb) n.s. 28-33; e de 05-04-2016 (Proc. C-689/13 – PFE) ns 24-30.» (sublinhados nossos).

Face a todo o exposto, imperioso se torna concluir, numa interpretação conforme com o que decorre da Jurisprudência do TJUE em matéria de tutela jurisdicional nos procedimentos de formação de contratos públicos, que a **Recorrente**, então autora, tendo impugnado nos autos a decisão que a excluiu do concurso, tem interesse em agir para ver apreciada, também, a decisão de admissão ao mesmo das restantes propostas, designadamente, da proposta da adjudicatária, aqui contrainteressada e **Recorrida**, quando de tal apreciação possa resultar, em ato subsequente e designadamente, a exclusão de todas as propostas apresentadas.

De notar que, no caso em apreço, a decisão que excluiu a autora, aqui

Recorrente, do concurso não se tornou definitiva, na aceção que decorre do acórdão do TJUE, de 21.12.2016, P. C-355/15, pois que esta vem impugnada nos autos.

Assim, e seguindo a jurisprudência do TJUE, na senda do acórdão Lombardi SRL, que 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, imperioso se torna concluir que a sentença recorrida, ao ter decidido em sentido inverso, incorreu em erro de julgamento, pelo que deverá ser revogada no segmento impugnado que não conheceu do pedido subsidiário formulado nos autos, de exclusão das propostas das contrainteressadas.

Para o conhecimento de tal pedido, porém, verifica-se que a factualidade dada como assente na sentença recorrida é insuficiente.

Com efeito, dela não constam vários factos que são relevantes para a decisão, designadamente, os factos elencados nas conclusões 3 a 9 do recurso, sendo que estes factos, ao contrário do que pretende a **Recorrente**, não resultam indubitavelmente do relatório pericial – cfr. documento de 22.12.2020, a fls. 1115, ref. SITAF.

Na verdade, o perito, a fls. 3 deste relatório, diz expressamente que «No que entendemos ser a proposta dentro do elenco de documentos que foram disponibilizados pelo Tribunal - Fls. 190 a 198 e de Fls. 202 a 207 - não se encontram referências, nem a serviço de garantia nem a Kits de Manutenção e, consequentemente, nem aos respectivos custos unitários.

Acresce que não se encontra também referência específica ao componente de software. No entanto, do que antecede não se torna possível concluir, por um lado porque:

- os documentos que nos foram proporcionados aparentam estar desordenados, nalguns casos misturados com outros ou mesmo, eventualmente, até com folhas em falta,

e por outro

- porque até, a fls. 190, a Contra-Interessada M... insere uma alínea "i) L... " na sua lista de anexos, que é o nome de um componente de software, produto L..., que cumpriria as especificações do caderno de encargos.

Ainda assim, nada podemos concluir da mera indicação da existência de tal anexo à Proposta da Contra-Interessada M..., uma vez que não foi possível concluir, nem que o mesmo não foi apresentado no âmbito do concurso, nem que se trata apenas de não ter sido possível encontrá-lo entre os documentos proporcionados pelo Tribunal, sendo mesmo admissível que entre eles se não encontre.» - cfr. resposta 2.a), a fls. 3 e 4 do relatório pericial; sublinhados nossos.

Razão pela qual a factualidade que se encontra apurada é insuficiente - pois que nenhum facto referente à proposta da Contrainteressada consta do elenco dos factos provados e, bem assim, inexistem factos não provados pelo tribunal a quo - e até confusa - cfr. resulta dos termos do relatório pericial designadamente, da parte supra transcrita, sendo este meio de prova absolutamente determinante para uma boa decisão da causa, delimitado que

está o âmbito da ação nos termos supra expostos, em substituição.

Assim, impõe-se que seja ordenada a baixa dos autos, a fim de ser disponibilizada ao Senhor Perito a pen com o procedimento contratual integral, devidamente organizado e paginado – cfr. ordenado por despacho de 21.10.2020, a fls. 1061, ref. SITAF – para que o mesmo possa dissipar as dúvidas que identificou no respetivo relatório – designadamente, as supra transcritas-, assim se dando cumprimento ao disposto no art. 485.º, n.º 4, do CPC, ex vi art. 1.º do CPTA, proferindo-se nova decisão sobre a matéria de facto e de direito, se a tal nada mais obstar.

iv) Da condenação da **Recorrente** como litigante de má fé.

Reitera a **Contrainteressada** recorrida o pedido de condenação da **Recorrente** como litigante de má-fé. Não se percebe claramente se pretende seja revogada a decisão recorrida na parte em que julgou improcedente este pedido, se pretende que este tribunal de recurso proceda à peticionada condenação.

Porém, sempre qualquer um dos pedidos seria para improceder.

Na verdade, para que uma parte seja condenada como litigante de má-fé o art. 542.º n.º 1 do CPC, aplicável ex vi art. 1.º do CPTA, exige que tenha existido dolo ou negligência grave, por parte de quem tenha «deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar» (alínea a), «tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa» (alínea b), «tiver praticado omissão grave do dever de cooperação» (alínea c), ou, «tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da

verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão» (alínea d).

Ora, o que revelam os autos é que a A., ora **Recorrente**, está convencida de que a sua proposta foi erradamente excluída, pelo que deveria o ato de adjudicação ser anulado, pelos fundamentos que aduziu na petição inicial.

E, dúvidas não temos que, tal como se entendeu na sentença recorrida, que o recurso à via judicial em sede de acção e recurso não faz com que a A., ora **Recorrente**, esteja de má-fé, ou que tenha agido com negligência grave e, certamente, não existem indícios nestes autos de que tenha agido com dolo mas, tão só, convicta da sua razão.

Em face o que, improcede pedido de condenação da **Recorrente** como litigante de má-fé.

III. **Decisão**

Pelo exposto, acordam os juízes da secção do contencioso administrativo deste Tribunal Central Administrativo Sul em:

- i) conceder parcial provimento ao recurso;
- ii) revogar a decisão recorrida, na parte em que não conheceu do pedido subsidiário; e
- iii) ordenar a baixa dos autos a fim de se dar execução ao disposto no art. 485.º, n.º 4, do CPC, ex vi art. 1.º do CPTA, nos termos supra expostos, proferindo-se nova decisão sobre a matéria de facto e de direito, se a tal nada

mais obstar.

Custas pela **Recorrente** em 50% e pelo **Recorrido** e **Contrainteressada M...**, em 25% para cada.

Lisboa, 07.07.2021

Dora Lucas Neto

*

A relatora consigna e atesta, que nos termos do disposto no art. 15.º- A do Decreto-Lei n.º 10- A/2020, de 13.03., aditado pelo art. 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2020, de 01.05., têm voto de conformidade com o presente acórdão os senhores magistrados integrantes da formação de julgamento, os Senhores Desembargadores Pedro Nuno Figueiredo e Ana Cristina Lameira.

(1) V. sobre esta matéria, e designadamente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, O Interesse Processual na Acção Declarativa, Lisboa, 1989.

(2) Cfr. ac. STA, de 11.01.2019, P. 0860/18.9BELSB e de 29.10.2020, P. 01641/18.5BELSB, de onde se retirou a parte do texto supra transcrita; ambos disponíveis em www.dgsi.pt

(3) Sendo o aresto transcrito no texto, em parte, do ac. do Tribunal de Justiça de 05.09.2019, P. n.º C-333/18 (Lombardi SRL).

(4) Sobre este aspeto v. também MARCO CALDEIRA, Quão plena seve ser a

jurisdição no contencioso pré-contratual? – duas questões a propósito do acórdão Lombardi SRL: Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 5 de Setembro de 2029, Processo n.º C-333/18, Revista de Direito Administrativo, #9, setembro-dezembro, 2020, pg. 29, nota de rodapé n.º 52.

(5) In A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes. Fundamentos e pressupostos, Almedina, 2013, pgs. 496-498.

(6) No texto original, nota de rodapé 1263.

(7) No texto original, nota de rodapé 1264.

(8) Op. cit., pgs. 25 e 26

(9) No texto original, nota de rodapé 41: «Contudo, isto poderá não ser absolutamente linear, já que esta jurisprudência Lombardi Srl tem de ser compaginada com o acervo jurisprudencial anterior do TJUE, o que não deixa de obrigar à formulação de algumas ressalvas.

É que, por um lado, o Tribunal de Justiça já afirmou que o Direito da União Europeia ,é compatível com "uma legislação nacional (...) que não permite a operadores económicos interporem recurso contra as decisões da entidade adjudicante relativas a um procedimento de concurso no qual decidiram não participar devido ao facto de a regulamentação aplicável a este procedimento tornar muito improvável obter a adjudicação do contrato em causa" - pelo menos, se um tal entendimento não for "suscetível de afetar o direito dos operadores económicos em causa a uma proteção jurisdicional efetiva", o que "incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente apreciar de forma circunstanciada, tendo em conta todos os elementos pertinentes que caracterizam o contexto em que se inscreve o processo que lhe foi submetido" (cfr. o Acórdão de 28/11/2018, Processo n.º C-328/17).

Por outro lado, o TJUE também já se pronunciou no sentido de que o Direito da União Europeia "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 tomou 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" (cfr. o Acórdão de 21/12/2016, Processo n.º C-355/15).

Assim, a admitir-se que o Acórdão Lombardi Srl não veio, pura e simplesmente, fazer "tábua-rasa" de todo o histórico de decisões anteriores do TJUE em matéria de tutela jurisdicional nos procedimentos de formação de contratos públicos, o entendimento amplo vertido nesta decisão do Tribunal de justiça não parece obstar a que as legislações nacionais estabeleçam, dentro de certos limites, pressupostos processuais mais exigentes, v.g., impondo aos operadores económicos que tenham participado num procedimento pré-contratual, e tenham visto a sua proposta ser excluída pela entidade adjudicante, que impugnem a decisão de exclusão da sua própria proposta para que venha a ser-lhe reconhecida legitimidade e interesse em agir no que respeita à impugnação da decisão final de adjudicação proferida no procedimento.

A título complementar, acrescente-se ainda que o TJUE também já chancelou a exigência da prestação de caução por parte dos impugnantes, aceitando a validade de "uma regulamentação nacional (...) que subordina a admissibilidade dos recursos contra os atos da entidade adjudicante à obrigação de o recorrente constituir a garantia de boa conduta que essa regulamentação prevê a favor desta entidade, desde que a garantia seja restituída ao recorrente independentemente do desfecho do recurso" (cfr. o Acórdão de 15/09/2016, Processos apensos n.º C-439/14 e n.º C-488/14). (sublinhados nossos).

(10) In Direito da Contratação Pública, Volume II, AAFDL editora, 2020, pg. 863, nota de rodapé n.º 1110.

(11) Já supra citado, mas que aqui se identifica novamente para maior facilidade de referenciação – acórdão do TJUE de 05.09.2019, P. 333/18 – Lombardi SRL; na parte citada por este autor, v. n.ºs 22-29

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