

Secção: 1ª S/PL  
Data: 2/05/2018  
Recurso Ordinário: 4/2018  
Processo: 3086/2017

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

TRANSITADO EM JULGADO EM 08-05-2018

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

## I – RELATÓRIO

1. A Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) interpôs recurso ordinário, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 1/2018 – 1.ª S/SS, de 9 de janeiro, que recusou o visto ao contrato de «Aquisição de Licenças de Software Oracle ou Equivalente, em Modelo Ilimitado e Serviços Conexos», celebrado, em 4.8.2017, entre essa entidade e «TIMESTAMP – Sistemas de Informação, S.A.», pelo valor de 4.081.000,00€ e pelo prazo de 3 anos, bem como à respetiva adenda outorgada pelas partes, em 19.12.2017, e pela qual se efetivou a alteração do preço contratual (para 3.599.000,00€) e do prazo (que passou a reportar-se a um período compreendido entre a data de aposição do visto e o dia 31/12/2019).
2. A recusa de visto fundamentou-se no disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo no Tribunal de Contas (LOPTC).
3. A AT apresentou as alegações constantes de fls. 14 a 28 dos autos, que aqui se dão por reproduzidas, onde formula as seguintes conclusões:
  - A. *O AQ-LS, ao contrário do que entende o douto Acórdão, prevê o modelo de aquisição de licenças de software adotado pelo procedimento em apreço e, por isso, o modelo em causa não consubstancia uma alteração substancial ao AQ-LS, logo não é violadora dos preceitos atrás referidos.*



- B. *O entendimento vertido no douto Acórdão não pode ser retirado das normas ali citadas, nem do confronto entre as peças procedimentais do AQ-LS e as peças procedimentais do procedimento aqui em apreço.*
- C. *O termo aquisição ilimitada de licenças não pode ser interpretado em sentido literal.*
- D. *Com efeito, do Convite à apresentação de propostas retira-se que é pretendida a aquisição de licenciamento para “os produtos Soa Suite Management Pack, Weblogic Suite Integration Pack e Weblogic Suite Management Pack e respetiva assistência técnica pós venda, constituída por suporte técnico (24 horas x 7 dias) e serviços que garantam a continuidade do produto (updates correctivos e updates dentro da mesma versão no decorrer do contrato)”.*
- E. *Todos aqueles produtos, sem exceção, encontram-se no AQ-LS, Grupo 1 – Software de Infraestrutura – Lote 13 – Application Servers, assim como no catálogo nacional de compras públicas com o código 15.31.013.01.*
- F. *Também é possível retirar daquele Convite que a AT, atualmente, “**tem cerca de 500 aplicações em produção**”, pelo que, só por aqui, já seria possível verificar que o licenciamento não seria ilimitado em sentido literal, pois seria limitado no tempo (duração do contrato), no número de licenças (uma vez que, no máximo, seriam adquiridas as licenças necessárias para aquelas aplicações) e no valor (valor máximo que a AT se dispôs a contratar).*
- G. *Assim, o conceito de modelo ilimitado referido nas peças deve ser entendido como modalidade de aquisição perpétua de licenciamento necessário para aquele número de “cores”, cfr. Artigo 2.º e 23.º do caderno de encargos do AQ-LS;*
- H. *Não há alterações substanciais do contrato de AQ-LS por vários motivos, desde logo o contrato subordinado manteve intocáveis as especificações técnicas do licenciamento de software previstas naquele AQ, sem exigir mais ou menos do que já era exigido e, dessa forma, sem desvirtuar a identidade do âmbito e objetivo perseguido pelo AQ.*
- I. *Tendo por pano de fundo a jurisprudência do TJUE e o artigo 313.º, n.º 1 e 2 do CCP, a jurisprudência dos tribunais portugueses tem entendido que são exemplos de alterações substanciais:*
- i. **A introdução de condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite;***
  - ii. A alteração que alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos, devendo convocar-se para este efeito as regras sobre a “adjudicação” de trabalhos a mais ou de serviços a mais (v. arts. 370.º e 454.º do CCP);*



- iii. A alteração que modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial; isto pode ser testado, procurando indícios de mau planeamento prévio do acordo-quadro ou de “descrição” excessiva, ou ainda de falhas na preparação técnica do acordo-quadro.

III – A alteração é substancial quando, por causa dela, pudessem ter surgido outros concorrentes se o procedimento original tivesse incluído as modificações; isto sem prejuízo de pequenas modificações assentes em boas razões ou assentes no programa original, incapazes de afetar a escolha feita no procedimento original.

- J. A AT não fez uso de condições diferentes das constantes no AQ, nem modificou o equilíbrio económico do contrato a favor dos cocontratantes (pelo contrário).
- K. Também tem entendido a jurisprudência que “a proteção da concorrência e do objetivo ou fim da concorrência prosseguido pelo contrato original (aqui, o acordo-quadro) exige identidade entre o âmbito da alteração e o âmbito da possibilidade de alteração; desvirtuada essa entidade ou distorcido ou ofendido aquele objetivo prosseguido pelo acordo quadro, há alteração substancial ou essencial.

*Essa identidade coincide com a neutralidade para os interesses dos potenciais proponentes no momento inicial ou num novo acordo quadro, isto fora das situações em que o acordo quadro preveja lícita e claramente meras adaptações ou simples alterações”.*

- L. Ora, não há nenhuma condição que pudesse ser alterada no procedimento da AT por forma a que fossem admitidos mais concorrentes ou tivessem sido apresentadas mais propostas, é o que resulta das declarações apresentadas pelos cocontratantes que não quiseram apresentar propostas por opção própria.
- M. Dessa forma, não estamos perante alterações substanciais, pois apenas serão alterações substanciais as que provoquem alterações das bases do apelo à concorrência para a adjudicação do acordo-quadro, designadamente através de uma das especificações e conteúdo das prestações ou das bases económicas iniciais que não é o caso.
- N. Por outro lado, também no douto Acórdão acaba-se por concluir, a final, que consegue chegar ao número de licenças a adquirir, quando afirma perentoriamente que: “a venda de um conjunto de licenças de software, em quantidade não especificada mas a concretizar segundo a fórmula «todas as que forem necessárias e de que se fizer download», com posterior contabilização, constituirá, em princípio, um objeto que se encontra suficientemente determinado”.
- O. Pelo que, no que diz respeito ao objeto do contrato celebrado pela AT, insere-se na modalidade de aquisição perpétua, uma das três previstas no AQ-LS, tal como resulta das declarações dos próprios cocontratantes.



- P. Os AQ estipulam preços máximos e não preços mínimos, conseqüentemente, as entidades contratantes ao abrigo daqueles, podem e devem estipular preços inferiores aos máximos de referência que ali constam, tendo em vista poupar o máximo possível os recursos públicos, nos exatos termos em que a AT fez ao estipular um preço muito inferior pelo licenciamento por “core” ao que está estabelecido no AQ-LS (como já foi demonstrado), não resultando dessa atuação uma alteração substancial do objeto contratual.*
- Q. De tal forma que não houve, por parte dos cocontratantes convidados, qualquer pedido de esclarecimento, nem tão pouco apresentaram alguma lista de erros ou omissões, tal como não impugnaram as peças, optando por deitar mão a qualquer dos meios procedimentais ou processuais que se encontravam ao dispor daqueles, no CCP, no CPA ou no CPTA e quando questionados sobre o motivo pelo qual não se apresentaram a concurso entregaram as declarações que agora se juntam como prova.*
- R. O que, por si só, já seria demonstrativo, da suficiente determinação do objeto contratual e conseqüentemente determinação do preço por unidade, logo em consonância com o artigo 257.º, nº 2 do CCP.*
- S. A interpretação correta a dar à expressão “excessivamente formalista”, uma vez que a AT pretendia apenas salvaguardar a possibilidade de obtenção de propostas com condições económicas mais vantajosas, isto é defendia que tinha/tem o direito de estabelecer, nos procedimentos concursais feitos ao abrigo de AQ’s preços de referência mais baixos.*
- T. O contrato celebrado pela AT está em conformidade com o AQ-LS, pois consideramos que está abrangido formal e materialmente por aquele AQ, discordando-se do Tribunal quando afirma que está à margem daquele, ao adotar um modelo contratual que lhe escapa, pois o modelo adotado pela AT encontra-se abrangido pela modalidade de licenciamento perpétuo, nos termos dos artigos 2.º e 23.º do AQ-LS.*
- U. Não podendo o Tribunal deixar de ter em conta que o entendimento da AT é partilhado pelo concorrente Timestamp – Sistemas de Informação, SA, assim como pelos cocontratantes habilitados a apresentar proposta para os produtos pretendidos, como resulta das declarações daqueles que seguem em anexo.*
- V. Assim, o procedimento adotado pela AT não pode ser considerado um procedimento equiparável a uma contratação direta, para efeitos do artigo 5º, nº4 do DL nº 37/2007.*
- W. Logo, a AT não era obrigada a pedir exceção à contratação fora do AQ-LS, conseqüentemente o contrato não sofre da nulidade constante no nº 6 daquele preceito legal.*
- X. Não se considerando um procedimento pré-contratual equiparável a uma contratação direta também não está ferido da nulidade prevista no artigo 284, nº 2, in fine.*



- Y. De igual modo, não havendo uma alteração substancial, não está em causa uma preterição do procedimento pré-contratual previamente exigido, consequentemente é inaplicável ao caso em concreto o disposto no artigo 161º, nº 2, al. l) do CPA, assim como o artigo 284º, nº2, 1ª parte do CCP.
- Z. O procedimento pré-contratual respeitou todos os princípios gerais do direito administrativo, particularmente os princípios da igualdade e da concorrência, especialmente aplicáveis à contratação pública.
- AA. Isso mesmo resulta das citadas declarações dos cocontratantes, que fazem parte do lote 13 do AQ-LS e que estavam habilitados a fornecer o licenciamento pretendido pela AT, nas quais se encontra sublinhado que **“embora reunissem todas as condições económicas e técnicas para apresentar proposta no procedimento em apreço”** optaram por não o fazer ou porque se prendeu **“com uma decisão de gestão interna”** ou **“decisões estratégicas (...) que, no último ano, tem orientado o seu foco de atividade para o mercado privado”**.
- BB. Sendo, os próprios concorrentes (cocontratantes habilitados) no mercado que afirmam não ter sido minimamente prejudicados com a adoção do procedimento em apreço, o qual se efetuou sempre subordinado ao procedimento original AQ-LS.
- CC. Pelo que se questiona: como e em que sentido os princípios da concorrência e da igualdade foram violados?
- DD. A resposta à dúvida colocada pelo Tribunal no ponto 23º do douto Acórdão, retira-se das citadas declarações do concorrente e cocontratantes que outorgaram o AQ-LS (em anexo), que estavam em condições de participar no procedimento e de negociar o concreto contrato aqui em apreço, isto é tinham a capacidade económica e técnica e os meios para o fazerem, só não o fizeram por opção.
- EE. A vantagem económica do modelo utilizado pela AT no procedimento é elevadíssima.
- FF. Pois, se a AT tivesse contratado o licenciamento ao preço máximo de referência constante no catálogo nacional de compras públicas tinha sido obrigada a efetuar um cabimento e subseqüente compromisso e despesa no valor de 87.397.645,44 Euros, porém utilizando o modelo em causa efetuou um cabimento de “apenas” 4.081.000,00 Euros, o qual ainda acabou por ser reduzido, mediante uma adenda ao contrato, para 3.599.000,00 Euros;
- GG. Dessa forma, a AT poupa ao Estado 83.798.645,44 Euros com o modelo adotado (caso venha a obter visto favorável), não se trata de uma mera hipótese, é um facto indesmentível.
- HH. Pelo que, a verificar-se uma alteração do “resultado financeiro do contrato”, seria sempre em benefício do Estado e sem prejuízo dos princípios basilares da contratação pública ou dos operadores de mercado.



*II. O preço base global apresentado no procedimento é o preço que a AT se dispôs a pagar pelas prestações que constituem o seu objeto, repetindo-se que a AT não estava obrigada a respeitar o preço máximo de referência, designadamente porque se tratava de um aspeto da execução do contrato a celebrar submetido à concorrência pelo caderno de encargos do AQ, podendo, por isso estabelecer um preço inferior aos dos catálogos (sendo certo que aqui constam os preços máximos que os fornecedores poderão apresentar).»*

4. Posteriormente, ao abrigo do disposto no artigo 99.º, nº 1 da LOPTC, o Ministério Público emitiu parecer considerando não assistir razão à recorrente, pelo que, no seu entender, deverá manter-se a decisão recorrida. E invoca como argumento para tal o facto de subscrever o entendimento de que se está, no caso concreto, perante uma alteração substancial das condições contratuais face ao estipulado no AQ-LS, baseando-se, para tal, em diversa jurisprudência do TJUE, nomeadamente o Acórdão Comissão/CAS SUCCHI DI FRUTTA, de 29.04.2004, ou o Acórdão PRESSETEXT, de 03.03.2008.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

### – DE FACTO

5. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto referida no Acórdão recorrido, de fls. 2 a 20, considerando-se, desse modo, como assentes e com relevância para o processo, para além do mencionado em 1., os seguintes factos:
  - a) O contrato em apreço foi celebrado por ajuste direto com consulta (mediante «Convite à Apresentação de Proposta») aos cocontratantes selecionados ao abrigo do «Acordo Quadro de Licenciamento de Software e Serviços Conexos» (AQ-LS), da «Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.» (ESPAP), e nos termos do respetivo «Caderno de Encargos», no segmento desse Acordo Quadro identificado por «Grupo 1 – Software de Infraestruturas – lote 13 – Application Servers», e subordinado ao critério do mais baixo preço, tendo sido apresentada proposta por um único concorrente, «Timestamp, S.A.» (documentos esses cujos teores se dão por integralmente reproduzidos);



- b) O procedimento em causa foi precedido da edição da Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2017, publicada in *Diário da República (DR)*, I, de 14/6/2017, na qual se produziram, nomeadamente, as seguintes considerações:

«A Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) adotou uma plataforma de Servidor Aplicacional em 2004 e uma Base de Dados desde 1996 com vista a disponibilizar aplicações aos contribuintes e aos funcionários da AT.

(...) a estratégia da AT para os sistemas de informação passa por uma consolidação de plataformas como forma de garantia da interoperabilidade dos sistemas, a fim de assegurar a inovação com aumentos de performance do serviço prestado na AT e para o contribuinte. (...)

No entanto, a plataforma aplicacional da AT, com cerca de 20 anos, sofre, há já algum tempo, de enorme pressão para dar resposta a um crescimento exponencial de novas funcionalidades, de dados, de armazenamento e de capacidade de aumento de sistemas e funcionalidades disponibilizadas e a disponibilizar.

(...) a AT considera necessária a celebração de um contrato de aquisição de licenças e suporte às mesmas, por forma a assegurar a consolidação de plataformas e a responder aos projetos prioritários para os próximos três anos, com uma redução significativa do investimento e do custo operacional e sem que haja limitação na sua utilização durante a vigência do contrato que se pretende celebrar.

Considerando o valor estimado da despesa, atendendo à complexidade e ao vasto âmbito de aplicação do modelo de licenciamento ilimitado pretendido, no montante de € 4 081 000,00, ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor, afigura-se necessária a celebração de um contrato que dará origem a encargos orçamentais em mais de um ano económico, concretamente a repartir pelos anos económicos de 2017 a 2019.»;

- c) E, na parte dispositiva da identificada Resolução do Conselho de Ministros, decidiu-se *resolver*, designadamente, o seguinte:



«1 - Autorizar a área governativa das finanças, através da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), a proceder à aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento de software Oracle ou equivalente, com suporte associado, para um prazo de três anos, enquadrável no período de 2017 a 2019, por recurso ao procedimento ao abrigo do Acordo-Quadro de Licenciamento de Software celebrado pela Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P., com consulta a todos os fornecedores acreditados no citado acordo-quadro, nos termos do artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (CCP), até ao montante de € 4 081 000,00, ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor.

2 - Determinar que os encargos orçamentais, resultantes do procedimento referido no número anterior, não podem exceder, em cada ano económico, os seguintes montantes, aos quais acresce IVA à taxa legal em vigor:

- a) 2017 - € 3 117 000,00;
- b) 2018 - € 482 000,00;
- c) 2019 - € 482 000,00. (...)»;
- d) No convite à apresentação de proposta, no seu artigo 19.º, fez-se consignar que o objeto do contrato é a «aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento até 31 de Dezembro de 2019»;
- e) No contrato sob fiscalização, na sua cláusula 3.ª, declara-se que «[o] prazo de execução do contrato é de 3 (três) anos contados a partir da data de produção de efeitos do mesmo, observados os trâmites exigidos pela Lei n.º 98/87, de 26 de agosto»;
- f) Nesse mesmo contrato, na sua cláusula 4.ª, respeitante ao preço contratual, indica-se como preço global o montante de 4 081 000,00 € e fez-se inscrever quadro que procede à repartição desse montante em valores correspondentes às licenças e aos *serviços conexos*, sendo que, quanto a estes, se detalham valores apenas para os anos de 2017, 2018 e 2019;





g) No âmbito do presente processo, já na sua fase jurisdicional, instou-se a entidade adjudicante a que «justifique e fundamente» os seguintes pontos:

«a) A observância, no procedimento adotado, das condições consagradas no Acordo Quadro de licenciamento de software e serviços conexos (AQ-LS) celebrado pela ESPAP, I.P., que esteve na base daquele, nomeadamente o disposto no seu art.º 24.º, n.º 2, nos termos do qual “o preço a propor nos procedimentos lançados ao abrigo do acordo quadro não pode ser superior ao preço máximo de referência estabelecido neste acordo quadro”, tendo ainda em consideração a previsão do art.º 258.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos;

b) A observância, no procedimento adotado, das condições consagradas no AQ-LS que esteve na base daquele, tendo em consideração que neste não se prevê a modalidade de aquisição de licenças em “modelo ilimitado” e isto tendo em consideração o estatuído no art.º 257.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos;

c) Os termos em que se procederá à verificação do cumprimento do contrato, nomeadamente atento o facto de neste não se prever um número concreto de licenças a fornecer;

d) A validade do contrato, em face da indeterminabilidade do seu objeto, considerando que não se prevê, no mesmo, um número concreto de licenças a fornecer nem a possibilidade da determinabilidade desse número, tendo em consideração o estatuído no art.º 96.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos e o art.º 280.º, n.º 1, parte final, do Código Civil.»;

h) Em resposta às questões suscitadas pronunciou-se a entidade adjudicante, no essencial, nos seguintes termos:

– quanto à matéria da al. a):

**«i. O disposto no artigo 24.º, n.º 2, do Caderno de Encargos:**

*Conforme resulta do artigo 1º do convite à apresentação de proposta ('Convite'), em anexo, sob a epígrafe "Objeto e identificação do procedimento", o contrato a celebrar tem por objeto a aquisição de licenças de Software Oracle*



ou equivalente, em *modelo ilimitado*, e serviços conexos, ao abrigo do Grupo 1 - Software de Infraestrutura - lote 13 - Application Servers do AQ-LS (...).  
Pela execução de todas as prestações que integram o objeto contratual a entidade adjudicante estabeleceu como preço base do procedimento, nos termos do artigo 20.º do Convite, o valor de € 4.081.000,00 (quatro milhões e oitenta e um mil euros), repartidos da seguinte forma:

| Modelo ilimitado de aquisição de licenças |                              |              |  |             |           |                |                       |                       |                       |
|---|------------------------------|--------------|--|-------------|-----------|----------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------|
| AQ-LS                                     |                              |              |  |             |           | Preço          |                       |                       |                       |
| Grupo de Lotes                            | Lote                         | N.º acordo   | Designação comercial do produto/licenças | Métrica     | Qte       | Licenças       | Serviços conexos 2017 | Serviços conexos 2018 | Serviços conexos 2019 |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura      | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Soa Suite Management Pack                | Processador | ilimitada | 500.000,00 €   | 70.000,00 €           | 70.000,00 €           | 70.000,00 €           |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura      | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Weblogic Suite Integration Pack          | Processador | ilimitada | 1.195.000,00 € | 248.000,00 €          | 248.000,00 €          | 248.000,00 €          |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura      | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Weblogic Suite Management Pack           | Processador | ilimitada | 940.000,00 €   | 164.000,00 €          | 164.000,00 €          | 164.000,00 €          |

Por sua vez, no âmbito do Acordo Quadro que precedeu o Procedimento, haviam sido estabelecidos como preços máximos de referência para as prestações que se pretendem contratualizar os seguintes valores (conforme consta do Catálogo Nacional das Compras Públicas - 'CNCP' - do site da Espap, I.P.(...)):

| Aquisição licenças por core - Preços CNCP |                    |   |
|---|--------------------|---|
| AQLS - 15.31.013.42                       | Preço das licenças | Preço dos serviços de assistência pós-venda (APV)/ano |
|   | Preços Unitários   |   |
| Soa Suite Management Pack                 | 71.997,00 €        | 15.839,34 €   |
| Weblogic Suite integration Pack           | 78.998,00 €        | 17.379,56 €   |
| Weblogic Suite Management Pack            | 47.996,00 €        | 10.559,12 €   |

(...) para efeitos de apuramento do preço base deste concreto Procedimento, e tendo em conta que está em causa a aquisição de software Oracle, a AT procedeu à consulta prévia do fabricante por forma a efetuar uma estimativa das suas reais necessidades em termos de licenciamento ao longo do período



de execução contratual, e, bem assim, o seu impacto financeiro. Nessa sequência, foram apuradas as seguintes necessidades por cada tipologia de licenciamento de software:

- ✓ Soa Suite Management Pack- 100 processadores;
- ✓ Weblogic Suite integration Pack - 106 processadores;
- ✓ Weblogic Suite Management Pack - 224 processadores.

Tendo em conta que:

(i) no AQLS a unidade utilizada para definição do preço das licenças em causa foi o "core", i.e., que o preço máximo de referência se encontra estabelecido na métrica "preço por core";

e que

(ii) para efeitos do software Oracle, cada processador corresponde a dois "cores" (2 CPUS);

as estimativas das reais necessidades da AT traduzem-se, na prática, e na linguagem do Acordo Quadro, em cerca de 860 "cores".

Neste quadro, cruzando o preço máximo de referência estabelecido no CNCP para cada uma das modalidades de licenciamento em causa com as necessidades previsíveis da AT, a mesma antecipou um previsível resultado financeiro inoportável para a estrutura da AT, conforme se pode observar infra:

| Aquisição licenças por core - Preços CNCP |                   |  |                    |                 |   |                 |   |
|---|-------------------|--|--------------------|-----------------|---|-----------------|---|
| AQLS - 15.31.013.42                       | N.º Processadores | N.º cores físicos (cada processador = 2 cores) | Preço das licenças |                 | Preço dos serviços de assistência pós-venda (APV)/ano |                 | Preço total: licenças + serviços assistência pós-venda (3 anos) |
|   |                   |  | Preços Unitários   | Preços Totais   | Preços Unitários                                      | Preços Totais   |   |
| Soa Suite Management Pack                 | 100               | 200  | 71.997,00 €        | 14.399.400,00 € | 15.839,34 €   | 3.167.868,00 €  | 23.903.004,00 €   |
| Weblogic Suite integration Pack           | 106               | 212  | 78.998,00 €        | 16.747.576,00 € | 17.379,56 €   | 3.684.466,72 €  | 27.800.976,16 €   |
| Weblogic Suite Management Pack            | 224               | 448  | 47.996,00 €        | 21.502.208,00 € | 10.559,12 €   | 4.730.485,76 €  | 35.693.665,28 €   |
|   |                   |  | Total              | 52.649.184,00 € | Total   | 11.582.820,48 € | 87.397.645,44 €   |

Perante este cenário, e após avaliação financeira e tecnológica das aplicações em produção na AT (cerca de 500, cfr. artigo 18.º do Convite), conclui-se pela



*necessidade de recondução das necessidades aquisitivas da AT a um modelo de licenciamento ilimitado, que permite uma redução significativa do investimento da AT sem qualquer limitação na utilização dos licenciamentos necessários. Deste modo, a abertura do procedimento e subsequente celebração de contrato e realização de despesa foram autorizados através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2017, de 18 de maio.*

*Face à análise do enquadramento supra, a AT considera que tal permite concluir que o procedimento pré-contratual em análise respeita estritamente todas as condições do AQ-LS, designadamente, no que ora releva, o artigo 24.º, n.º 2, do Caderno de Encargos, em anexo (...).*

*Com efeito, tendo em conta o preço máximo de referência fixado no AQ-LS e o número estimado de cores que serão adquiridos pela AT, para cada tipologia de licenciamento, é possível constatar que os preços por core praticados no âmbito do Procedimento são consideravelmente inferiores aos preços máximos de referência estabelecidos no âmbito do Acordo Quadro e constantes do CNCP, conforme se passa a demonstrar:*

| Aquisição licenças por core - Preços do Procedimento |                   |  |                    |                |   |                |
|--|-------------------|--|--------------------|----------------|---|----------------|
| AQLS - 15.31.013.42                                  | N.º Processadores | N.º cores físicos (cada processador = 2 cores) | Preço das licenças |                | Preço dos serviços de assistência pós-venda (APV)/ano |                |
|  |                   |  | Preço Total        | Preço Unitário | Preço Total   | Preço Unitário |
| Soa Suite Managment Pack                             | 100               | 200  | 500.000,00 €       | 2.500,00 €     | 70.000,00 €   | 350,00 €       |
| Weblogic Suite integration Pack                      | 106               | 212  | 1.195.000,00 €     | 5.636,79 €     | 248.000,00 €  | 1.169,81 €     |
| Weblogic Suite Managment Pack                        | 224               | 448  | 940.000,00 €       | 2.098,21 €     | 164.000,00 €  | 366,07 €       |

*Assim consideramos demonstrado que a aquisição das licenças em "modelo ilimitado" vem satisfazer as necessidades de interesse público subjacentes ao Procedimento por um preço muito inferior ao preço máximo de referência estabelecido no AQ-LS, respeitando inteiramente o disposto no artigo 24.º, n.º 2 do Caderno de Encargos.*

**ii. O disposto no artigo 258.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos:**

*Dispõe o artigo 258.º, n.º 2, do Código que "o conteúdo dos contratos a que se refere o número anterior deve corresponder às condições contratuais*



*estabelecidas no acordo quadro, não sendo necessária a elaboração de um caderno de encargos". Ora, os contratos a que se refere o artigo 258.º, n.º 1, são os "contratos a celebrar ao abrigo de acordos quadro celebrados na modalidade prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º".*

*Por sua vez, a modalidade de acordos quadro prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º do CCP reconduz-se àqueles celebrados "com uma única entidade, quando neles estejam suficientemente especificados todos os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo que sejam submetidos à concorrência pelo caderno de encargos".*

*Diferentemente, o AQ-LS enquadra-se na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo, ou seja, de acordos quadro celebrados "com várias entidades, quando neles não estejam totalmente contemplados ou não estejam suficientemente especificados os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo que sejam submetidos à concorrência pelo caderno de encargos."*

*Deste modo, à celebração de contratos ao abrigo do AQ-LS é aplicável, como indica o próprio artigo 21.º do Caderno de Encargos do AQ-LS, o artigo 259.º do CCP que tem por objeto, justamente, os acordos quadro celebrados na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 252.º do CCP.*

*Pelo exposto, consideramos que ao presente procedimento pré-contratual não é aplicável o disposto no artigo 258.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, não sendo assim legalmente possível proceder à análise de conformidade solicitada.»*

**– quanto à matéria da al. b):**

*«Nos termos do artigo 257º, nº 2, do Código dos Contratos Públicos, "da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos".*

*Ora, salvo melhor opinião, do contrato a celebrar ao abrigo do Procedimento conduzido pela AT não resultam quaisquer alterações substanciais que possam colocar em causa a legalidade do procedimento, designadamente por força da adoção de um modelo de aquisição de licenças ilimitado.*

*(...)*



*No presente Procedimento (...) [A] todos os cocontratantes foram convidados a apresentar proposta para o fornecimento de licenças de software Oracle e serviços conexos integrantes do Grupo 1- Software de infraestrutura - lote 13 - Application Servers do AQ-LS, respeitando todas as especificações técnicas e parâmetros base do AQ-LS original.*

*Em suma, a única diferença que é possível encontrar no presente Procedimento diz respeito ao modo de apresentação do preço por parte da entidade adjudicante e, conseqüentemente, por parte das entidades cocontratantes do Acordo Quadro. Já que, ao invés de ser fixado um preço base por licença é fixado, pelas razões supra explicitadas, um preço global pelo fornecimento ilimitado das mesmas licenças objeto do AQ-LS.*

*Este diferente modelo de fixação do preço contratual permite e destina-se tão somente a responder de forma adequada às necessidades de interesse público que o contrato a celebrar visa satisfazer, não constituindo uma alteração substancial das condições consagradas no AQ-LS, já que:*

- i. São respeitadas pontualmente todas as especificações técnicas do Acordo Quadro;*
- ii. São observados todos os parâmetros base fixados no mesmo Acordo;*
- iii. O preço máximo de referência estabelecido para cada licença de software conforme publicado no Catálogo Nacional das Compras Públicas está longe de ser ultrapassado;*
- iv. Não há qualquer perturbação ou distorção da concorrência gerada a montante no AQ-LS.*

*Efetivamente, no que respeita este último ponto importa ressaltar que, não obstante a configuração de modelo ilimitado de licenciamento adotada, a concorrência que se gerou no AQ-LS não resulta minimamente beliscada, por várias ordens de razão.*

*Em primeiro lugar, todos os cocontratantes dos licenciamentos objeto do Procedimento foram convidados a apresentar proposta, nos mesmos exatos termos e condições, tendo tomado conhecimento do enquadramento das necessidades aquisitivas da AT e do número estimado de aplicações em produção para as quais seria necessário o licenciamento Oracle (cfr. artigo 18.º do Convite). Aliás, em rigor, uma vez que se trata de um software fornecido exclusivamente por este fabricante, qualquer um dos cocontratantes que*



*necessariamente o contactasse para efeitos de apresentação da proposta teria conhecimento das necessidades (muito) aproximadas de licenciamento da AT. Quer-se com isto dizer, em resumo, que este modo de fixação do preço contratual global não configura qualquer risco inoportável na esfera dos cocontratantes convidados a apresentar proposta, antes se reduzindo a um risco marginal já que a todos os concorrentes é disponibilizado um referencial das necessidades tecnológicas da AT, desde logo no artigo 18.º do Convite.*

*Em segundo lugar, o facto de não se encontrar prevista, à partida, esta específica configuração de modelação das obrigações contratuais em nada conduziu à restrição original da concorrência gerada no âmbito do procedimento de formação do AQ-LS, muito pelo contrário, já que a mesma constituirá, em tese, um modelo de negócio com menos potencial de rentabilidade para os cocontratantes privados.*

*Assim, as circunstâncias do concreto Procedimento permitem concluir, com toda a segurança, não só pela irrelevância dessa previsão no AQ-LS quanto ao conteúdo das propostas apresentadas pelos concorrentes, como ainda que a mesma não teve qualquer influência no que respeita a um eventual condicionamento da participação (afluência) dos operadores económicos no mercado, não configurando, nessa medida e na prática, qualquer "alteração substancial para efeitos do disposto no artigo 257.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos.*

*Por último, parece à AT que, em qualquer caso, a abordagem do que se deva entender por "alteração substancial no contexto de um Acordo Quadro deverá sempre comportar uma certa margem de flexibilidade, desde que respeitados os princípios da estabilidade das regras concursais, da boa-fé e da tutela da confiança. Na verdade, não deverá ser acolhido um entendimento excessivamente formalista que conduza (obrigue) as entidades públicas adquirentes a adquirir de modo mais oneroso produtos que poderiam ser fornecidos de forma economicamente mais racional e vantajosa se aproveitadas as dinâmicas de mercado e de concorrência geradas em torno dos produtos integrantes dos Acordos Quadro em vigor. Uma tal visão introduziria uma rigidez tal nos acordos quadro que ameaçaria a utilidade económica e a sustentabilidade Jurídica do regime de contratação centralizada instituído pelo*



*Sistema Nacional de Compras Públicas, prejudicando, em última análise, o interesse público que norteou originalmente a sua formação.*

*(...)*

*Do mesmo modo, e não se verificando, no caso concreto, qualquer compressão dos princípios da concorrência, transparência e imparcialidade, nem tão pouco a alteração das regras do AQ-LS, consideramos que não deverá ser vedado à entidade adjudicante proceder à aquisição do licenciamento num modelo ilimitado que melhor se adequa às necessidades de interesse público que o Procedimento visa acautelar.»*

**– quanto à matéria da al. c):**

*«Se bem entendemos a questão, o Tribunal de Contas pretende verificar de que forma a entidade adquirente poderá controlar, ao longo da execução contratual, que lhe serão fornecidas tantas licenças quantas a mesma necessitar.*

*Ora, neste ponto particular não se oferece qualquer dificuldade à AT já que, aquando da adjudicação, são registados e instalados os produtos adquiridos sem qualquer restrição de utilização. Concretizando, é conferido um código único à entidade adquirente (o customer supporter identifier, 'CSI') o qual permitirá à AT, através de um portal disponibilizado especificamente para o efeito, proceder ao download de tantas licenças quantas necessitar, sem qualquer limitação. O mesmo se aplicando no que se reporta a atualizações dos programas, designadamente de segurança.*

*Ou seja, os produtos e a sua utilização estarão na inteira disponibilidade da AT ao longo de todo o período de execução contratual, não suscitando qualquer obstáculo à verificação do cumprimento do contrato o facto de não se encontrar pré-determinado um número fechado de licenças a fornecer.*

*Não obstante, a contagem das quantidades de licenciamento em uso será realizada de modo a [...], designadamente, em caso de auditoria do fabricante, a AT não se encontrar em situação de sub-licenciamento.»*

**– quanto à matéria da al. d):**

*«Nos termos do artigo 96.º, n.º 1, alínea c) do CCP, deverá fazer parte integrante do objeto do contrato, sob pena de nulidade "a descrição do objeto".*





*Por sua vez, o artigo 280.º, n.º 1, parte final do Código Civil, estabelece que "é nulo o negócio cujo objeto seja (...) indeterminável. Queria o Tribunal de Contas, com a enunciação destas normas, apontar o risco de nulidade do contrato a celebrar caso o respetivo objeto fosse considerado potencialmente indeterminável.*

*Todavia, os artigos 1.º e 19.º do Convite estabelecem de forma taxativa e absolutamente determinada o objeto contratual: "o objeto do contrato que se pretende celebrar é a aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento até 31 de dezembro de 2019 para os produtos Soa Suite Management Pack, Weblogic Suite Integration Pack e Weblogic Suite Management Pack e respetiva assistência pós-venda, constituída por suporte técnico (24 horas x 7 dias) e serviços que garantam a continuidade do produto (updates corretivos e updates dentro da mesma versão no decorrer do contrato)".*

*A esta luz, a única indeterminação, em sentido legalmente impróprio, que se verifica (ainda que apenas num momento inicial) diz respeito, única e exclusivamente, ao número de licenças que, ao longo do período de vigência do contrato, serão descarregadas e utilizadas pela AT. No entanto, esta circunstância em nada afeta a determinabilidade do objeto do Contrato, que se encontra perfeitamente recortado e delimitado e que é justamente esse: a possibilidade de utilização por parte da AT, nas condições e por um preço previamente estipulados, de tantas licenças quantas desejar. De qualquer forma, ainda que não se entendesse que o objeto se encontra (pré)determinado, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que apenas se consideram nulos os negócios jurídicos de objeto indeterminável, mas não os de objeto indeterminado. Ou seja, "o negócio jurídico só é nulo por indeterminabilidade do seu objeto – art.º 280.º do CC – se este, no momento da celebração daquele, não for apenas indeterminado mas for indeterminável, i.e., se no futuro e atempadamente, na economia do gizado pelas partes, não puder ser individualizado ou fixado nos seus termos e limites. Assim, no momento da sua constituição a lei não exige que o objeto esteja já determinado. Importa é que, nesse momento, ele possa ser determinável no futuro e atempadamente em função dos contornos negociais gizados pelas partes.*



*Neste contexto, "a determinabilidade subsequente terá de advir da existência de um critério objetivo, legal ou negocial, que permita estabelecê-la, ou seja, que permita fixar ou estabelecer o conteúdo da prestação ou demarcar/individualizar o seu objeto e respetivos termos e limites.*

*Ora, como já foi supra referido, existirá sempre uma contagem do número exato de licenças em utilização por parte da AT o que, embora não se considere de todo essencial para efeitos de se considerar o objeto contratual em causa determinável, permite certamente afastar qualquer dúvida do Tribunal de Contas quanta a uma eventual indeterminabilidade do negócio jurídico em virtude da ausência de um número fechado de licenças a disponibilizar à AT.*

*Perante o que vem referido, não se vislumbra, no caso vertente, uma qualquer indeterminabilidade do objeto do contrato celebrado entre as partes.*

*Antes pelo contrário ele qualifica-se, senão desde logo determinado – no sentido de conter o conteúdo da prestação individualizado – pelo menos claramente determinável. Por conseguinte, consideramos inexistir o apontado vício negocial, não subsistindo qualquer facto gerador de nulidade contratual.»;*

- i) Subsequentemente, e num segundo momento, foi determinada à entidade adjudicante a prestação de esclarecimentos adicionais, de modo a que:

«a) Esclareça qual a efetiva duração do contrato, tendo em conta que:

i) Nos termos do art.º 23.º do Convite o prazo de execução do contrato é de três anos a contar da data da sua assinatura;

ii) Na proposta é indicado que o prazo de execução do contrato é de três anos a contar da data da sua assinatura, mas também se refere que "(...) inclui a aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento até 31 de dezembro de 2019 (...)";

Justificando a divergência na fixação do prazo de execução e explicando como se compatibiliza com o prazo de três anos;

E justificando, também, como se compatibiliza o fornecimento ilimitado de licenças e com o pagamento do preço a 100% do valor das licenças no ato de disponibilização das mesmas.

b) (...) esclareça, também, a data de disponibilização das licenças, esclarecendo como se procederá caso venham a ser disponibilizadas no futuro (em virtude do fornecimento em modelo ilimitado) licenças ou se o pagamento está a ser



efetuado sem a disponibilização das licenças que venham a ser necessárias no período de execução do contrato.

- c) Justifique que o contrato estipule o prazo de 3 anos a contar da data de produção de efeitos observada a LOPTC na cláusula 3ª e no quadro da cláusula 4ª estabeleça valores idênticos para os anos de 2017 a 2019, não prevendo qualquer valor para 2020.»;
- j) Em resposta a esse pedido de esclarecimentos, veio a entidade adjudicante informar que tinha, entretanto, outorgado *adenda* ao contrato em referência, datada de 19/12/2017, e pela qual se procedeu a alterações do valor (para 3 599 000,00 €) e do prazo (que passa a reportar-se a um período delimitado entre a aposição do visto e o dia 31/12/2019);
- k) E, quanto às questões suscitadas nesse segundo momento, pronunciou-se a entidade adjudicante, no essencial, nos seguintes termos:

– quanto à matéria da al. a):

*«Conforme resulta do artigo 2.º do Convite à apresentação de proposta ('Convite'), já constante dos autos, a decisão de contratar foi autorizada pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 83/2017, de 18 de maio ('RCM'). (...) Entendemos que o fornecedor, na elaboração da sua proposta, toma em consideração o disposto no Convite e no texto da RCM.*

*Igualmente na cláusula 11.ª, n.º 3 e n.º 9, ambos do contrato, agora alterado pela adenda em anexo, reforça-se que o mesmo se enquadra no período de 2017 a 2019.*

*Pelo exposto a AT considera não existir divergência quanto ao prazo de execução do contrato.*

*Quanto ao fornecimento de licenças, (...) [t]endo em conta que para efeitos do software Oracle, cada processador corresponde a dois "cores", as estimativas das reais necessidades da AT traduzem-se, no imediato, em cerca de 860 "cores" e, no estimado decurso da execução contratual prevista, potencialmente no licenciamento de 2896 "cores" (...)*

*Face ao referido, embora as necessidades estejam quantificadas, dado o elevado encargo financeiro previsto para as mesmas no Catálogo Nacional de*



*Compras Públicas, ainda que se considere apenas o licenciamento imediatamente necessário (860 "cores"), a AT conclui pela necessidade de recondução das necessidades aquisitivas ao paradigma de licenciamento ilimitado que permite uma redução significativa do investimento da AT sem qualquer limitação na utilização dos licenciamentos necessários, pelo que, ao invés do pagamento por licença, pelas razões apresentadas, foi fixado um preço global pelo fornecimento das mesmas licenças.*

*O pagamento de licenças no ato de disponibilização das mesmas, sintetiza a correlata prestação do sinalagma em que assenta o contrato, sendo que a entrega ou a disponibilização dos bens, pressupõe o seu pagamento, não estando previsto o pagamento parcial ou faseado das licenças.*

*Conforme consta já do presente processo de fiscalização prévia (3086/2017), se reitera que com o início da produção dos efeitos contratualmente previstos, serão registados e instalados os produtos adquiridos sem qualquer restrição de utilização (...).*

*(...) Ou seja, os produtos e a sua utilização estarão na inteira disponibilidade da AT ao longo de todo o período de execução contratual, não suscitando qualquer obstáculo à verificação do cumprimento do contrato o facto de não se encontrar pré-determinado um número fechado de licenças a fornecer.*

*(...)*

*Assim, consideramos compatibilizado o pagamento do preço a 100% do valor das licenças no ato de disponibilização das mesmas, ainda que para o efeito fossem apenas consideradas as identificadas necessidades imediatas (cerca de 860 "cores").»*

**– quanto à matéria da al. b):**

*«No esteio do que já se pretendeu demonstrar em respostas efetuadas no âmbito do presente processo de fiscalização prévia e considerando inclusive o teor da resposta supra identificada, acrescentamos ainda que, quanto ao pagamento, (...) a AT está ciente de que os pagamentos apenas poderão ser efetuados após a obtenção de Visto e o pagamento dos emolumentos (...).»*



– quanto à matéria da al. c):

*«O contrato prevê, conforme inicialmente projetado, um prazo de 3 anos enquadrável no período de 2017 a 2019, uma vez que foi considerado expectável, à data de envio do projeto de resolução de Conselho de Ministros para aprovação, que a formação contratual o permitisse.*

*(...)*

*Independentemente de o contrato produzir efeitos no presente ano, reconhecemos que à data de hoje e desde já a necessidade de reescalonar a plurianualidade da despesa prevista, caso, inclusive, o início da execução seja apenas almejado em 2018. Assim celebramos uma adenda ao contrato em apreço, conforme anexo, que visa reduzir o âmbito do contrato, conformando a vigência, agora, desde a data de produção de efeitos até 31 de dezembro de 2019, com a despesa autorizada nos termos da Resolução de Conselho de Ministros (RCM) n.º 83/2017, de 18 de maio.*

*A alteração efetuada prevê a supressão das verbas inicialmente previstas para 2019, isto é para o terceiro ano de execução de contrato. Assim, para além do investimento considerado para o primeiro ano do contrato, apenas constam do contrato dois anos (e não três), de assistência pós-venda. A redução contratual em apreço, traduzida em € 482.000,00, s/ IVA, retira 12 meses de assistência pós-venda à prestação inicialmente contratada. (...)*».

6. Na matéria de facto devem ainda ser considerados dois documentos constantes do processo de fiscalização prévia e que se prendem com a resposta de duas empresas qualificadas no AQ-LS ao convite da AT:

- a) O cocontratante do AQ-LS, WINTRUST – Consultoria e Serviços, Lda, respondeu ao convite, em 29.05.2017, nos seguintes termos: *«Informamos que não apresentamos proposta porque os nossos preços propostos ao abrigo do Acordo Quadro são superiores ao preço base do procedimento»* (cfr. Fls. 77 do processo de fiscalização prévia).
- b) O cocontratante TIMESTAMP BIW Lda, respondeu ao convite, em 29.05.2017, nos seguintes termos: *«De acordo com o vosso convite, cumpre-nos informar que não iremos apresentar uma proposta porque os nossos preços constantes do Acordo-Quadro de Licenciamento de*



*Software são superiores ao preço base do vosso convite» (cfr. Fls. 77/v do processo de fiscalização prévia).*

7. Por outro lado, em anexo à petição de recurso é junto um ofício da TIMESTAMP – Sistemas de Informação, SA, no qual se refere que *«A proposta contempla que a Autoridade Tributária beneficiará das licenças (como é normal), e no período compreendido no convite, poderá utilizar até uma quantidade ilimitada das licenças para as cerca de 500 aplicações referidas no convite. Assim temos para nós como claro que o número de licenças a adquirir seria como mínimo as necessidades estabelecidas em termos de número de aplicações, sendo facultado à Autoridade Tributária a instalação de mais licenças até ao número ilimitado, que seria validado com um contrato de serviços pós-venda após terminado o período estabelecido de 31 de dezembro de 2019».*

#### – DE DIREITO

8. Considerando-se assente a matéria de facto, cumpre, com base nela, apreciar as questões legais que o contrato em análise suscita.
9. Tal como resulta do Acórdão recorrido, a recusa de visto ao contrato em apreciação e respetiva adenda teve por base, fundamentalmente, a «desconformidade do contrato em apreço com o AQ-LS». Analisemos, pois, a questão controvertida:

#### A) O Acordo-Quadro de Licenciamento de Software (AQ-LS)

10. A aquisição feita pela AT tem na sua base o Acordo-Quadro de Licenciamento de Software e Serviços Conexos (AQ-LS), que entrou em vigor em 13.04.2015, celebrado pela Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (ESPAP, I.P.), ao abrigo do disposto no artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Informação sobre o Acordo-Quadro disponível em <https://www.espap.pt/spcp/Paginas/spcp.aspx#maintab5>



11. Este AQ-LS é constituído por vários lotes, relevando para o caso em apreço o Lote 13 - «Application Servers», do Grupo 1 – Software de Infraestrutura.
12. Com relevância para a questão em análise destacam-se as seguintes cláusulas do Caderno de Encargos do AQ-LS:
- a) Artigo 2.º (Identificação e objeto do acordo quadro) – n.º 1 - *«O acordo quadro tem por objeto o licenciamento de software, em modalidade de aquisição perpétua, subscrição ou aluguer operacional, bem como, independentemente da modalidade, dos respetivos serviços conexos de instalação, migração tecnológica e assistência pós-venda, em todo o território nacional».*
  - b) Artigo 2.º (Identificação e objeto do acordo quadro) – n.º 5 - *«O presente acordo quadro disciplina as relações contratuais futuras a estabelecer entre os cocontratantes e a ESPAP, UMC, entidades adquirentes vinculadas e voluntárias».*
  - c) Artigo 5.º (Obrigação dos cocontratantes) – alínea a) - *«Apresentar proposta a todos os convites lançados ao abrigo do presente acordo quadro, desde que as soluções tecnológicas que possam oferecer cumpram com as especificações técnicas exigidas e estejam em condições de prestar os serviços nos prazos exigidos».*
  - d) Artigo 5.º (Obrigação dos cocontratantes) – alínea e) - *«Prestar de forma correta e fidedigna as informações referentes às propostas, não apresentando propostas condicionadas ou que possam ter custos indiretos, passados ou futuros relacionados com a solução tecnológica proposta que não se encontrem previstos nos procedimentos pré-contratuais, designadamente taxas de reativação ou custos associados a reinstatement ou renewal fees».*
  - e) Artigo 6.º (Obrigações das entidades adquirentes na gestão do acordo quadro) – n.º 1, alínea c) - *«Efetuar os procedimentos aquisitivos segundo as regras definidas no presente acordo quadro».*



- f) Artigo 22.º (Critério de adjudicação nos procedimentos ao abrigo do acordo quadro) – n.º 2 - «A adjudicação é feita segundo um dos seguintes critérios: a) o do mais baixo preço; ou b) o da proposta economicamente mais vantajosa tendo em conta os seguintes fatores: i) Adequação do produto às especificações técnicas exigidas, com ponderação mínima de 50%; e ii) Custo total da utilização, tendo em conta o preço da licença, o preço dos serviços de assistência pós-venda (se aplicável), o preço da instalação (se aplicável), o preço da migração (se aplicável) e o preço do serviço de upgrades (se aplicável).»
- g) Artigo 24.º (Preço e condições de pagamento) – n.º 2 - «O preço a propor nos procedimentos lançados ao abrigo do acordo quadro não pode ser superior ao preço máximo de referência estabelecido neste acordo quadro».

13. Ora, por sua vez, os preços máximos de referência para as prestações em causa são, de acordo com a informação constante do Catálogo Nacional das Compras Públicas (CNCP) da ESPAP, os seguintes:

| Aquisição licenças por core - Preços CNCP |                    |   |
|---|--------------------|---|
| AQLS - 15.31.013.42                       | Preço das licenças | Preço dos serviços de assistência pós-venda (APV)/ano |
| Preços Unitários                          |                    |   |
| Soa Suite Management Pack                 | 71.997,00 €        | 15.839,34 €   |
| Weblogic Suite integration Pack           | 78.998,00 €        | 17.379,56 €   |
| Weblogic Suite Management Pack            | 47.996,00 €        | 10.559,12 €   |

## B) O contrato de aquisição de licenças de software

14. A aquisição de licenças de software pela AT foi autorizada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2017, de 18 de maio (publicada no DR, 1ª Série, n.º 114, de 14.06.2017), nos seguintes termos:

«1 - Autorizar a área governativa das finanças, através da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), a proceder à aquisição de um modelo ilimitado de





*licenciamento de software Oracle ou equivalente, com suporte associado, para um prazo de três anos, enquadrável no período de 2017 a 2019, por recurso ao procedimento ao abrigo do Acordo-Quadro de Licenciamento de Software celebrado pela Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P., com consulta a todos os fornecedores acreditados no citado acordo-quadro, nos termos do artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (CCP), até ao montante de (euro) 4 081 000,00, ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor» (sublinhado nosso).*

15. Posteriormente, por despacho de 23.05.2017, a Diretora-Geral da AT autorizou a contratação do licenciamento de software, em linha com o determinado na referida resolução do conselho de ministros, e aprovou o convite à apresentação de propostas, a remeter aos cocontratantes do AQ-LS.
16. Em 24.05.2017, o convite à apresentação de propostas foi enviado aos cocontratantes do AQ-LS, destacando-se do mesmo, pela sua relevância no caso controvertido, as seguintes cláusulas:
  - a) Artigo 1.º (Objeto e identificação do procedimento) - n.º 1 - «*O presente convite visa a formação de um contrato público nos termos do artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), ao abrigo do Grupo 1 – Software de Infraestrutura – lote 13 – Application Servers do acordo quadro de licenciamento de software e serviços conexos da eSPap (AQ-LS), a vigorar desde 13 de abril de 2015, para aquisição de licenças de Software Oracle ou equivalente, em modelo ilimitado, e serviços conexos*».
  - b) Artigo 6.º (Critério de adjudicação) - «*A adjudicação será feita segundo o critério de adjudicação do mais baixo preço, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 74.º do CCP e alínea a) do n.º 2 do artigo 22.º do Caderno de Encargos do AQ-LS*».
  - c) Artigo 9.º (Requisitos e documentos que constituem as propostas) – n.º 2 - «*A proposta deve ser apresentada de modo a conter os termos e*



atributos requeridos, designadamente: c) Preço total das licenças no modelo ilimitado de licenciamento».

- d) Artigo 19.º (Conteúdo funcional do objeto) – n.º 1 - «O objeto do contrato que se pretende celebrar é a aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento até 31 de dezembro de 2019 para os produtos Soa Suite Management Pack, Weblogic Suite Integration Pack e Weblogic Suite Management Pack e respetiva assistência pós-venda, constituída por suporte técnico (24 horas x 7 dias) e serviços que garantam a continuidade do produto (updates correctivos e updates dentro da mesma versão no decorrer do contrato).»
- e) Artigo 20.º (Preço-base e forma de pagamento) – n.º 1 - «O preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato é de €4.081.000,00 (Quatro Milhões e Oitenta e Um Mil Euros) mais IVA, se este for legalmente exigível, repartido da seguinte forma:»

| Modelo ilimitado de aquisição de licenças |                              |              |  |             |           |                |                       |                       |                       |
|---|------------------------------|--------------|--|-------------|-----------|----------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------|
| AQ-LS                                     |                              |              |  |             |           | Preço          |                       |                       |                       |
| Grupo de Lotes                            | Lote                         | N.º acordo   | Designação comercial do produto/licenças | Métrica     | Qte       | Licenças       | Serviços conexos 2017 | Serviços conexos 2018 | Serviços conexos 2019 |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura      | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Soa Suite Management Pack                | Processador | ilimitada | 500.000,00 €   | 70.000,00 €           | 70.000,00 €           | 70.000,00 €           |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura      | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Weblogic Suite Integration Pack          | Processador | ilimitada | 1.195.000,00 € | 248.000,00 €          | 248.000,00 €          | 248.000,00 €          |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura      | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Weblogic Suite Management Pack           | Processador | ilimitada | 940.000,00 €   | 164.000,00 €          | 164.000,00 €          | 164.000,00 €          |

17. Conforme se constata pela análise do quadro supra, não consta do convite à apresentação de propostas qualquer referência ao número de licenças de software a adquirir em concreto. Apenas se refere na cláusula 18.<sup>a</sup> do mesmo que, atualmente, a AT dispõe de cerca de 500 aplicações em produção.

18. Da análise do processo resulta que apenas foi recebida proposta de um cocontratante do AQ-LS, a TIMESTAMP – Sistemas de Informação, SA, em



29.05.2017, cujo preço coincide exatamente com o preço base do procedimento aquisitivo (4.081.000,00€), nos mesmos e exatos termos do convite:

**Preço**

O Preço total desta proposta é de 4.081.000,00 € (Quatro Milhões e Oitenta e Um Mil Euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor que é atualmente de 23%.

| PREÇO          |                        |                          |                          |
|----------------|------------------------|--------------------------|--------------------------|
| licenças       | serviços conexos ano n | serviços conexos ano n+1 | serviços conexos ano n+2 |
| 500.000,00 €   | 70.000,00 €            | 70.000,00 €              | 70.000,00 €              |
| 1.195.000,00 € | 248.000,00 €           | 248.000,00 €             | 248.000,00 €             |
| 940.000,00 €   | 164.000,00 €           | 164.000,00 €             | 164.000,00 €             |

| Valores anuais |                |
|----------------|----------------|
| 1º ano         | 3.117.000,00 € |
| 2º ano         | 482.000,00 €   |
| 3º ano         | 482.000,00 €   |
| total          | 4.081.000,00 € |

19. O cocontratante do AQ-LS, WINTRUST – Consultoria e Serviços, Ld<sup>a</sup>, respondeu ao convite, em 29.05.2017, nos seguintes termos: «*Informamos que não apresentamos proposta porque os nossos preços propostos ao abrigo do Acordo Quadro são superiores ao preço base do procedimento*» (cfr. Fls. 77 do processo de fiscalização prévia).
20. O cocontratante TIMESTAMP BIW Ld<sup>a</sup>, respondeu ao convite, em 29.05.2017, nos seguintes termos: «*De acordo com o vosso convite, cumpre-nos informar que não iremos apresentar uma proposta porque os nossos preços constantes do Acordo-Quadro de Licenciamento de Software são superiores ao preço base do vosso convite*» (cfr. Fls. 77/v do processo de fiscalização prévia).
21. Do Relatório Final da AT, datado de 31.05.2017, consta a proposta de adjudicação das prestações em causa à empresa TIMESTAMP – Sistemas de Informação, SA, pelo valor de 4.081.000,00€, a qual mereceu despacho de concordância por parte do Subdiretor-Geral da AT, em 19.07.2017, no uso das competências delegadas pela Diretora-Geral.



**C) A desconformidade entre o AQ-LS e o contrato celebrado pela AT**

- 22.** Do cotejo dos requisitos constantes do AQ-LS com o clausulado do contrato celebrado entre a AT e a TIMESTAMP – Sistemas de Informação, SA, resulta, de forma clara, a existência de uma desconformidade ao nível do objeto contratual, tal como foi salientado na decisão recorrida.
- 23.** Em momento algum dos documentos atinentes ao AQ, mormente no seu Caderno de Encargos, se admite a adjudicação de software em modelo ilimitado, nos termos em que a AT se propôs fazer. Todo o processado do AQ-LS foi construído no sentido de ser objetivado, no lançamento de qualquer procedimento aquisitivo ao seu abrigo, o número de licenças a adquirir. Essa é desde logo a constatação que se extrai do quadro constante do Catálogo Nacional das Compras Públicas que estabelece preços unitários de referência para as licenças de software.
- 24.** Ora, só é possível aferir o cumprimento da norma do artigo 24.º, n.º 2 do Caderno de Encargos do AQ-LS, segundo a qual «*O preço a propor nos procedimentos lançados ao abrigo do acordo quadro não pode ser superior ao preço máximo de referência estabelecido neste acordo quadro*», se o procedimento aquisitivo em causa apresentar a quantidade de licenças a adquirir, o que não é manifestamente o caso.
- 25.** O designado “Modelo Ilimitado” de aquisição de licenças de software é um modelo de negócio adotado pela ORACLE, também conhecido por ULA – *Unlimited License Agreement*, segundo o qual a entidade adquirente paga um montante determinado (normalmente no início da vigência do contrato) para obter um número indeterminado de licenças de software para um conjunto específico de produtos Oracle, por um período de tempo fixo.
- 26.** Não discutindo a eventual mais valia económico-financeira deste modelo, nem os seus eventuais perigos ou riscos para a entidade adquirente – o que não, é de todo, competência desta instância – certo é que este modelo de negócio, podendo ter sido



contemplado pela ESPAP, no AQ-LS, não o foi, e, desse modo, não poderia ter sido utilizado. Também não optou a AT por efetuar a aquisição fora desse acordo quadro, nos termos admitidos pelo artigo 5.º, n.º 4, parte final, do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, o que seria permitido, desde que obtida a prévia autorização expressa do Ministro das Finanças. Assim, ao efetuar a aquisição ao abrigo daquele acordo quadro, verificou-se, de forma objetiva, a violação, por parte da AT, do disposto no artigo 6.º, n.º 1, al. c) do Caderno de Encargos do AQ-LS que, em matéria de obrigações das entidades adquirentes na gestão do acordo quadro, determina que estas devem *«Efetuar os procedimentos aquisitivos segundo as regras definidas no presente acordo quadro»*.

- 27.** Pelos mesmo motivos e tal como concluído no Acórdão recorrido, verificou-se a violação do disposto no artigo 257.º, n.º 2 do CCP segundo o qual *«da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos»*.
- 28.** Qualquer objeto contratual afere-se com base em três dimensões: a caracterização do bem ou serviço a adquirir (especificações técnicas), a quantidade e o preço. Ora, no caso concreto não foram respeitados os dois últimos elementos uma vez que a quantidade de licenças a adquirir não foi definida nas peças do procedimento, e o preço, ao invés de resultar da equação quantidade x preço unitário, é apresentado como preço global (não permitindo, pois, a determinação do preço a pagar por cada licença). Estamos, pois, sem qualquer dúvida, perante uma alteração substancial face ao determinado no AQ-LS.
- 29.** Andou bem, por esse motivo, o Acórdão recorrido quando referiu que *«Constata-se, pois, que a lógica subjacente à definição do objeto contratual no AQ-LS assenta numa determinação de base quantitativa, em que o preço será estabelecido tendo como parâmetro um «preço máximo de referência» por unidade (“por core”, na terminologia a que se reporta o AQ-LS), o que necessariamente demanda que o objeto do contrato subordinado também se filie nessa definição quantitativa. Ora, quando este contrato deixa de se reportar a um número concreto de licenças e de respetivos serviços de assistência e faz apelo a um modelo de aquisição em que*



*esse elemento quantitativo desaparece de todo, afigura-se evidente que já não se está perante um objeto contratual reconduzível ao padrão inscrito no AQ-LS».*

30. E como bem refere o Acórdão n.º 6/2013 - 9/Julho – 1ª SECÇÃO/PL, deste Tribunal, *«o objeto do contrato não se reconduz a um mero “nomen”, genérico e sem substância, mas é integrado por prestações essenciais ou principais, que, em nome do princípio da estabilidade dos contratos e dos demais princípios que informam a contratação pública e a própria atividade administrativa, não devem ser objeto de alteração ou modificação».*
31. No mesmo sentido vai o Acórdão n.º 7/2015-9.JUN-1.ª S/SS, deste Tribunal, segundo o qual *«qualquer alteração relativa a parâmetros base de aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência devem ser considerados alterações substanciais do caderno de encargos»;* e o preço a pagar é, indubitavelmente, nos termos do n.º 4 do artigo 42.º do CCP, um desses parâmetros base.
32. Tal como já havia sucedido aquando dos pedidos de esclarecimentos feitos por este Tribunal, a AT insiste, nas suas alegações de recurso, no fundamento de que o modelo ilimitado de aquisição de licenças de software, muito embora não cumpra na íntegra o determinado pelo AQ-LS, se apresenta como uma solução muito vantajosa para a AT e para o interesse público. Com efeito, refere que *«(...) se a AT tivesse contratado o licenciamento ao preço máximo de referência constante do Catálogo nacional de compras públicas tinha sido obrigada a efetuar um cabimento e subsequente compromisso e despesa no montante de 87.397.645,44 Euros; Porém, a AT utilizando o modelo que utilizou efetuou um cabimento de “apenas” 4.081.000,00 Euros, posteriormente, mediante uma adenda efetuada ao contrato, aquele valor foi reduzido para 3.599.000 Euros; Logo, a AT poupará ao Estado 83.316.645,44 Euros, com o modelo adotado, se receber visto prévio favorável»* (cfr. Fls. 5 dos autos).

Como tivemos ocasião de sublinhar no §26 deste Acórdão, não compete ao Tribunal de Contas, nesta sede de fiscalização prévia, apurar se o modelo de negócio



adotado pela AT representa ou não uma vantagem económica para o Estado; compete-lhe apenas, no estrito cumprimento da LOPTC [artigo 5.º, n.º 1, al. c)], fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental do contrato em análise. E desse ponto de vista, é evidente que o contrato em causa é violador de normas legais, nomeadamente do disposto no artigo 257.º, n.º 2 do CCP, como já tivemos ocasião de frisar.

De qualquer forma não podemos olvidar que nos causa alguma estranheza o elevado volume financeiro de poupança que a AT argumenta conseguir com este contrato, na ordem dos 83 milhões de euros, ou seja, uma poupança de 95% face aos preços máximos de referência do AQ-LS. Das duas uma:

- a) Ou o AQ-LS foi mal negociado, apresentando preços de referência muito superiores aos que o mercado pode oferecer pelo que, se for este o caso, a ESPAP deve reavaliar os termos em que concebe este tipo de contratos-quadro, que vão balizar aquisições futuras;
- b) Ou, ao invés, os preços do AQ-LS estão ajustados face ao mercado, sendo que a proposta feita pela TIMESTAMP - Sistemas de Informação, SA à AT configura uma “proposta de preço anormalmente baixo”, não em relação ao preço base do procedimento aquisitivo lançado pela própria AT (curiosamente, coincidente com aquele), mas sim em relação aos mencionados preços de referência do AQ-LS. E neste caso, o risco de incumprimento contratual ou de cumprimento defeituoso por parte do cocontratante aumenta exponencialmente.

- 33.** Refere igualmente a AT nas suas alegações que não há alteração substancial do objeto do contrato face ao AQ-LS uma vez que o contrato subordinado manteve intocáveis as especificações técnicas do licenciamento de software. Porém, como se referiu no precedente ponto 28, o problema não está nas especificações técnicas, mas na indeterminação quantitativa do objeto contratual.



34. Refere ainda a AT que só se estará perante uma alteração substancial (de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia) quando tenham sido introduzidas condições que impactam no número de concorrentes, seja pela sua atração, seja pelo seu afastamento do procedimento aquisitivo. E sublinha que não é esse o caso – ao contrário do sugerido pelo Acórdão recorrido – referindo que *«Tal resulta das já referidas declarações dos cocontratantes que fazem parte do lote 13 do AQ-LS e que estavam habilitados a fornecer o licenciamento pretendido pela AT, nas quais se encontra sublinhado que “embora reunissem todas as condições económicas e técnicas para apresentar proposta no procedimento em apreço” optaram por não o fazer ou porque se prendeu “com uma decisão de gestão interna” ou “decisões estratégicas (...) que, no último ano, tem orientado o seu foco de atividade para o mercado privado”».*

Curioso é o facto de estas empresas, que prestaram aquelas declarações, em 26.01.2018, a pedido da AT, são exatamente as mesmas a que nos referimos nos §§19 e 20, e que, no âmbito do procedimento aquisitivo, referiram que não apresentavam proposta não porque não quisessem mas porque não conseguiam, de forma competitiva, apresentar preço que se enquadrasse no preço base determinado pela AT. Daqui resulta, de forma objetiva, que a alteração das condições contratuais terá ditado o afastamento do procedimento de pelo menos dois concorrentes (a Timestamp BIW, Lda e a Wintrust, Lda).

Igualmente curioso é o facto de, tal como destacado no parecer do Ministério Público, quer a empresa adjudicatária (Timestamp – Sistemas de Informação, SA), quer as mencionadas Timestamp BIW, Lda e Wintrust, Lda, pertencerem ao mesmo grupo económico (Grupo Timestamp), o que poderá evidenciar um sério risco de violação do princípio da concorrência associado ao AQ-LS, ainda mais quando se trata de contratos que “fecham o mercado” durante um prazo mais ou menos longo, a um conjunto restrito de empresas pré-qualificadas. Por outro lado, tal facto poderá explicar, por si, o pretense “desinteresse” das citadas empresas em apresentar propostas concretas no procedimento aquisitivo da AT.





35. Visando fundamentar a inexistência de uma alteração substancial, a AT argumenta ainda que a indeterminabilidade inicial do número de licenças a adquirir será colmatada, *in fine*, com a determinação desse número, aquando do *terminus* da vigência do contrato. Acontece, porém, que, como se referiu já, constitui um dos requisitos essenciais do AQ-LS a verificação do cumprimento da regra em matéria de preços máximos de referência, no momento da formação do contrato e não apenas no final do contrato, como parece sugerir a AT. Só desse modo serão salvaguardados os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos. É, assim, totalmente irrelevante a argumentação desenvolvida acerca do objeto ser indeterminado *ab initio*, mas determinável *in fine*.
36. Finalmente, não podemos deixar de assinalar em todo o processado alguma incoerência manifestada pela AT quanto ao número de licenças efetivamente necessárias ao longo do período de vigência do contrato, o que ainda adensa mais a incerteza sobre a quantificação do objeto contratual e dos direitos de licenciamento atribuídos à AT com este contrato. Assim:
- a) Em resposta a um dos pedidos de esclarecimentos efetuados por este Tribunal, acerca do número concreto de licenças a fornecer (naturalmente, durante a vigência do contrato), informou, em 16.11.2017, que «*as estimativas das reais necessidades da AT traduzem-se, na prática, e na linguagem do Acordo Quadro, em cerca de 860 “cores”*», métrica que corresponderá a 860 licenças;
  - b) Posteriormente, em resposta a um novo pedido de esclarecimentos deste Tribunal, informou, em 27.12.2017, que «*Tendo em conta que para efeitos do software Oracle, cada processador corresponde a dois cores, as estimativas das reais necessidades da AT traduzem-se, no imediato, em cerca de 860 cores e no estimado decurso da execução contratual prevista, potencialmente no licenciamento de 2896 cores (...)*», número que representa mais do triplo da previsão inicial;



- c) A própria TIMESTAMP – Sistemas de Informação, SA, acaba por adensar as dúvidas manifestadas por este Tribunal no Acórdão recorrido, quando, em documento junto aos autos (fls. 11), em anexo às alegações de recurso, refere que *«A proposta contempla que a Autoridade Tributária beneficiará das licenças (como é normal), e no período compreendido no convite, poderá utilizar até uma quantidade ilimitada das licenças para as cerca de 500 aplicações referidas no convite. Assim temos para nós como claro que o número de licenças a adquirir seria como mínimo as necessidades estabelecidas em termos de número de aplicações, sendo facultado à Autoridade Tributária a instalação de mais licenças até ao número ilimitado, que seria validado com um contrato de serviços pós-venda após terminado o período estabelecido de 31 de dezembro de 2019»* (sublinhado nosso).

Ou seja, parece, afinal, que o pretense “modelo ilimitado” de licenciamento Oracle, só será ilimitado sob a condição da AT adjudicar à empresa em causa, em 2020, um novo contrato de serviços pós-venda, entendimento que viola o disposto no artigo 5.º, al. e) do Caderno de encargos do AQ-LS que dispõe o seguinte: *«Para além das previstas no CCP, constituem obrigações dos cocontratantes: e) Prestar de forma correta e fidedigna as informações referentes às propostas, não apresentando propostas condicionadas ou que possam ter custos indiretos, passados ou futuros relacionados com a solução tecnológica proposta que não se encontrem previstos nos procedimentos pré-contratuais, designadamente taxas de reativação ou custos associados a reinstatement ou renewal fees»*.

37. De igual modo, a AT parece demonstrar alguma confusão terminológica entre os conceitos de “modelo ilimitado de licenças” e “modalidade de aquisição perpétua”, conforme se afere pelo disposto no ponto 16 das alegações: *«(...) o conceito de modelo ilimitado deve ser entendido como modalidade de aquisição perpétua do número de licenças necessárias para aquele número de aplicações (...)»*. E também no ponto 40: *«(...) o modelo contratual encontra-se previsto no AQ-LS correspondendo à modalidade de licenciamento perpétuo (...)»*.



Ora, a sustentação legal da existência de uma alteração substancial do contrato feita por este Tribunal não está na utilização da modalidade de aquisição perpétua (porque prevista no artigo 23.º, n.º 1, al. a) do Caderno de Encargos do AQ-LS e segundo o qual «*as licenças adquiridas pela entidade adquirente passam a ser sua propriedade*»), mas sim, como tem vindo a ser sublinhado, na utilização de um modelo ilimitado (ou indeterminado na origem) de licenças a adquirir.

**D) Consequências geradas pela desconformidade entre o AQ-LS e o contrato celebrado pela AT**

38. De todo o processado resulta claro que estamos, no caso em análise, perante um contrato público que, apesar de formalmente anunciar a sua conformação com o AQ-LS da ESPAP, não respeitou, em substância, essa disciplina jurídico-legal, mormente porque adotou um “modelo ilimitado” de licenciamento de software que não tem qualquer suporte normativo naquele AQ-LS.
39. Estamos, assim, ao contrário do sugerido pelas alegações da recorrente (que, em grande parte mantêm a argumentação utilizada pela AT aquando dos pedidos de esclarecimentos efetuados por este Tribunal), perante uma verdadeira alteração substancial das condições contratuais face às previstas no AQ-LS, representando tal alteração uma violação do disposto no artigo 257.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, segundo o qual «*da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos*».
40. Consequentemente, e tal como perfilhado no Acórdão recorrido, a fls. 27, a aquisição em causa não poderá acomodar-se no AQ-LS, pelo que se subsume, na prática, a uma aquisição direta, da qual resultou um contrato que «*(...) apesar de se acolher formalmente ao AQ-LS, está já situado à margem dele, ao adotar um modelo contratual que lhe escapa (...)*».
41. No mesmo sentido vai a jurisprudência do Tribunal de Contas, conforme se pode aferir pela leitura do Acórdão n.º 28/2010, de 3/11, do Plenário desta 1.ª Secção, assim como a do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), visível no Acórdão



de 05.10.2000, Processo C-337/98, Comissão/França, onde se advoga que a modificação substancial que envolva o objeto do contrato deve ser equiparada à celebração de um novo contrato, implicando novo concurso, ou no Acórdão Pressetext, de 19.06.2008, no qual se realça que as alterações introduzidas ao contrato público no decurso da sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato quando apresentem características substancialmente diferentes das contidas no contrato inicial.

42. Ora, a adoção de uma aquisição direta – porque não sustentada pelo AQ-LS – configura a preterição total do procedimento legalmente exigido, o que, nos termos do artigo 161.º, n.º 2, alínea l) do Código do Procedimento Administrativo, determina a nulidade do referido procedimento, sendo, conseqüentemente, nulo o contrato dele derivado.
43. Acresce que a AT, enquanto entidade compradora vinculada ao Sistema Nacional das Compras Públicas (SNCP), nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, estava, por força do n.º 4 do artigo 5.º do mesmo diploma, obrigada a efetuar a aquisição em análise em estrito cumprimento do disposto no AQ-LS, o que, como vimos, não sucedeu, ou a efetuar a aquisição fora desse acordo quadro, nos termos admitidos pelo artigo 5.º, n.º 4, parte final, do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, o que seria permitido, desde que obtida a prévia autorização expressa do Ministro das Finanças, o que também não se verificou.

Conseqüentemente, estabelece o n.º 6 do citado artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro que *«São nulos os contratos relativos a obras, bens móveis e serviços celebrados em violação do disposto no n.º 4, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, civil e financeira que ao caso couber, nos termos gerais de direito»*.

44. As nulidades suprarreferidas constituem fundamento legal para recusa de visto ao contrato em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.



45. Por outro lado, a preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, como foi o caso, associada a uma inevitável “perturbação ou distorção da concorrência”, como bem argumenta o Acórdão recorrido (a fls. 33 e 34) consubstancia igualmente uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado artigo 44.º da LOPTC, constitui, igualmente, motivo de recusa de visto do referido contrato.

### III – DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção, em negar provimento ao recurso, mantendo a recusa de visto ao contrato e à adenda supra identificados.

São devidos emolumentos pela recorrente, nos termos do artigo 16.º 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).

Mais se determina que se dê conhecimento do teor do presente Acórdão às seguintes entidades:

- a) À Autoridade da Concorrência, tendo em vista, em especial, o referido no §34;
- b) À ESPAP, tendo em vista, em especial, o disposto no §32.

Lisboa, 2 de maio de 2018

Os Juízes Conselheiros,

---

(Fernando Oliveira Silva, relator)



---

(Maria dos Anjos Capote)

---

(José Mouraz Lopes)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

---

(Teresa Almeida)