



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

ACÓRDÃO N.º 6/2006 - 01.Fev.2006 - 1ªS/PL

Recurso ordinário n.º 1/2006

Processo n.º 1561/2005

1. A Administração pode actuar no exercício de poderes vinculados e no exercício de poderes discricionários;
2. O poder é vinculado quando a lei não remete para o critério do respectivo titular a escolha da solução concreta mais adequada; é discricionário quando o seu exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, que pode e deve escolher o procedimento a adoptar em cada caso como o mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere;
3. Só faz sentido falar em interesse público (ou no princípio da prossecução do interesse público), como parâmetro de actuação da Administração, quando esta actua no exercício de poderes discricionários; quando esta actua no exercício de poderes vinculados, o interesse público, como parâmetro de actuação da Administração, não adquire, em princípio, qualquer autonomia, uma vez que aquele se confunde com o cumprimento rigoroso dos pressupostos de facto e de direito da norma a aplicar;
4. O art.º 86.º, n.º 1, alínea d), do DL 197/99, de 8 de Junho, confere ao decisor público o poder-dever jurídico de, por ajuste directo, adjudicar o fornecimento de determinados serviços a um concreto fornecedor, quando aquele fornecimento, por motivos de aptidão técnica, só por aquele possa ser executado;
5. Ou seja, o acto adjudicatório é rigorosamente vinculado quanto ao critério de adjudicação;



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

6. É, por isso, errada a afirmação de que “a aptidão técnica” deve ser aferida em função do “interesse público tal como ele é definido pela entidade adjudicante”.
7. Verifica-se a previsão e a estatuição da alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º, do DL 197/99, quando, por razões de mercado, existe apenas uma única empresa tecnicamente habilitada a executar uma determinada prestação de serviços;
8. Não se verifica a previsão e a estatuição da alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º do DL 197/99, quando, por razões imputáveis à entidade adjudicante, existe apenas uma única empresa tecnicamente habilitada a executar uma determinada prestação de serviços.

Conselheira Relatora: Helena Ferreira Lopes



**ACÓRDÃO N.º 6 /06-01FEV2006-1.ª S-PL**

**RECURSO ORDINÁRIO N.º 1/2006**

**(Processo n.º 1 561/05)**

**1. RELATÓRIO**

O Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde – IGIF, inconformado com o Acórdão n.º 199/05, que recusou o visto ao contrato celebrado, por ajuste directo, com a sociedade “**Link Consulting, Tecnologias de Informação, S.A.**”, para aquisição de serviços referentes ao “Sistema de Conferência de Facturas de Medicamentos”, do mesmo veio interpor recurso, concluindo como se segue:

1ª Para efeitos do disposto na alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º do DL 197/99, os motivos de aptidão técnica (fundamento que está em causa no presente recurso) impõem que o objecto do contrato “apenas possa ser executado por um locador ou fornecedor determinado”. O que está em causa não é que o prestador seja o único, mas que para aquele contrato em concreto apenas ele possa prestar.

2ª A aferição desta aptidão técnica é feita em consonância com o interesse público prosseguido no caso concreto e não em abstracto;

3ª A Doutra decisão em recurso erra quando considera que o co-contratante da Administração não é o único em abstracto capaz de prestar aquele serviço, sem atender que em concreto o



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

projecto não poderia ser implementado sem o concurso da empresa.

O Ministério Público, em fundamentado parecer, pronunciou-se pelo improvimento do recurso.

Foram colhidos os vistos legais.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

**O Acórdão recorrido deu como assente a seguinte factualidade:**

- A)** Em Maio de 2003 o IGIF lançou um concurso limitado sem apresentação de candidaturas com vista à adjudicação de serviços de consultadoria para o desenvolvimento da solução informática de suporte ao sistema de conferência de facturas de medicamentos;
- B)** O contrato foi celebrado em 15 de Julho de 2003 com a empresa Link Consulting, Tecnologias de Informação, S.A.”, no valor de € 24.806,00, acrescido do Iva, pelo prazo de 2 meses;
- C)** Alegando o surgimento de novas necessidades para o projecto e o facto daquela empresa ser detentora do Know How técnico da aplicação desenvolvida o IGIF, em Setembro de 2003, decidiu continuar com a prestação de serviços da Link Consulting até Dezembro do mesmo ano, celebrando novo contrato, por ajuste directo, no valor de € 116.550,00;
- D)** De Janeiro a Dezembro de 2004 a empresa LINK continuou a prestar os serviços ao IGIF, tendo apenas em 02 de Novembro do



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

mesmo ano sido formalizado o respectivo contrato pelo valor de € 310.248,47;

- E)** Extrai-se dos autos que o IGIF (cfr. ofício do IGIF nº 11527 de 04.11.05) assumiu a responsabilidade pelo desenvolvimento do projecto, optando inicialmente por assumir, através dos seus técnicos, as tarefas consumidoras de maiores recursos, nomeadamente a especificação de requisitos funcionais e o desenvolvimento aplicacional, recorrendo apenas ao referido concurso para contratar consultores externos não subordinados para a realização de determinadas tarefas;
- F)** Através do contrato agora em apreciação pretende o IGIF entregar à LINK a gestão do projecto, a manutenção evolutiva e correctiva, o suporte técnico e o help desk;
- G)** O contrato foi celebrado em 31 de Maio de 2005, produz efeitos retroactivamente a 15 de Abril deste ano e vigorará até ao final do ano de 2005. Foi precedido de ajuste directo ao abrigo da alínea d) do nº1 do artº 86º do DL nº 197/99 de 8 de Junho, procedimento este ratificado por despacho de 08.03.2005 do Ministro da Saúde que autorizou igualmente a despesa e a adjudicação;
- H)** Confrontados os Serviços em sede de devolução do processo para justificar a presente contratação com base no ajuste directo veio o Presidente do Conselho de Administração do IGIF informar que as razões se encontram explanadas na Informação junta aos autos (sem data, nem número de identificação subscrita por um Assessor do Conselho de Administração do IGIF) sobre a qual o Ministro da Saúde em 08.03.05 exarou despacho de ratificação do procedimento e da qual se extrai o seguinte:



# Tribunal de Contas

*Direcção - Geral*

---

“A escolha dos serviços da Link Consulting no âmbito da implementação da aplicação informática de Conferência de Facturas de Medicamentos para 2004 mediante ajuste directo funda-se no facto de esta entidade deter uma aptidão técnica especial, que atendendo à sequência factual descrita, a torna como a única entidade em condições de realizar os serviços necessários à execução do novo sistema de conferência de facturas. Com efeito, durante o ano de 2003, procedeu-se ao desenvolvimento do 1º release do Sistema de Conferencia de Facturas de Medicamentos, usando uma arquitectura distribuída sobre uma infra-estrutura J2EE com base de dados e EAI Oracle. O desenvolvimento acima referido foi efectuado com um desenho detalhado que, por virtude da amplitude e especificidade do sistema, é intrinsecamente complexo, e o código produzido sobre classes reutilizáveis, de acordo com as mais avançadas boas práticas. Quer o desenho quer as classes de código reflectem o conhecimento funcional detido pela equipa, acumulado ao longo de trabalhos anteriores, quer ao abrigo do anterior contrato, relativo ao desenvolvimento deste sistema, quer de trabalhos correlacionados ao longo de mais de uma década. A execução de trabalhos no domínio da manutenção correctiva e evolutiva do sistema tem como pressuposto o conhecimento detalhado do desenho e das classes de código desenvolvidas, e também do conhecimento funcional do universo da aplicação.

Para além de um único elemento do IGIF envolvido na equipa de desenvolvimento do projecto, os elementos da equipa da Link são os únicos detentores do conhecimento sobre as classes de código, tabelas e estrutura das mesmas, interfaces, regras funcionais de validação e de processamento implementados no sistema que ultrapassam um milhar de objectos distintos, cuja gestão, manutenção e evolução requer conhecimentos técnicos integrados e específicos. Assim, a Link detém uma capacidade técnica que consideramos ser única para a realização da actividade de manutenção correctiva e evolutiva do sistema, sem a qual o tempo e o custo de aprendizagem por outra equipa técnica seriam injustificáveis e incompatíveis com a normal continuidade do projecto.



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

Adicionalmente, a execução assegurada pela Link durante o ano de 2003 das actividades de levantamento e redesenho de processo dotou complementarmente esta entidade com o conhecimento funcional e organizacional que, articulados com os conhecimentos técnicos anteriormente demonstrados, reforçam a sua unicidade na capacidade técnica para a execução atempada das actividades de formação, apoio à implementação e arranque no terreno, suporte à operação e Help Desk e Elaboração do plano de comunicação do projecto... “;

I) Confrontado novamente o IGIF pelo Tribunal sobre esta questão veio o Presidente do Conselho de Administração deste Instituto reiterar a posição anterior argumentando que *“A LINK no âmbito do processo de conferência de facturas é a única entidade que tem as competências, para sem interrupções, manter o sistema e proceder ao seu desenvolvimento como requerido.”* (a identificação da matéria de facto por alíneas é da nossa autoria).

## O DIREITO

**2.2.1. O Acórdão recorrido fundamentou a recusa de visto ao contrato em apreço com base nos seguintes fundamentos:**

- Da fundamentação do acto adjudicatório (alínea H) do probatório não se pode ter demonstrado que a adjudicatária *“é a única, por razões de aptidão técnica, apta a prestar os serviços em causa conforme o exigido pela alínea d) do n.º 1 do citado art.º 86.º”*;



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

- *“Não se demonstra a impossibilidade de outras empresas assegurarem este tipo de serviços”;*
- *“A norma invocada (alínea d) do n.º 1 do citado art.º 86.º) só permite a contratação por ajuste directo da entidade que, por razões de aptidão técnica, seja a única no mercado apta a prestar os serviços pretendidos”;*
- *“Estão em causa situações em que a abertura do concurso público não faria qualquer sentido porque apenas uma entidade reuniria a capacidade técnica para prestar os serviços, o que não se verifica na situação em análise”;*
- Não se mostra, por isso, justificado o recurso ao ajuste directo ao abrigo da norma invocada, nem de qualquer outra;
- A adjudicação, atento o seu valor, deveria ter sido precedida de concurso público (artigo 80.º, n.º 1, e art.º 191, n.º 1, ambos do DL 197/99, de 8 de Junho);
- *“A omissão de concurso público, quando obrigatório, consubstancia a falta de um elemento essencial que implica a nulidade do contrato – artigos 133.º, n.º 1, e 185.º, n.º 1, ambos do Código do Procedimento Administrativo”;*
- Nos termos do art.º 44.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 98/97, de 25 de Agosto, a nulidade é fundamento de recusa de visto.

**2.2.2. Da alegação de que o pressuposto “por motivos de aptidão técnica” – alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º do DL 197/99, de 8 de**



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

**Junho – deve ser analisado em concreto e em função do interesse público que a entidade adjudicante pretende ver satisfeito**

Diz o Recorrente:

*“A aferição da existência de uma única entidade capaz de prestar o serviço em questão é uma aferição que tem de obedecer a duas exigências ligadas entre si:*

- tem que ser uma aferição em concreto, isto é, para um conjunto de circunstâncias determinadas;*
- e conseqüentemente, tem que tomar como fim da contratação o fim do interesse público tal como ele é definido pela entidade adjudicante.”.*

Dispõe a alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º do DL 197/99, de 8 de Junho, na parte que agora nos interessa, que o ajuste directo pode ter lugar, independentemente do valor, quando, por motivos de aptidão técnica, o fornecimento dos serviços apenas possa ser executado por um fornecedor determinado.

De acordo com a interpretação que temos por correcta, este tipo de procedimento só estará legitimado quando a entidade adjudicante demonstre que só aquele concreto prestador de serviços está tecnicamente habilitado a executar o serviço pretendido.

Estamos, portanto, de acordo com a Recorrente, quando esta afirma que a aptidão técnica deve ser analisada em concreto e não em abstracto.



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

Com o que não estamos de acordo é com a afirmação de que “a *aptidão técnica*” deve ser aferida em função do “*interesse público tal como ele é definido pela entidade adjudicante*”.

A Administração pode actuar no exercício de poderes vinculados e no exercício de poderes discricionários. O poder é vinculado quando a lei não remete para o critério do respectivo titular a escolha da solução concreta mais adequada; é discricionário quando o seu exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, que pode e deve escolher o procedimento a adoptar em cada caso como o mais ajustado à realização do **interesse público** protegido pela norma que o confere <sup>1</sup>..

Ou seja, só faz sentido falar em interesse público (ou no princípio da prossecução do interesse público), como parâmetro de actuação da Administração, quando esta actua no exercício de poderes discricionários; quando esta actua no exercício de poderes vinculados, o interesse público, como parâmetro de actuação da Administração, não adquire qualquer autonomia, uma vez que aquele se confunde com o cumprimento rigoroso dos pressupostos de facto e de direito da norma a aplicar.

No caso em apreço, o legislador confere ao decisor público o dever jurídico de, por ajuste directo, adjudicar o fornecimento de determinados serviços a um concreto fornecedor, **quando aquele**

---

<sup>1</sup> Vide Prof. Freitas do Amaral, in “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, pág. 76.



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

**fornecimento, por motivos de aptidão técnica, só por aquele possa ser executado.**

**Ou seja, o acto adjudicatório é rigorosamente vinculado quanto ao critério de adjudicação.**

É, por isso, errada a afirmação de que “a *aptidão técnica*” deve ser aferida em função do “*interesse público tal como ele é definido pela entidade adjudicante*”.

\*

Vejamos, então, se da fundamentação do acto adjudicatório resulta que a entidade adjudicatária – a LINK – é a única que, em concreto, pode prestar e executar os serviços pretendidos pelo IGIF.

**Com relevância para a questão em apreço diz-se, no referido acto adjudicatório:**

“ (...)

*Para além de um único elemento do IGIF envolvido na equipa de desenvolvimento do projecto, os elementos da equipa da LINK são os únicos detentores do conhecimento sobre as classes de código, tabelas e estruturas das mesmas, interfaces, regras funcionais de validação e de processamento implementados no sistema que ultrapassam um milhar de objectos distintos, cuja gestão, manutenção e evolução requer conhecimentos integrados e específicos. Assim, a LINK detém uma capacidade técnica que consideramos ser única para a realização*



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

*da actividade de manutenção correctiva e evolutiva do sistema, sem a qual o tempo e o custo de aprendizagem por outra equipa técnica seriam injustificáveis e incompatíveis com a normal continuidade do projecto.*

*(...)*”.

O IGIF conclui que a LINK é a única entidade que detém capacidade técnica para a realização da actividade de manutenção correctiva e evolutiva do sistema.

Contudo, e salvo melhor opinião, não se nos afigura que as premissas de que o IGIF parte conduzam à conclusão a que chegou.

Na verdade, o que resulta daquelas premissas é que existem duas entidades detentoras “*do conhecimento sobre as classes de código, tabelas e estrutura das mesmas, interfaces, regras funcionais de validação e de processamento implementados no sistema que ultrapassam um milhar de objectos distintos, cuja gestão, manutenção e evolução requer conhecimentos técnicos integrados e específicos*”, a saber: a LINK, entidade adjudicatária, e um elemento do IGIF, ou seja, da entidade adjudicante.

**Portanto, das premissas fundamentadoras do acto adjudicatório não se pode concluir que a sociedade adjudicatária é a única detentora daqueles elementos e, por isso, que aquela prestação de serviços só possa ser executada por aquela sociedade.**

De resto, havendo um elemento do IGIF que é igualmente detentor do caderno de análise funcional e de especificações de requisitos, bem



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

como dos modelos de dados e da especificação do código desenvolvido, poderia o IGIF, entre outras hipóteses, com base naqueles elementos, lançar atempadamente um concurso público e, através deste, adjudicar a outra empresa, provavelmente com menos custos e sem quaisquer interrupções, o contrato objecto destes autos.

O ajuste directo, com o fundamento descrito, só é admissível porque o legislador entendeu que, havendo apenas uma empresa capaz de executar uma determinada prestação de serviços, a Administração não deveria recorrer a um concurso, por se saber à partida que só aquela empresa poderia ser admitida<sup>2</sup>. Esta é a *ratio* da norma.

Se a Administração cria ela própria as circunstâncias fácticas conducentes a uma situação em que só uma empresa lhe pode executar uma determinada prestação de serviços, então teremos de dar por inverificada a previsão e a estatuição da alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º, do DL n.º 197/99, de 8 de Junho.

## **Por outras palavras:**

- Verifica-se a previsão e a estatuição da alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º, do DL 197/99, quando, por razões de mercado, existe apenas uma única empresa tecnicamente habilitada a executar uma determinada prestação de serviços;
- Não se verifica a previsão e a estatuição da alínea d) do n.º 1 do art.º 86.º do DL 197/99, quando, por razões imputáveis à entidade

---

<sup>2</sup> Vide Margarida Olabazal Cabral, in “O Concurso Público nos Contratos Administrativos”, Almedina, 1997, pág.132



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

adjudicante, existe apenas uma única empresa tecnicamente habilitada a executar uma determinada prestação de serviços.

No caso dos autos, e conforme resulta do supra referido, não resulta da fundamentação do acto adjudicatório que a adjudicatária era a única empresa tecnicamente habilitada a executar aquela prestação de serviços, resultando antes que foi a própria adjudicante que, por razões a si imputáveis, criou as condições para que só aquela adjudicatária tivesse “*as competências, para sem interrupções, manter o sistema e proceder ao seu desenvolvimento como requerido*”.

Improcedem, nos termos supra expostos, as conclusões da alegação de recurso.

### **3. DECISÃO**

Termos em que se acorda em negar provimento ao recurso jurisdicional ora interposto.

São devidos emolumentos (n.º 3 do artigo do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio).

Lisboa, 1 de Fevereiro de 2006



# Tribunal de Contas

*Direcção-Geral*

---

Os Juízes Conselheiros

(Helena Maria Ferreira Lopes)

(José Luís Pinto Almeida)

(Lídio de Magalhães)

O Procurador-Geral Adjunto