



Tribunal de Contas

Revogado pelo Acórdão n.º 15/2015-PL, de 28/05/2015, proferido no recurso n.º 05/2015

Acórdão n.º 4/2015-03.Fev-1.S/SS

Processo n.º 2306/2014

Relator: Conselheiro José Mouraz Lopes

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I – RELATÓRIO

1. A Secretaria-Geral do Ministério da Defesa Nacional (SGMDN) submeteu a fiscalização prévia deste Tribunal um Contrato celebrado em 19.11.2014 (e com adenda celebrada em 15.12.2014) entre o Estado Português, representado pela SGMDN, e a SAP Portugal – Sistemas Aplicações e Produtos Informáticos, Sociedade Unipessoal, Lda. (SAP) para a aquisição de serviços de manutenção para licenças de software SAP para o Sistema Integrado de Gestão da Defesa Nacional (SIGDN), para o ano de 2014, pelo valor de € 1.045.846,92, acrescido de IVA.
2. A SGMDN juntou vários documentos e prestou esclarecimentos complementares visando uma melhor instrução do processo.

II – FUNDAMENTAÇÃO

3. Relevam para a decisão os seguintes factos evidenciados por documentos constantes do processo:



Tribunal de Contas

4. Em 20 de novembro de 2014 a SGMDN submeteu a fiscalização prévia deste Tribunal um Contrato celebrado em 19.11.2014 (e com adenda celebrada em 15.12.2014) entre o Estado Português, representado pela SGMDN, e a SAP Portugal – Sistemas Aplicações e Produtos Informáticos, Sociedade Unipessoal, Lda. (SAP) para a aquisição de serviços de manutenção para licenças de software SAP para o Sistema Integrado de Gestão da Defesa Nacional (SIGDN), para o ano de 2014, pelo valor de € 1.045.846,92, acrescido de IVA.
5. O contrato em apreço foi celebrado na sequência de procedimento de ajuste direto, com fundamento na alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, autorizado por Despacho de 29 de outubro de 2014, da Secretária de Estado Adjunta e da Defesa Nacional.
6. Para fundamentar a escolha do procedimento, consta da informação que serviu de suporte ao referido despacho de autorização de início do procedimento (informação n.º 2014-36197, de 23.10.2014), o seguinte:

“a execução do contrato a celebrar deve ser acompanhada de especiais medidas de segurança, considerando-se que estão em causa a defesa de interesses essenciais do Estado, porquanto:

 - a) *O Sistema Integrado de Gestão do Ministério da Defesa Nacional (SIGMDN) é responsável pela gestão dos processos logísticos dos Ramos das Forças Armadas Portuguesas, estando, intimamente ligado aos sistemas de suporte operacional específicos dos sistemas de armas;*
 - b) *Permite a gestão do processo de aquisição e manutenção dos equipamentos militares, incluindo a obtenção, armazenagem e distribuição de armamentos, sobressalentes e munições necessários a que os navios, aeronaves e carros de combate possam cumprir as suas missões;*
 - c) *Permite a gestão de todo o imobilizado da Defesa Nacional, incluindo o equipamento operacional, controlando quantidades, respetiva localização e estado operacional, o que é determinante para uma rápida projeção de forças em teatros de operações, o que permite garantir a segurança nacional, promovendo a*



Tribunal de Contas

operacionalidade do sistema de armas permitindo assegurar o garante de um bem supremo que é a salvaguarda da vida humana.

Ora, como se demonstrou, o SIG comporta/sustenta o sistema de controlo e comando, bem como o sistema de armas das Forças Armadas Portuguesas, armazenando, conseqüentemente, informações sensíveis referentes à operacionalidade das Forças Armadas, garante da segurança e expoente máximo da soberania nacional que, obviamente, exige, em sede de execução contratual, a adoção de medidas especiais de segurança na defesa de interesses essenciais do Estado.

Acolhendo e reconhecendo esta qualificação, foi aprovado, após parecer positivo da AMA (GPTIC), por despacho ministerial de 29/08/2013, o Plano Setorial de racionalização das TIC no MDN, enquadrando no seu Anexo A o Sistema Integrado de Gestão (SIG), na tipologia de sistemas específicos do MDN que implicam medidas especiais de segurança.
(...)

Assim, e atento o disposto no n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio, a contratação dos bens/serviços em apreço não carece de Parecer prévio da AMA, cabendo na previsão da alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, pelo que o procedimento a adotar para a formação do contrato será o ajuste direto, considerando, pelos fundamentos supra expostos que a submissão do presente contrato a um procedimento mais concorrencial poderia pôr em causa bens jurídicos essenciais que se visam acautelar, pelo que a liberdade de escolha do MDN, enquanto entidade adjudicante, está compreensivelmente limitada.”

7. Da mesma informação constam as circunstâncias que antecederam esta contratação:

- a. Por despacho de 19.05.2014 da Secretária de Estado Adjunta e da Defesa Nacional foi decidido dar início ao procedimento para a aquisição do serviço de manutenção de licenças SAP, por concurso público, com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, tendo sido fixado como preço base o valor de € 920.345,29.
- b. No âmbito desse procedimento não foram apresentadas propostas;
- c. A 29.07.2014, por despacho da Secretária de Estado Adjunta e da Defesa Nacional, foi proferido despacho de não adjudicação;
- d. Os pressupostos da aquisição bem como as cláusulas técnicas do caderno de Encargos mantiveram-se absolutamente inalterados no



novo procedimento, que deu origem ao contrato em apreço, tendo, no entanto, sido fixado o preço base no valor de € 1.045.846,92.

8. No âmbito do concurso público não foi apresentada qualquer proposta mas a SAP Portugal veio alegar nesse âmbito, designadamente, o seguinte: «A SAP não pode apresentar proposta no presente procedimento contratual, uma vez que o preço indicado no mesmo implica uma redução de 12% relativamente ao preço que a SAP apresentou para o mesmo objecto contratual no ano passado(...)».

9. Sobre o fundamento legal para que a execução do presente contrato seja acompanhada de medidas especiais de segurança, a SGMDN esclareceu:

“O presente contrato, encontra fundamento legal, para que a sua execução seja acompanhada de medidas especiais de segurança, no Plano de Ação Setorial das TIC no MDN, por enquadramento do mesmo no Anexo A, na tipologia de sistemas específicos do MDN que implicam medidas especiais de segurança, tendo nesse mesmo documento e em virtude dessa necessidade, sido excepcionado do disposto no Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio”.

10. Sobre o facto de para o mesmo objeto do contrato em apreço e no decurso do mesmo ano ter sido anteriormente efetuado um procedimento de concurso público, a SGMDN informa:

“Neste enquadramento, e não obstante se ter anteriormente optado pelo lançamento de um concurso público com publicidade internacional, a Secretaria-Geral, após um estudo mais aprofundado do SIGDN, considerou que o lançamento de um concurso público com publicidade internacional poderia pôr em causa bens jurídicos essenciais que é fundamental acautelar pelo que, entendeu estarem reunidos os requisitos e pressupostos que tornam legalmente admissível a escolha do Ajuste Direto como procedimento pré-contratual para aquisição dos bens/serviços em causa, considerando a natureza dos mesmos e os valores que encerram, como sejam a salvaguarda da vida humana e o cumprimento de outras missões que instrumentalizam a política externa do Estado Português, aliás, bens/serviços reconhecidos, no Plano Setorial de racionalização das TIC no MDN, como fazendo parte de um sistema enquadrado na tipologia de sistemas específicos do MDN que implicam medidas especiais de segurança (documento já enviado a esse Douto Tribunal)”.



Tribunal de Contas

11. A 04.11.2014, foi remetido, via e-mail, convite a apenas uma entidade.

12. Não resulta do despacho de abertura do procedimento, qualquer tipo de justificação para a escolha desta única entidade e para justificar a sua escolha a SGMDN esclareceu:

- a) *Que no procedimento de concurso público com publicidade internacional, cujo prazo para apresentação de propostas terminou no dia 8 de Julho de 2014, não foi apresentada qualquer proposta, tendo o interessado SAP Portugal sido o único a apresentar uma manifestação de vontade;*
- b) *A SAP é a empresa proprietária do software, oferecendo-nos assim toda a confiança e segurança técnica e jurídica na prestação dos bens/serviços de natureza essencial para a Defesa Nacional, enquadrados que estão os mesmos no Plano Setorial de racionalização das TIC no MDN como fazendo parte de um sistema enquadrado na tipologia de sistemas específicos do MDN que implicam medidas especiais de segurança;*
- c) *Enquadrados os serviços a prestar na previsão da alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, logo fundamentado o recurso ao Ajuste Direto;*
- d) *Que nos termos do artigo 112.º do CCP, o ajuste direto é o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, atentos os fundamentos expostos nas anteriores alíneas a), b) e c), entendeu a Secretaria-Geral convidar a entidade que maiores garantias lhe dava na apresentação de uma proposta que salvaguardasse os interesses nacionais vertidos na prestação dos bens/serviços a adquirir”*

13. Quanto às medidas concretas de segurança que serão adotadas, a SGMDN referiu que: *“sublinhando a especificidade, os requisitos de segurança, a classificação dos dados que processa, a sua criticidade e o intrínseco alto grau de disponibilidade, as medidas concretas de segurança na execução do presente contrato refletem-se no âmbito de um acesso restrito potenciado por um rigoroso controlo de acessos e por uma obrigação de sigilo previstas nos artigos 7.º e no n.º 4 do artigo 8.º do clausulado contratual”*. Sublinhou ainda que *“O SIGDN está suportado em infraestrutura de Tecnologias de Informação e Comunicações (TIC) alojada em espaço físico nacional sob jurisdição de*



Tribunal de Contas

entidades enquadradas administrativamente no Ministério da Defesa Nacional (MDN), e governada, gerida e administrada, diretamente, por elementos de nacionalidade portuguesa e com relação laboral em regime de exclusividade com entidades enquadradas administrativamente no MDN. No contexto do suporte ao sistema, o fornecedor acede a pedido do MDN e com autorização explícita, na infraestrutura administrada pelo MDN, durante o tempo estritamente necessário para a intervenção pretendida em cada momento. Tipicamente estes acessos são efetuados às plataformas de desenvolvimento e/ou teste, sendo que só esporada e residualmente, e sempre de forma controlada são atribuídas permissões efetivas ao fornecedor para aceder à plataforma de produção, sendo neste caso as suas ações permanentemente monitorizadas por elementos do MDN”

14. O preço contratual é coincidente com o preço base fixado pela SGMDN para o procedimento e 12% superior ao preço base definido para o procedimento de concurso público realizado anteriormente, com o mesmo objeto.

15. O contrato foi remetido para fiscalização a 20.11.2014, estando a produzir efeitos desde 01.01.2014.

16. O cabimento da despesa apenas foi efetuado em 17 de outubro de 2014 (fls. 140) e o necessário compromisso em 17 de novembro de 2014 (fls. 141 e 142), sendo certo que esses mesmos compromissos foram assumidos desde 1 de janeiro de 2014.

17. Sobre o início da produção de efeitos do contrato, a SGMDN alegou:

“Quanto à produção de efeitos materiais e considerando que falamos essencialmente do fornecimento de bens (licenças), que permitem a utilização de um software, contratos estes que são de execução continuada, e dada a natureza e especificidade do SIGDN, não se compadece o mesmo com quebras no fornecimento do serviço. Aliás, se o MDN enquanto utilizador das licenças SAP não mantiver continuamente os serviços de manutenção e, posteriormente, pretenda reativar o serviço, a SAP cobrará os montantes não pagos e correspondentes ao período de desativação, acrescidos de uma taxa de reinstalação. Assim, a Secretaria-Geral encontrou-se perante um motivo imperioso, por imposição do princípio da prossecução do



interesse público e da boa administração, na manutenção da produção dos efeitos materiais de um contrato, sob pena de, não o fazendo, os danos daí decorrentes causarem, sem sombra de dúvida, prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, bem como a consequente oneração do erário público. Mais se acrescenta que, dada a natureza e especificidade da prestação dos bens a adquirir que se refletem no direito de utilização de um software proprietário para um determinado período, não se pode falar em data concreta de início da execução material do contrato. O contrato pretende salvaguardar o direito de utilizar um software proprietário, que o MDN utiliza desde 2006, para um período concreto e que no caso em apreço é o ano de 2014. Tal como já foi referido, em anterior resposta a esclarecimentos desse douto Tribunal, todo o procedimento para aquisição destes bens/serviços foi iniciado no primeiro trimestre de 2014, tendo o mesmo sido arrastado até à presente data, por vicissitudes várias, nomeadamente na dificuldade que a Secretaria-Geral teve em fazer prevalecer o seu entendimento de que o que se pretendia adquirir não eram serviços mas sim bens, entendimento esse reconhecido por despacho n.º 3679/2014/SEAP, de 16 de Outubro de 2014 de Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Pública. Como anteriormente se disse, este é um contrato de execução continuada que não permite, de todo, quebras na sua prestação, não se compadecendo com a morosidade dos procedimentos administrativos. O contrato sub iudice visa a aquisição de licenças de utilização de um software de gestão integrada utilizado por todo o universo do Ministério da Defesa Nacional, incluindo os três ramos das Forças Armadas e o EMGFA, para um ano (1/01/2014-31/12/2014).”

Enquadramento jurídico

Da legalidade do procedimento pré contratual utilizado

18. Tem este Tribunal vindo recorrentemente a afirmar em jurisprudência pacífica e sedimentada, que só um procedimento pré-contratual vinculado a uma dimensão concorrencial efetiva, em todas as suas etapas, de modo a salvaguardar o princípio da igualdade e também da transparência pode concretizar o interesse público subjacente à contratação pública. Porque é este interesse público, nas suas várias dimensões, que consubstancia a finalidade de um procedimento pré-contratual (vejam-se, entre outros, os Acórdãos n.ºs



Tribunal de Contas

1/04 - 1ªS/PL, de 3/2, nº 16/06 - 1ªS/PL, de 14/03, nº 4/05 - 1ªS/PL de 2/2, nº 37/06 - 1ªS/PL, de 6/6 e nº 5/07 - 1ªS/PL, de 24/4, nº 5/2008 - 1ª S/SS de 22/01, nº 7 /2008 - 1ªS/PL de 8/04, nº 8 /2011 - 1ªS/PL de 12/04, nº16 /08 – 1ª S/PL de 11/11, nº 35/2008 - 1ª S/SS de 06/03 - , nº 45/11 -1ª S/SS de 07/06, nº 8/2011 – 1ªS/PL de 12/04, nº 4/12 - 1ªS/SS de 14/02, nº 13/2014 - 1ªS/SS, de 6/05, nº 27/2014 - 1ªS/SS, de 4/09 e nº 40/2014 – 1ª S/SS).

19. Exatamente por isso, o ajuste direto é, nos termos do CCP, uma modalidade excecional de procedimento pré-contratual assente em requisitos legais taxativos que limitam, a qualquer entidade adjudicante, a escolha daquele procedimento aos fundamentos estabelecidos.

20. O que decorre do regime normativo do ajuste direto é exatamente a necessidade da sua admissibilidade ser sempre restritiva e, naturalmente, ser muito controlada a interpretação dos requisitos legais que são exigidos quando se recorre ao referido procedimento. A afirmação de que se trata de uma «interpretação que não facilita», é hoje inequivocamente sustentada na jurisprudência uniforme no domínio do TJUE, conforme decorre dos acórdãos de 4 de junho de 2009 e de 2 de outubro de 2008, proferidos nos casos Comissão/Grécia e Comissão/Itália.

21. O contrato *sub judice* foi celebrado na sequência de procedimento de ajuste direto, ou seja no âmbito da modalidade excecional que está consagrada no CCP para a contratação pública.

22. O fundamento utilizado sustentou-se na alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, que estabelece a sua admissibilidade quando “*Nos termos da lei, o contrato seja declarado secreto ou a respetiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir*”.



23. O âmbito deste fundamento inclui três dimensões, conexas mas independentes. Desde logo os contratos que sejam classificados, por lei, como secretos [de que são exemplo os contratos outorgados ao abrigo de classificação nos termos da Lei Orgânica n.º 2/2014 de 6 de agosto, lei do Segredo de Estado, (anterior Lei n.º 6/94, de 7 de abril, vigente à data do início do procedimento)]. Em segundo lugar os contratos que, por lei, a sua execução deva ser acompanhada por medidas especiais de segurança (como é o caso de contratos cuja execução ocorra em áreas de acesso reservado). Finalmente os contratos efetuados para defesa de interesses essenciais do Estado, em situações concretas e devidamente fundamentadas.

24. A restrição normativa que sustenta a admissibilidade do ajuste direto na alínea f) do artigo 24º do CCP tem assim, uma dimensão *ope legis*, quando é a lei a impor a própria justificação para o procedimento de ajuste direto (como é o caso dos contratos que sejam classificados como secretos por razões de segredo de Estado, ao abrigo da lei ou a sua execução deva ser acompanhada por medidas especiais de segurança), e uma outra dimensão que obriga a uma fundamentação concretizada, adequada para legitimar o procedimento, nos casos de contratos efetuados para defesa de interesses essenciais do Estado.

25. Nas duas primeiras situações trata-se de razões relacionadas com o objecto do contrato enquanto na terceira [“quando a defesa dos interesses essenciais do Estado o exigir”] é o interesse público que está concretamente em causa.

26. No caso *sub judice*, a entidade contratante justifica o recurso ao ajuste directo com a argumentação seguinte:

O Sistema Integrado de Gestão do Ministério da Defesa Nacional (SIGMDN) é responsável pela gestão dos processos logísticos dos Ramos das Forças Armadas Portuguesas, estando, intimamente ligado aos sistemas de suporte operacional específicos dos sistemas de armas;



Tribunal de Contas

Permite a gestão do processo de aquisição e manutenção dos equipamentos militares, incluindo a obtenção, armazenagem e distribuição de armamentos, sobressalentes e munições necessários a que os navios, aeronaves e carros de combate possam cumprir as suas missões;

Permite a gestão de todo o imobilizado da Defesa Nacional, incluindo o equipamento operacional, controlando quantidades, respetiva localização e estado operacional, o que é determinante para uma rápida projeção de forças em teatros de operações, o que permite garantir a segurança nacional, promovendo a operacionalidade do sistema de armas permitindo assegurar o garante de um bem supremo que é a salvaguarda da vida humana(...). Acolhendo e reconhecendo esta qualificação, foi aprovado, após parecer positivo da AMA (GPTIC), por despacho ministerial de 29/08/2013, o Plano Setorial de racionalização das TIC no MDN, enquadrando no seu Anexo A o Sistema Integrado de Gestão (SIG), na tipologia de sistemas específicos do MDN que implicam medidas especiais de segurança. (...)

Assim, e atento o disposto no n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio, a contratação dos bens/serviços em apreço não carece de Parecer prévio da AMA, cabendo na previsão da alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, pelo que o procedimento a adotar para a formação do contrato será o ajuste direto, considerando, pelos fundamentos supra expostos que a submissão do presente contrato a um procedimento mais concorrencial poderia pôr em causa bens jurídicos essenciais que se visam acautelar, pelo que a liberdade de escolha do MDN, enquanto entidade adjudicante, está compreensivelmente limitada.”

27. Face a esta alegação importa por isso descortinar se os fundamentos alegados se enquadram em alguma das dimensões a que se refere o artigo 24º n.º 1 alínea f) do CCP.
28. No que respeita à primeira dimensão *ope legis* do artigo 24º n.º 1 alínea f) do CCP, referente ao carácter secreto do contrato, é desde logo de afastar, por via da própria alegação da SGMDN. O fundamento da «declaração de segredo de Estado» não está em causa nos autos.
29. Vejamos por isso se a «dimensão normativa» alegada pela SGMDN como justificativa da verificação dos requisitos para o ajuste direto está ou não devidamente sustentada.



30. Deve começar por referir-se que o Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio, que parece sustentar a justificação apresentada, veio criar um processo de avaliação prévia, obrigatório e vinculativo, dos investimentos especialmente relevantes com a aquisição de bens e serviços no âmbito das tecnologias de informação e comunicação (TIC) com o objetivo de garantir que apenas são financiados e implementados os projetos que garantem um real contributo para o desenvolvimento e modernização da Administração e apresentam uma estrutura de custos equilibrada e plenamente justificada pelos benefícios que permitirão alcançar.
31. No diploma regula-se o dever de informação e a emissão de parecer prévio relativos à aquisição de bens e à prestação de serviços no domínio das tecnologias de informação e comunicação, excepcionando a exigência daquele parecer prévio, a algumas situações e, com reflexo para o caso, nos termos do n.º 3 do artigo 1º do citado Decreto Lei às “(...)contratações cujo contrato seja declarado secreto ou a respectiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)”.
32. Por sua vez, ainda com relevância para o caso, o n.º 5 do mesmo artigo estabelece especificamente que “*não são objeto de parecer prévio as contratações de aquisição, de manutenção ou de evolução de sistemas operacionais críticos, cuja lista é aprovada por resolução do Conselho de Ministros*”.
33. Na concretização deste normativo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 48/2012 publicou a lista de situações concretas em que não é exigido aquele parecer prévio, por se tratar de sistemas operacionais críticos.



Tribunal de Contas

34. Ora, na lista publicada não consta o sistema SIG, em causa no presente contrato e, por isso, por esta via não pode a SGMDN justificar a condição legal que sustentaria uma admissibilidade ao regime do ajuste direto.
35. Não se verificando, por isso, aquela situação, importa atentar nas restantes exceções legais a que alude o artigo 3º do Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio. Assim, quanto à primeira exceção referida, - *contratações cujo contrato seja declarado secreto ou a respetiva execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, bem como quando a defesa de interesses essenciais do Estado o exigir, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)* - trata-se de uma remissão para as situações definidas no artigo citado do CCP. Ou seja, é preciso saber se, no caso em concreto, se verificam alguma das circunstâncias referidas para, só então, ocorrer fundamento para a não exigência de parecer.
36. A alegação do fundamento normativo em causa – o artigo 3º do Decreto lei n.º 107/2012 – não omite que se demonstrem e fundamentem as exigência de medidas especiais de segurança na execução do contrato ou a exigência da defesa de interesses essenciais do Estado. É isso que importa, apreciar.
37. O contrato em apreciação nos autos comporta a aquisição de serviços de manutenção para licenças de *software* para um conjunto de atividades não especificadas.
38. No que respeita ao segundo fundamento estabelecido na lei que permite adotar o ajuste direto nesse âmbito, que se traduz na justificação «da defesa de interesses essenciais do Estado», não está em causa no contrato em apreciação nem mesmo foi alegado ou sugerido pela SGMDN.



Tribunal de Contas

39. Quanto à exigência de medidas especiais de segurança, é referido pela SGMDN, como fundamento para o procedimento que *no Plano de Ação Setorial das TIC no MDN, por enquadramento do mesmo no Anexo A, na tipologia de sistemas específicos do MDN que implicam medidas especiais de segurança, tendo nesse mesmo documento e em virtude dessa necessidade, sido excecionado do disposto no Decreto-Lei n.º 107/2012, de 18 de maio.*
40. Ora, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2012, de 7 de fevereiro, que aprovou as linhas gerais do plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as TIC na Administração Pública, determinou que todos os ministérios deveriam apresentar os respetivos planos de ação setorial de racionalização das TIC, com vista à redução de custos e melhoria dos serviços.
41. Efetivamente aquela Resolução estabelece as linhas gerais do plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as TIC na Administração Pública, designado por plano global estratégico, apresentado pelo Grupo de Projeto para as Tecnologias de Informação e Comunicação (GPTIC) e que estão anexas àquela resolução dela fazendo parte integrante.
42. Do extenso programa de definição e racionalização dos programas de tecnologias de informação utilizadas pelo Estado, global e sectorial, e que tem em vista a redução de custos e melhoria dos serviços, nada se pode retirar quanto à questão em apreciação, nomeadamente a existência de uma justificação da razão para excecionar um procedimento às regras públicas da contratação. Nada é referido sobre isso nem daí se pode extrair qualquer consequência sobre essa matéria.(sublinhado nosso)
43. Pelo que também sobre este eventual motivo de exceção, não foi efetuada qualquer fundamentação minimamente sustentada para permitir a adoção do procedimento em causa.



Tribunal de Contas

44. Em síntese, não estão nem foram demonstrados os fundamentos que poderiam sustentar a adoção do procedimento de ajuste direto, a que se refere o artigo 24º n.º 1 alínea f) do CCP, em nenhuma das suas dimensões.
45. Finalmente, mas não com menos relevância, deve ainda referir-se que a argumentação utilizada pela entidade adjudicante, colide igualmente com o facto de para a mesma matéria ter sido decidido, em maio de 2014, através de um Despacho de um membro do Governo (despacho de 19.05.2014 da senhora Secretária de Estado Adjunta e da Defesa Nacional) dar início ao procedimento para a aquisição do mesmo serviço de manutenção de licenças SAP, por concurso público, com publicação no Jornal Oficial da União Europeia.
46. Processo que foi iniciado, publicitado e que soçobrou apenas por inexistência de interessados.
47. Recorde-se que os pressupostos da aquisição bem como as cláusulas técnicas do caderno de Encargos mantiveram-se absolutamente inalterados no novo procedimento, que deu origem ao contrato em apreço, com exceção do valor do preço base fixado que sofreu um incremento de 12%.
48. Não é de todo sustentável que num curtíssimo espaço de tempo se tenham alterado os fundamentos justificativos de um procedimento, ainda que sobre isso se refira que houve um *«estudo mais aprofundado do SIGDN, [que] considerou que o lançamento de um concurso público com publicidade internacional poderia pôr em causa bens jurídicos essenciais»* sem que, no mínimo se evidenciem o conteúdo desses estudos.
49. Deve ainda referir-se que não seria possível utilizar o fundamento sustentado no artigo 24º n.º 1 alínea a) do CCP, para fundar um novo ajuste direto, na



medida em que, conforme se refere em 14, o preço base fixado pela SGMDN é 12% superior ao preço base definido para o procedimento de concurso público realizado anteriormente, com o mesmo objeto.

50. Em síntese, deve concluir-se que não foi demonstrada qualquer justificação que sustenta o regime excecional do ajuste direto na contratação pública, por via da alínea f) do artigo 24º do CCP, o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44º alínea c) da LOPTC.

51. Acresce que inexistindo fundamento legal para a adoção do ajuste direto a coberto do citado preceito legal não estaria também dispensada a emissão de parecer exigido pelo Decreto lei n.º 107/2012, sendo a sua ausência geradora de nulidade do contrato nos termos do artigo 8º do mesmo diploma.

52. Esta situação é, também, fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44º n.º 1 alínea a) da LOPTC.

Sobre o convite a uma só entidade

53. No procedimento adotado por ajuste direto, a SGMDN optou por endereçar o convite somente a uma entidade que, naturalmente, viria a ser a adjudicatária.

54. Confrontada com tal situação a SGMDN veio referir, em síntese que por um lado «no procedimento de concurso público com publicidade internacional, cujo prazo para apresentação de propostas terminou no dia 8 de Julho de 2014, não foi apresentada qualquer proposta, tendo o interessado SAP Portugal sido o único a apresentar uma manifestação de vontade» e, por outro lado que convidou «a entidade que maiores garantias lhe dava na apresentação de uma proposta que salvaguardasse os interesses nacionais vertidos na prestação dos bens/serviços a adquirir».



Tribunal de Contas

55. O CCP permite, no seu artigo 112º, que a entidade adjudicante proceda ao convite a uma só entidade, mas isto apenas no caso do ajuste direto ser formal e substancialmente válido.
56. Como se referiu, no caso, o ajuste direto, sustentado nos fundamentos da alínea f) do artigo 24º do CCP, não é nem formal nem substancialmente válido, por falta de pressupostos legais que o permitem.
57. É certo que, segundo a informação trazida aos autos, nenhum interessado se apresentou ao concurso público lançado anteriormente, o que, em abstrato, poderia permitir, dentro de determinados condicionalismos, que se adotasse o ajuste direto, nos termos do artigo 24º n.º 1 alínea a) do CCP. No entanto, no caso concreto, a alteração efetuada ao caderno de encargos, nomeadamente pelo aumento do preço em 12%, não permitiria essa modalidade.
58. Tendo em conta os valores financeiros elevados em causa, o interesse público impunha um mínimo de concorrência, nomeadamente o convite a uma outra entidade com disponibilidade para apresentar propostas. O que não foi concretizado.
59. A violação de princípios básicos da contratação pública, nomeadamente o princípio da concorrência expressamente consagrado no n.º 4 do artigo 1º do CCP, impõe um juízo desfavorável, porque ilegal, a procedimentos como o utilizado na formação do contrato em apreciação por este Tribunal uma vez que colide com o regime jurídico estabelecido no CCP.
60. Quer a preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, quer o convite a uma única entidade, consubstanciam práticas ilegais suscetíveis de alterarem o resultado financeiro do contrato, o que implica, por si só a recusa do visto, nos termos do art. 44.º, n.º 3, al. c) da LOPTC.



Da eficácia retroativa do contrato

61. O contrato em apreciação nos autos foi outorgado a 19.11.2014 e foi remetido para fiscalização prévia a este Tribunal em 20.11.2014, estando a produzir efeitos desde 01.01.2014.
62. Os atos e contratos devem dispor para o futuro, admitindo-se como exceção a sua retroatividade. Nesse sentido o número 2 do artigo 287.º do CCP, dispõe que *“As partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos: a) Não seja proibida por lei; b) Não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à de formação do contrato”*.
63. Conforme tem sido jurisprudência pacífica deste Tribunal (veja-se entre outros o Acórdão nº 14/09 – 31.MAR -1ªS/PL) «em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroativa aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis da contratação».
64. A concreta retroatividade verificada está proibida por lei e consubstancia também uma restrição clara da concorrência garantida pelo disposto no CCP relativamente à formação do contrato. Ocorreu pois violação direta do disposto no nº 2 do artigo 287º do CCP.
65. Nos termos do artigo 81.º, n.º 2, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto *“os processos relativos a atos e contratos que produzam efeitos antes do visto são*



Tribunal de Contas

remetidos ao Tribunal de Contas no prazo de 20 dias a contar, salvo disposição em contrário, da data do início da produção de efeitos”.

66. Por seu turno, nos termos das disposições conjugadas constantes no artigo 45.º, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, os contratos cujo valor seja superior a € 950.000,00 não poderão produzir quaisquer efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade emitida pelo Tribunal de Contas, salvo se o contrato for celebrado na sequência de procedimento de ajuste direto por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, que não lhe sejam em caso algum imputáveis, e não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos previstos na lei.
67. Como se referiu, o contrato ora em apreço, embora celebrado em 19.11.2014, iniciou os seus efeitos em 01/01/2014, e foi remetido para fiscalização prévia em 20 de novembro de 2014, ou seja, muito para além do prazo limite estabelecido no artigo 81.º, n.º 2, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.
68. Atente-se, ainda, que face ao valor do contrato (€1.045.846,92) e ao disposto no artigo 45.º, n.º 4, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, o mesmo não poderia produzir quaisquer efeitos antes da decisão em sede de fiscalização prévia.
69. Contudo, parte substancial da prestação de serviços prevista no contrato já tinha sido executada à data da remessa do mesmo para efeitos de fiscalização prévia. Assim sendo, afigura-se que foi também violado o disposto no artigo 45.º, n.º 4, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.
70. Ora, tal situação indicia a prática de uma infração financeira geradora de responsabilidade sancionatória, à luz do que se dispõe na alínea h) do artigo 65º da mesma LOPTC, quando aí se prevê que a “*execução de contratos que*



não tenham sido submetidos a fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente obrigados”.

Do cabimento orçamental e compromisso

71. A alínea b) do nº 6 do artigo 42º e o nº 1 do artigo 45º da Lei do Enquadramento Orçamental (Lei nº 91/2001, de 20 de agosto, alterada pelas Leis nºs 2/2002 de 28 de agosto, 23/2003, de 2 de julho e 48/2004, de 24 de agosto, 48/2010, de 19 de outubro, 22/2011, de 20 de maio, 52/2011, de 13 de outubro, 37/2013, de 14 de junho) estabelecem que nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na respetiva dotação e compromisso orçamental.
72. A cabimentação e o compromisso orçamental têm de ser feitos antes da realização da despesa. Diz-se, aliás, no artigo 13º do Decreto-Lei nº 155/92, de 28 de julho, sob a epígrafe de “Registo de cabimento prévio” que “[p]ara a assunção de compromissos, devem os serviços e organismos adotar um registo de cabimento prévio do qual constem os encargos prováveis”. E diz o artigo 22º do mesmo diploma legal que “[a] autorização de despesas fica sujeita à verificação [de] (...): a) Conformidade legal; b) Regularidade financeira; c) Economia, eficiência e eficácia”.
73. Por conformidade legal «entende-se a prévia existência de lei que autorize a despesa, dependendo a regularidade financeira da inscrição orçamental, correspondente cabimento e adequada classificação da despesa.”
74. No caso em apreço, o cabimento da despesa apenas foi efetuado em 17 de outubro de 2014 e o necessário compromisso em 17 de novembro de 2014, sendo certo que esses mesmos compromissos foram assumidos desde 1 de janeiro de 2014.



Tribunal de Contas

75. . Ocorreu pois violação da alínea b) do nº 6 do artigo 42º e artigo 45º da LEO e dos artigos 13º e 22º do Decreto-Lei nº 155/92, de 28 de julho.
76. O mesmo se diga quanto ao registo do compromisso e à verificação da existência de fundos disponíveis para assunção do mesmo.
77. A LCPA (Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso: Lei nº 8/2012, de 21 de fevereiro, alterada pelas Leis nºs 20/2012, de 14 de maio, 64/2012, de 20 de dezembro, e 66-B/2012, de 31 de dezembro) veio estabelecer as regras aplicáveis à assunção de compromissos e aos pagamentos em atraso das entidades públicas. Ora a LCPA, na sua alínea a) do artigo 3º da LCPA refere que são “[c]ompromissos” as obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços”. E diz que “[o]s compromissos consideram-se assumidos quando é executada uma ação formal pela entidade, como sejam a emissão de ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, ou a assinatura de um contrato, acordo ou protocolo”.
78. O nº 3 do artigo 5º da mesma LCPA exige que seja emitido “um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda, ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos”. Tal emissão de número não ocorreu, nos presentes processos, no momento legalmente fixado, que seria, face à produção de efeitos do contrato reportada a 1 de janeiro de 2014.
79. O mesmo decorre do disposto no nº 3 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 127/2012, de 21 de junho, que determina: “Sob pena da respetiva nulidade, e sem prejuízo das responsabilidades aplicáveis, (...), nenhum compromisso pode ser assumido sem que tenham sido cumpridas as seguintes condições: a) Verificada a conformidade legal e a regularidade financeira da despesa, nos



Tribunal de Contas

termos da lei; b) Registado no sistema informático de apoio à execução orçamental; c) Emitido um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente”.

80. Em síntese, ocorreu, no caso, violação do n.º 3 do artigo 5.º da LCPA e do n.º 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, com as consequências nele prevista: a nulidade.

81. Tratando-se de normas de natureza financeira a sua violação constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44.º n.º 1 alínea b) da LOPTC. Acresce que a própria Lei n.º 8/2012, comina com «nulidade», como se referiu, a assunção de compromissos sem a comprovação da existência de disponíveis e o correspondente registo.

III - DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto nas alíneas a), b), c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, decide-se recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do disposto no artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).

O processo deve prosseguir para apuramento de eventuais responsabilidades.

Lisboa, 03 de fevereiro de 2015



Tribunal de Contas

Os Juízes Conselheiros,

José Mouraz Lopes, relator

Helena Abreu Lopes

João Figueiredo

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(José Vicente Almeida)