

RELATÓRIO

N.º 9/2012 - ARF

1.ª Secção – DCC

Proc. n.º 12/2012 – 1.ª S (ARF)



AUDITORIA AO INSTITUTO DE FINANCIAMENTO
DA AGRICULTURA E PESCAS, I.P. PARA O
APURAMENTO DE RESPONSABILIDADES
FINANCEIRAS IDENTIFICADAS NO EXERCÍCIO
DA FISCALIZAÇÃO PRÉVIA INCIDENTE SOBRE
O PROCESSO DE VISTO N.º 1512/2010

TRIBUNAL DE CONTAS
LISBOA
2012



ÍNDICE

SIGLAS	2
I – INTRODUÇÃO	3
II – FACTOS APURADOS	4
III – NORMAS LEGAIS APLICÁVEIS	9
IV – APRECIÇÃO	
4.1 – INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGALMENTE EXIGÍVEL	11
4.2 – ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA AO CONTRATO CELEBRADO	15
4.3 – PAGAMENTOS ANTES DO VISTO	26
V – RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS INDICIADAS	
5.1 – INTRODUÇÃO	28
5.2 – RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS REINTEGRATÓRIA E SANCIONATÓRIA	28
5.3 – RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS SANCIONATÓRIAS	30
VI – PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO	33
VII – CONCLUSÕES	34
VIII – RECOMENDAÇÕES	36
IX – DECISÃO	37
FICHA TÉCNICA	38
ANEXOS	
ANEXO I – MAPA DAS INFRAÇÕES FINANCEIRAS INDICIADAS	41
ANEXO II – RELAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS INDICIADOS.....	42
ANEXO III – ALEGAÇÕES DOS RESPONSÁVEIS	43



Siglas

Ac.	ACÓRDÃO
ANCP	AGÊNCIA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS, EPE ⁽¹⁾
CCP	CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS ⁽²⁾
CE	CADERNO DE ENCARGOS
CPA	CÓDIGO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ⁽³⁾
CD	CONSELHO DIRETIVO
DCC	DEPARTAMENTO DE CONTROLO CONCOMITANTE
DECOP	DEPARTAMENTO DE CONTROLO PRÉVIO
DGTC	DIREÇÃO-GERAL DO TRIBUNAL DE CONTAS
DL	DECRETO-LEI
DR	DIÁRIO DA REPÚBLICA
IFAP	INSTITUTO DE FINANCIAMENTO DA AGRICULTURA E PESCAS, I.P.
IGTCP	INSTITUTO DE GESTÃO DA TESOUREARIA E DO CRÉDITO PÚBLICO, IP
IP	INSTITUTO PÚBLICO
IVA	IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCENTADO
JOUE	JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA
LEO	LEI DE ENQUADRAMENTO ORÇAMENTAL ⁽⁴⁾
LOPTC	LEI DE ORGANIZAÇÃO E PROCESSO DO TRIBUNAL DE CONTAS ⁽⁵⁾
LQIP	LEI QUADRO DOS INSTITUTOS PÚBLICOS ⁽⁶⁾
Of.	OFÍCIO
p.	PONTO
PC	PROGRAMA DO CONCURSO
pub.	PUBLICADO
RAFE	REGIME DA ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO ESTADO ⁽⁷⁾
RO	RECURSO ORDINÁRIO
SNCP	SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS
TC	TRIBUNAL DE CONTAS
UAT	UNIDADE DE APOIO TÉCNICO
UC	UNIDADE DE CONTA

⁽¹⁾ Menção à entidade pública empresarial instituída pelo DL n.º 37/2007, de 19.02, alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04 e, posteriormente à data dos factos relatados, pelo DL n.º 117-A/2012, de 14.06.

⁽²⁾ Aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29.01, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008 (pub. no DR, 1.ª S., n.º 62, de 28.03.2008), alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11.09, DL n.º 223/2009, de 11.09, DL n.º 278/2009, de 02.10, Lei n.º 3/2010, de 27.04, DL n.º 131/2010, de 14.12, Lei n.º 64-B/2011, de 30.12 e DL n.º 149/2012, de 12.07.

⁽³⁾ DL n.º 442/91, de 15.11, alterado pelos DL's n.ºs 6/96, de 31.01 e 18/2008, de 29.01.

⁽⁴⁾ Lei n.º 91/2001, de 20.08, alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2002, de 28.08, e pelas Leis n.ºs 23/2003, de 02.07, 48/2004, de 24.08 e 48/2010, de 19.10. Posteriormente à data dos factos relatados, foi alterada pelas Leis n.ºs 22/2011, de 20.05 e 52/2011, de 13.10 (tendo esta última procedido à sua republicação na redação atual).

⁽⁵⁾ Lei n.º 98/97, de 26.08, alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31.12, 1/2001, de 04.01, 48/2006, de 29.08, 35/2007, de 13.08 e 3-B/2010, de 28.04. Posteriormente aos factos narrados neste documento, foi ainda alterada pelas Leis n.ºs 61/2011, de 07.12 e 2/2012, de 06.01.

⁽⁶⁾ Lei n.º 3/2004, de 15.01, alterada pela Lei n.º 51/2005, de 30.08, DL's n.ºs 200/2006, de 25.10 e 105/2007, de 03.04, Lei n.º 64-A/2008, de 31.12, DL's n.ºs 5/2012, de 17.01 e 123/2012, de 20.06 e Lei n.º 24/2012, de 09.07.

⁽⁷⁾ DL n.º 155/92, de 28.07, alterado pelos DL's n.ºs 275-A/93, de 09.08 e 113/95, de 25.05, pela Lei n.º 10-B/96, de 23.03, DL n.º 190/96, de 09.10, Lei n.º 55-B/2004, de 30.12 e DL n.º 29-A/2011, de 01.03.



I - INTRODUÇÃO

1.1 - Em 03.11.2010, o Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P. (IFAP) remeteu a este Tribunal, para efeitos de fiscalização prévia, um contrato de prestação de serviços celebrado com a *Normática – Serviços de Informática e Organização, S.A.*, pelo preço de € 630.326,00 (sem IVA).

1.2 – Em 15.06.2011, aquele contrato, incluso no proc. de visto n.º 1510/2010⁽⁸⁾, formou visto tácito por força do disposto no art.º 85.º, n.º 1, da LOPTC, tendo o Conselheiro responsável pelo mesmo ordenado, por despacho judicial proferido na citada data, “*O prosseguimento do processo no sentido do eventual sancionamento das infrações indicadas em III.2 e 3, deste Despacho, remetendo-se à fiscalização concomitante*” para apuramento de eventuais infrações financeiras.

1.3 – Os objetivos da presente *Ação* consistiram assim no apuramento de responsabilidades financeiras indiciadas no processo de visto acima identificado.

1.4 – No âmbito da *Ação*, e após apreciação preliminar do proc. de visto no DCC, solicitou-se ao IFAP os elementos indicados nos ofícios da DGTC n.ºs 11157, de 15.07.2011, 15303, de 13.10.2011 e 19325, de 22.12.2011, a que aquele IP respondeu, respetivamente, nos seus ofícios n.ºs 24674/2011, de 28.07.2011, 34644/2011, de 10.11.2011 e 402/2012, de 06.01.2012. Foi ainda requerida informação adicional à Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E. (ANCP⁽⁹⁾) através do Of. da DGTC n.º 19324, de 22.11.2011, tendo aquela entidade respondido no seu Of. n.º S.DCP.000.020.648, de 05.01.2012.

1.5 – Analisada toda a informação coligida, foi produzido um relato de auditoria que, em cumprimento do art.º 13.º, n.ºs 1 e 3, da LOPTC, foi submetido, através de notificação⁽¹⁰⁾, a prévia audição do IFAP e dos responsáveis nele identificados, a saber, a ex Presidente do Conselho Diretivo (CD) daquele IP, *Ana Isabel Caeiro Paulino* e membros e ex membros do mesmo órgão colegial, *Luís Miguel Gaudêncio Simões do Souto Barreiros*, *Luís Miguel Santos Felipe*, *João Carlos Mourão Pastorinho da Rosa* e *Fernando Manuel Fernandes Alves*.

1.6 – Todos os notificados do relato se pronunciaram sobre o seu conteúdo em articulados autónomos⁽¹¹⁾ — reproduzidos na íntegra no anexo II com exclusão dos subscritos por *Ana*

⁽⁸⁾ O proc. de visto indicado no texto foi objeto de duas devoluções ao IFAP tendo por finalidade a obtenção de esclarecimentos e documentação suplementar, como documentado nos ofícios n.ºs DECOP/UAT II/6809/10, de 23.11.2010, e DECOP/UAT.2/771/2011, de 28.01.2011.

⁽⁹⁾ A ANCP foi, entretanto, extinta, tendo-lhe sucedido na totalidade das suas atribuições e competências a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (ESPAP, I.P.), cf. art.ºs 19.º, n.º 1, al. b) e 21.º, n.ºs 1, al. c) e 3, do DL n.º 117-A/2012, de 14.06, diploma legal que determinou ainda a revogação dos art.ºs 1.º, 2.º, 12.º, 13.º, 14.º e 15.º do DL n.º 37/2007, de 19.02, bem como dos estatutos a este anexos.

⁽¹⁰⁾ Notificação documentada nos ofícios da DGTC n.ºs 9537 a 9541, todos de 23.05.2012.

⁽¹¹⁾ Assim, o ex membro do CD do IFAP e seu atual Presidente, *Luís Miguel Gaudêncio Simões do Souto Barreiros*, pronunciou-se em articulado de 9 fls. (ao qual anexou várias documentações), assinado, não datado, mas com data (continua na pág. seguinte)



Tribunal de Contas

Isabel Caeiro Paulino⁽¹²⁾, João Carlos Mourão Pastorinho da Rosa⁽¹²⁾ e Luís Miguel Santos Felipe⁽¹³⁾ — cujo teor foi já considerado na elaboração do presente relatório, em que as recomendações incluídas no p. VIII surgem como corolário lógico das conclusões constantes no p. VII, formuladas com base nos elementos reunidos durante a Ação.

II – FACTOS APURADOS

2.1 – Em 23.12.2008, o IFAP celebrou⁽¹⁴⁾ com a *Oracle Portugal - Sistemas de Informação Lda*, 12 acordos de renovação de contratos de serviços de apoio/suporte técnico ao software Oracle instalado naquele IP ao abrigo de licenças adquiridas no pretérito à dita empresa, resumidos no quadro que se segue.

Quadro 1 – Acordos de renovação dos serviços de apoio técnico ao software Oracle para o ano de 2009

N.º CONTRATO IFAP	CONTRATO N.º	LICENÇA N.º	PRAZO	VALOR (SEM IVA)
09/IFAP/038	20183414	LC-9902	01.01.2009 – 31.12.2009	15.413,69
09/IFAP/037	20183290	LC-9572	01.01.2009 – 31.12.2009	14.294,68
09/IFAP/036	20181597	LE-1230	01.01.2009 – 31.12.2009	120.586,04
09/IFAP/035	20181501	LC-10414	01.01.2009 – 31.12.2009	23.343,18
09/IFAP/034	2911460	LC-9069	21.08.2009 – 31.12.2009	9.613,85
09/IFAP/033	2885433	LC-9037	31.07.2009 – 31.12.2009	9.956,42
09/IFAP/032	2678731	LC-8479	28.02.2009 – 31.12.2009	83.477,74
09/IFAP/031	2491002		01.01.2009 – 31.12.2009	14.854,79
09/IFAP/030	1863924		01.01.2009 – 31.12.2009	20.380,34
09/IFAP/029	1863664	LC-9874	01.01.2009 – 31.12.2009	27.413,20
09/IFAP/028	1845114	LC-10413	01.01.2009 – 31.12.2009	87.211,46
09/IFAP/027	1733296		01.01.2009 – 31.12.2009	55.688,28
TOTAL:				482.233,67

NOTA: Além dos serviços de apoio referentes aos contratos acima identificados, o contrato objeto do proc. de visto n.º 1512/2010 abrange ainda o contrato de serviços de apoio técnico n.º 3360624.

2.2 – Com o fim de garantir a continuidade dos serviços de assistência pós-venda às licenças ORACLE instaladas — ameaçada pela cessação dos referidos acordos de renovação em 31.12.2009⁽¹⁵⁾ —, dois vogais do CD do IFAP autorizaram (em 11.05.2010 e 12.05.2010) um procedimento de ajuste direto tendente à aquisição dos ditos serviços,

de entrada na DGTC em 11.06.2012. A anterior titular do cargo de Presidente do CD do IFAP, *Ana Isabel Caeiro Paulino*, contestou através de carta de 1 fl., assinada, não datada, mas com data de entrada na DGTC em 18.07.2012. O ex membro do mesmo órgão colegial, *João Carlos Mourão Pastorinho da Rosa*, respondeu através de carta de 1 fl., assinada, não datada mas com data de entrada na DGTC em 12.06.2012. O ex membro do CD do IFAP, *Fernando Manuel Fernandes Alves*, formulou os seus comentários em articulado de 10 fls. (acompanhado de 10 anexos), assinado e com data de 11.06.2012. Por último, o ex membro do mesmo CD, *Luís Miguel Santos Felipe*, apresentou as suas alegações através de carta de 3 fls., assinada e com data de 19.06.2012.

⁽¹²⁾ Na sua carta, este responsável manifesta a sua adesão à contestação formulada pelo atual Presidente do CD do IFAP, *Luís Miguel Gaudêncio Simões do Souto Barreiros*, cujo articulado foi incluído no anexo II do relatório.

⁽¹³⁾ O texto do articulado apresentado por este responsável é igual ao vazado nos primeiros doze números do articulado oferecido pelo ex vogal do CD do IFAP, *Fernando Manuel Fernandes Alves*, constando um exemplar do mesmo no anexo II do relatório.

⁽¹⁴⁾ Celebração precedida de ajuste direto alicerçado no art.º 24.º, n.º 1, al. e), do CCP, como consta na Informação do IFAP n.º 599/DFI/UPAP/2008, de 11.12.2008 (remetida em anexo ao Of. do IFAP n.º 34644/2011, de 10.11.2011, bem como os 12 contratos identificados no quadro representado no texto).

⁽¹⁵⁾ Como se infere dos esclarecimentos prestados pelo IFAP no p. 1 do seu Of. n.º 33719/2010, datado de “21.12.2010” (mas expedido ao TC em 13.01.2011).



com consulta a 3 entidades, no seio do Acordo Quadro promovido pela ANCP relativo ao fornecimento de licenças de software (AQ 11-LS). Tal autorização foi posteriormente ratificada pelo CD daquele IP em reunião de 27.05.2010⁽¹⁶⁾.

2.3 – A formação do citado Acordo Quadro foi antecedida de um concurso público internacional (com a referência AQ-LS) tendo por objeto *“a celebração de um acordo quadro para a aquisição e, opcionalmente, aluguer operacional de licenças de software e dos respetivos serviços associados de instalação e de assistência pós-venda⁽¹⁷⁾”* (art.º 1.º, n.º 1, do PC).

2.4 – Nos termos dos art.ºs 3.º, n.º 2, e 21.º, n.º 1, do CE exibido naquele concurso, os produtos (licenças de software identificadas com o respetivo part number do fabricante) colocados a concurso repartiam-se por 3 grupos, compreendendo cada um deles vários lotes (de produtos) nos termos seguidamente resumidos:

- Grupo 1 – Software de Infra-estrutura: lotes 1 a 12;
- Grupo 2 – Software de Desenvolvimento: lotes 13 a 23;
- Grupo 3 – Software Aplicacional: lotes 24 a 45.

2.5 - Os n.ºs 6 e 7 do art.º 21.º do mesmo CE determinavam, respetivamente, que *“A aquisição dos produtos dos lotes 1 a 12 (Grupo 1) e lotes 13 a 23 (Grupo 2) obriga a contratação de assistência pós-venda por um período mínimo de 1 (um) ano”* e que *“Para aquisição opcional, para os produtos dos lotes 24 a 45 (Grupo 3), o acordo quadro abrange também a prestação de serviços de assistência pós-venda”*. Complementarmente, o art.º 24.º, n.º 1, do CE elucidava que *“Os contratos a celebrar ao abrigo deste acordo quadro para os lotes 1 a 12 (Grupo 1) e lotes 13 a 23 (Grupo 2) deverão contemplar um contrato de assistência pós-venda, com a duração mínima de 1 (um) ano, iniciando-se após a aceitação definitiva do produto fornecido, sendo este contrato opcional para os produtos dos lotes 24 a 45 (Grupo 3)”*.

2.6 - No tocante aos procedimentos de aquisição de produtos e serviços pelas entidades adquirentes⁽¹⁸⁾, os n.ºs 1 e 4 do art.º 27.º do CE em referência estipulavam o seguinte:

- *“A aquisição e aluguer operacional de produtos e serviços de licenciamento de software, pelas entidades adquirentes será efetuada por consulta às entidades fornecedoras que integrem o acordo quadro, para que apresentem as suas propostas, fixando-se um prazo suficiente para o efeito”* (n.º 1);
- *“As entidades adquirentes atribuirão o fornecimento à entidade fornecedora que, após a negociação referida no número anterior, apresente a melhor proposta com base nos*

⁽¹⁶⁾ Cf. retratado na Inf. do IFAP n.º 1533/2010, de 27.05.2010, e na certidão do extrato do p. 33 da ata n.º 15/2010, descritiva da deliberação de ratificação da autorização referida no texto.

⁽¹⁷⁾ Nos termos do art.º 21.º, n.º 8, do CE divulgado no concurso público internacional, entende-se por assistência pós-venda *“todos os serviços de suporte (canal Internet, e-mail ou telefone) e atualizações (updates ou upgrades)”*.

⁽¹⁸⁾ Definidas no art.º 2.º, n.º 1, al. h), do CE como *“as entidades que integram o SNCP como entidades compradoras vinculadas, nos termos do número 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, bem como as entidades compradoras voluntárias que venham a celebrar acordos de adesão com a ANCP, nos termos definidos no número 3 da mesma disposição legal”*.



Tribunal de Contas

critérios de adjudicação previstos no artigo 28.º do presente caderno de encargos” (n.º 4).

2.7 – O citado art.º 28.º do CE (epigrafado “*Critérios de adjudicação ao abrigo do acordo quadro*”) estatua o seguinte (reprodução parcial):

“1 - A consulta e respetiva adjudicação poderá ser realizada ao nível do produto, quando a entidade adquirente tenha optado por um produto específico, com o mesmo part number, ou ao nível do lote nos casos em que a entidade adquirente ainda não optou por uma solução específica.

2 - No caso da adjudicação ser realizada ao nível do produto, deverá ser efetuada segundo o critério preço, decomposto nos seguintes fatores, por ordem decrescente de importância:

- a) Preço da licença com uma ponderação igual ou superior a 70% (setenta por cento);*
- b) Preço assistência pós-venda;*
- c) Preço de instalação”.*

2.8 - Em 10.09.2009 foi publicado, no suplemento do JOUE n.º 174, um anúncio referente à adjudicação, às 77 entidades nele indicadas, do fornecimento de licenças de software ao abrigo do acordo quadro a celebrar com a ANCP.

2.9 - Em 25 e 26 de Setembro de 2009, a ANCP celebrou o Acordo Quadro relativo a licenciamento de diverso software, entrando em vigor em 01.09.2009, como divulgado no Aviso n.º 16316/2009⁽¹⁹⁾.

2.10 – O procedimento desencadeado pelo IFAP nos termos aludidos em 2.2 foi instruído por um convite e um CE, tendo aquele IP, em 12.05.2010, solicitado⁽²⁰⁾ a três entidades a apresentação de propostas atinentes apenas à prestação de serviços de assistência pós-venda de licenças Oracle.

2.11 – No p. IV do citado convite determinou-se que “*O critério de adjudicação será o do preço mais baixo, no que se refere ao preço dos serviços de assistência pós-venda*”.

2.12 – Por sua vez, a cláusula 3.^a, n.º 1, do CE estabelecia que “*O fornecimento/prestação de serviços a realizar no âmbito do contrato terá a duração de 1 ano a contar da data da assinatura do contrato*”.

2.13 – Durante a pendência do prazo para a formulação de propostas, o IFAP prestou os esclarecimentos⁽²¹⁾ que se seguem às três questões indicadas:

“Questão n.º 2: N.º 1 da Cláusula 3.^a. Prazo de vigência e execução de serviços (do CE).

⁽¹⁹⁾ Aviso pub. no DR, 2.^a S., n.º 182, de 18.09.2009, em conformidade com o disposto no art.º 78.º, n.º 4, do CCP.

⁽²⁰⁾ Solicitação efetuada por email com data de 12.05.2010 às empresas *Normática – Serviços de Informática e Organização, S.A., Timestamp – Sistemas de Informação, S.A.* e *GFI Solutions – Tecnologias de Informação Unipessoal, Lda.*

⁽²¹⁾ Os esclarecimentos foram notificados em 20.05.2010 às três entidades convidadas a formular propostas, cf. teor do email do IFAP (expedido em 20.05.2010 por *Paulo Ferreira*) e esclarecimentos a estes anexos, atinentes ao processo de aquisição n.º 216/PF/2010 (facultados em apenso ao Of. daquele IP n.º 402/2012, de 06.01.2012).



Sendo nosso entendimento que a presente aquisição de serviços de assistência pós-venda se destina a renovar, pelo período de um ano (com início em 1 de Janeiro de 2010), o conjunto dos atuais contratos (identificados na cláusula 10 do CE), consideramos que o prazo de vigência dos serviços de assistência pós-venda termina em 31 de Dezembro de 2010.

Esclarecimento n.º 2: *Os serviços de assistência técnica pós-venda objeto do presente procedimento abrangem o período de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2010”*

“Questão n.º 3: *Qual é o período contratual a considerar? Agradecemos confirmação da data do término pretendida para o contrato.*

Esclarecimento n.º 3: *Ver esclarecimento n.º 2”.*

“Questão n.º 4: *Que interpretação devemos dar ao capítulo II – Preço dos serviços de instalação?*

Esclarecimento n.º 4: *Estando já os produtos (licenças) instalados, não há qualquer necessidade de serviços de instalação”.*

2.14 - Em 30.06.2010, realizou-se uma sessão de negociação, conduzida pelo júri nomeado para o efeito, em que intervieram a *Normática – Serviços de Informática e Organização, S.A.* e a *Timestamp – Sistemas de Informação, S.A.*, cujos preços finais (sem IVA) das respetivas propostas se fixaram, respetivamente, em € 630.326,05 e € 638.000,00.

2.15 - Em 08.07.2010, o júri elaborou o relatório preliminar, no qual se declara a exclusão da proposta apresentada pela *GFI Solutions – Tecnologias de Informação, Unipessoal, Lda* por se encontrar em branco e se propõe a adjudicação dos serviços à *Normática, S.A.*, pelo valor de € 630.326,05 (sem IVA), atento o critério de adjudicação definido no convite. Após realização da audiência prévia — no âmbito da qual nenhum dos concorrentes se pronunciou⁽²²⁾ — o júri reiterou o projeto de adjudicação antes formulado no seu relatório final (com data de 21.07.2010).

2.16 - Em 09.08.2010, a *Normática, S.A.* é notificada (através de email) da decisão de adjudicação, “*adotada por Despacho, exarado pelo Vogal do Conselho Diretivo do IFAP, I.P., em 30/07/2010 (...)*”.

2.17 - Em 12.08.2010, o CD do IFAP deliberou ratificar⁽²³⁾ o despacho adjudicatório dos serviços à *Normática, S.A.*, proferido por um vogal daquele órgão colegial, e autorizar a realização da respetiva despesa, no montante de € 630.326,00 (sem IVA).

2.18 - Em 13.08.2010, teve início a prestação dos serviços adjudicados, como documentado num “*Auto de Aceitação*”⁽²⁴⁾ facultado pelo IFAP.

⁽²²⁾ Como consta no texto do mencionado relatório final, datado de 21.07.2010. Ibidem no DCG (Documento de Circulação Geral) do IFAP n.º 16471/2010.

⁽²³⁾ Cf. teor da certidão do extrato do p. 9 da ata n.º 24/2010, descritiva da reunião do CD do IFAP de 12.08.2010.



Tribunal de Contas

2.19 - Em 30.08.2010, a *Normática, S.A.* emitiu a fatura n.º 1707H, relativa aos serviços prestados, no valor total de € 762.694,46, IVA incluído.

2.20 – Em 25.10.2010, as partes celebraram o respetivo contrato⁽²⁵⁾ de prestação de serviços, salientando-se do seu texto as seguintes cláusulas contratuais:

- Objeto: prestação de serviços de assistência pós-venda de licenças Oracle (cláusula 1.ª);
- Preço: € 630.326,00, sem IVA (cláusula 3.ª, n.º 1);
- Vigência do contrato: um ano, com início reportado a 01.01.2010 (cláusula 4.ª, n.º 1)⁽²⁶⁾.

2.21 - Em 17.12.2010, um vogal do CD do IFAP autorizou o pagamento da citada fatura n.º 1707H, no montante de € 762.694,46 (com IVA), como retratado na autorização de pagamento n.º 684 (de 17.12.2010), autorização essa ratificada pelo CD do IP em reunião de 22.12.2010⁽²⁷⁾.

2.22 – Em 27.12.2010, a fatura antes indicada foi paga por transferência bancária, através de conta aberta pelo IFAP no IGTCP⁽²⁸⁾.

2.23 - Em janeiro de 2011, o IFAP informou⁽²⁹⁾ este Tribunal de que “*Ainda não foram efetuados pagamentos ao abrigo do presente contrato*”, cf. n.º 2 do seu Of. n.º 33719/2010, datado de “21.12.2010”, mas expedido em 13.01.2011.

2.24 - Em 22.03.2011, o CD do IFAP determinou⁽³⁰⁾ a abertura de um processo de inquérito a fim de apurar os factos que levaram à emissão da autorização de pagamento n.º 684, o qual findou com um “Relatório Final” (de 12.04.2011⁽³¹⁾) que, além de conter um conjunto de recomendações, propõe a instauração de um processo disciplinar ao Diretor do Departamento Financeiro e ao Chefe da Unidade de Gestão Financeira do IFAP, o que veio a ser acolhido pelo seu CD em deliberação tomada em 05.05.2011⁽³²⁾.

2.25 - Na mesma data (22.03.2011), o IFAP comunicou ao TC que, “*contrariamente ao afirmado no ofício supra referido, ao abrigo do contrato em causa, foi já realizado pelo IFAP um pagamento, situação que se ficou a dever a um lapso e cujas razões serão*

⁽²⁴⁾ O sobredito “Auto de Aceitação” foi disponibilizado em anexo ao Of. do IFAP n.º 34644/2011, de 10.11.2011. Em consonância com o teor daquele Auto, o IFAP declarou que “*O início da prestação de serviços de suporte/assistência do contrato em epígrafe ocorreu em Agosto de 2010*”, cf. p. 2 do citado Of. n.º 34644/2011.

⁽²⁵⁾ O contrato foi objeto de ulterior “Adenda”, subscrita pelas partes contratantes em 11.08.2011, tendo por fim suprir a omissão de referência aos elementos previstos no art.º 96.º, n.º 1, als. b), g) e h), do CCP.

⁽²⁶⁾ Ibidem na proposta formulada pela Normática, S.A. (datada de 03.07.2010), na qual se refere que os serviços nela oferecidos abrangem o período compreendido entre 01.01.2010 e 31.12.2010.

⁽²⁷⁾ Cf. teor do extrato do p. 10 da ata (n.º 42/2010) narrativa da reunião do CD do IFAP realizada em 22.12.2010.

⁽²⁸⁾ Cf. documento comprovativo da transferência mencionada no texto, disponibilizado pelo IFAP em anexo ao seu Of. n.º 24674/2011, de 28.07.2011.

⁽²⁹⁾ Informação prestada em resposta ao questionado no p. 2 dos esclarecimentos anexos ao Of. da DGTC n.º DECOP/UAT II/6809/10, de 23.11.2010.

⁽³⁰⁾ Cf. extrato do p. 1 da ata n.º 13/2011, descritiva da reunião do CD do IFAP realizada em 22.03.2011, remetida em anexo ao seu Of. n.º 24674/2011, de 28.07.2011.

⁽³¹⁾ Relatório facultado pelo IFAP em anexo ao seu Of. n.º 34644/2011, de 10.11.2011.

⁽³²⁾ Cf. extrato do p. 20 da ata n.º 19/2011, descritiva da reunião do CD do IFAP ocorrida em 05.05.2011.



apuradas no âmbito de um processo de inquérito”, cf. consta no seu Of. n.º SDA-02013/2011, com data de “22.03.2011”.

2.26 - Em Maio de 2011, o IFAP acrescentaria ainda que “(...) a fatura subjacente a este contrato foi paga em Dezembro de 2010, pelo que o presente contrato não tem encargos financeiros que onerem o orçamento de 2011. Como então referido, este pagamento contraria a resposta dada a esse Dig.º Tribunal através do nosso ofício (...) e viola, lamentavelmente, o n.º 1 do art.º 45.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto. (...) o Conselho Diretivo, assim que tomou conhecimento do facto, deliberou imediatamente instaurar um processo de inquérito (...)”, cf. n.º 4 do seu Of. n.º 15322/2011, de 26.05.2011⁽³³⁾.

2.27 - Em 15.06.2011, o contrato submetido a fiscalização prévia formou visto tácito nos termos do disposto no art.º 85.º, n.º 1, da LOPTC, como documentado no respetivo proc. de visto (n.º 1512/2010).

2.28 - Em 04.08.2011, o CD do IFAP deliberou arquivar⁽³⁴⁾ o processo disciplinar referenciado em 2.24.

III – NORMAS LEGAIS APLICÁVEIS

3.1 - Como resulta do disposto nos art.ºs 3.º, n.º 2, do DL n.º 37/2007, de 19.02, alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04 e 5.º, n.ºs 1 e 5, al. b), do Regulamento n.º 330/2009, de 23.07⁽³⁵⁾, o IFAP integra o SNCP na qualidade de entidade compradora vinculada em relação às categorias de bens e serviços objeto de acordos quadro celebrados pela ANCP, previamente definidas em portaria (art.º 5.º, n.º 3, do DL n.º 37/2007).

3.2 – O referido DL n.º 37/2007 não indica as situações⁽³⁶⁾ em que uma entidade compradora vinculada pode contratar à margem da contratação centralizada na ANCP, estabelecendo apenas que a quebra daquela obrigatoriedade carece de “*autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada*”, cf. seu art.º 5.º, n.º 4, reiterado no art.º 8.º, n.ºs 1 e 3, do citado Regulamento n.º 330/2009⁽³⁷⁾.

⁽³³⁾ Prestado em resposta ao solicitado no n.º 4 do anexo ao Of. do DECOP/UAT.2/771/2011, de 28.01.2011.

⁽³⁴⁾ Cf. teor da Informação do IFAP n.º 3504/2011, de 11.08.2011, remetida em anexo ao seu Of. n.º 34644/2011, de 10.11.2011, cujo n.º 5 reitera o afirmado no texto.

⁽³⁵⁾ Regulamento que estabelece a disciplina aplicável ao SNCP, pub. no DR, 2.ª S., n.º 146, de 30.07.2009.

⁽³⁶⁾ Registe-se que são prefiguráveis situações em que, apesar duma entidade compradora vinculada pretender contratar bens, serviços ou obras abrangidas pelas categorias (abstratas) identificadas em certa portaria, poderá ver-se forçada a fazê-lo fora do mecanismo dos acordos quadro como sucederá, por ex., nas situações descritas no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do CCP ou ainda quando tal contratação envolva alterações substanciais das condições previstas naqueles acordos, como resulta do disposto no seu art.º 257.º, n.º 2.

⁽³⁷⁾ Os n.ºs 1 e 3 do art.º 8.º do Regulamento n.º 330/2009 prescrevem, respetivamente, que “*Salvo autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, o recurso à contratação centralizada de bens móveis e serviços constantes das portarias a que se refere o n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, é obrigatório para todas as entidades compradoras vinculadas, por força do n.º 4 do mesmo preceito legal*” (n.º 1) e que “*Nos casos em que se mostre necessária a autorização referida no n.º 1, a entidade compradora interessada deverá submeter a respetiva proposta fundamentada ao membro do Governo responsável pela área das finanças*” (n.º 3).



Tribunal de Contas

3.3 – No entanto, o art.º 257.º, n.º 2, do CCP determina que *“Da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos”*.

3.4 – No biénio 2010/2011, a celebração de contratos de aquisição de serviços pelo Estado de valor igual ou superior a € 125.000,00, tinha de ser precedida de concurso público ou limitado por prévia qualificação de âmbito comunitário, cf. art.º 20.º, n.º 2, do CCP, conjugado com o valor indicado no art.º 7.º, al. a), da Diretiva 2004/18/CE, de 31.03, atualizado pelo art.º 2.º, n.º 1, al. a), do Regulamento (CE) n.º 1177/2009, de 30.11.2009.

3.5 – Regra geral, os atos e contratos administrativos dispõem para o futuro (isto é, produzem efeitos desde a data da sua prática ou outorga), cf. n.º 1 dos art.ºs 127.º, do CPA e 287.º, do CCP.

3.6 – Excecionalmente, os atos administrativos podem projetar os seus efeitos para o passado *“Quando a retroatividade seja favorável para os interessados e não lese direitos ou interesses legalmente protegidos de terceiros, desde que à data a que se pretende fazer remontar a eficácia do ato já existissem os pressupostos justificativos da retroatividade”*, cf. art.º 128.º, n.º 2, al. a), do CPA.

3.7 – No domínio contratual, o art.º 287.º, n.º 2, do CCP prevê exceção idêntica, dispondo 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”*.

3.8 – Ainda no mesmo domínio, o art.º 281.º do CCP determina, em concordância com os princípios da proporcionalidade e da especialidade, que *“O contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato”*.

3.9 – Em 2010, os contratos de aquisição de serviços celebrados pelo IFAP de valor superior a € 350.000,00 encontravam-se sujeitos a fiscalização prévia do TC, cf. resulta do disposto nos art.ºs 2.º, n.º 1, al. d), 5.º, n.º 1, al. c), 46.º, n.º 1, al. b) e 48.º, todos da LOPTC, e art.º 138.º, n.º 1, da Lei n.º 3-B/2010, de 28.04.

3.10 – Os contratos sujeitos ao aludido controlo financeiro prévio podem produzir todos os seus efeitos antes do visto *“(…) exceto quanto aos pagamentos a que derem causa (...)”*, como o estatui o art.º 45.º, n.º 1⁽³⁸⁾, da LOPTC. Esta exceção visa salvaguardar a

⁽³⁸⁾ Esta disposição legal acrescenta ainda a expressão *“e sem prejuízo do disposto nos números seguintes”* os quais, antes da alteração efetuada pela Lei n.º 61/2011, de 07.12, respeitavam apenas às situações em que já havia sido proferida decisão de recusa de visto (cf. art.º 45.º, n.ºs 2 e 3, da LOPTC).



Tribunal de Contas

intervenção útil e oportuna do TC como “*órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas*” (art.º 214.º, n.º 1, da CRP) que, no domínio do controlo financeiro prévio, “*tem por fim verificar se os atos, contratos ou outros instrumentos de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria*” (art.º 44.º, n.º 1, da LOPTC).

IV – APRECIÇÃO

As observações que a seguir se apresentam resultaram da análise dos elementos coligidos no decurso da Ação, bem como das alegações oferecidas pela entidade auditada e pelos responsáveis indiciados na sequência do contraditório realizado nos termos já expostos nos pontos 1.5 e 1.6.

Por mera comodidade de exposição, a menção, adiante efetuada, às alegações oferecidas por *Luís Miguel Gaudêncio Simões do Souto Barreiros, Ana Isabel Caeiro Paulino, João Carlos Mourão Pastorinho da Rosa, Fernando Manuel Fernandes Alves e Luís Miguel Santos Felipe* processam-se por referência, respetivamente, aos vocábulos R1, R2, R3, R4 e R5.

4.1. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGALMENTE EXIGÍVEL

4.1.1 – Como decorre das normas indicadas em 3.1, o IFAP configura uma entidade compradora vinculada em relação às categorias de bens e serviços objeto de acordos quadro celebrados pela ANCP, previamente definidas em portaria que, à data da factualidade apurada, correspondia à Portaria n.º 772/2008, de 06.08⁽³⁹⁾.

4.1.2 – Na lista anexa à citada Portaria n.º 772/2008 mencionam-se, entre outras, como categorias de bens e serviços principais, o “*Licenciamento de software (aquisição e aluguer operacional)*” e, como bens e serviços associados, a instalação e a assistência pós-venda.

4.1.3 – O exposto nos pontos 2.2, 2.10, 2.11 e 2.13 (vide esclarecimento 4), evidencia que o IFAP pretendia apenas adquirir serviços de assistência pós-venda ao software Oracle, cujas licenças (e subsequente instalação) já haviam sido adquiridas no pretérito⁽⁴⁰⁾.

4.1.4 – Diferentemente, o Acordo Quadro celebrado pela ANCP teve por objeto principal a aquisição de licenças de software e, acessoriamente, serviços de assistência pós-venda, sendo obrigatória a aquisição destes no âmbito da aquisição de licenças integradas nos grupos 1 e 2 e opcional no domínio da aquisição das licenças compreendidas no grupo 3 (pontos 2.3 e 2.5).

⁽³⁹⁾ Portaria pub. no DR, 1.ª S., n.º 151, de 06.08.2008.

⁽⁴⁰⁾ Vide pontos 2.1 e 2.13 (questão 2) deste documento.



Tribunal de Contas

4.1.5 – Em síntese, as necessidades do IFAP restringiam-se a uma parte (serviços de assistência pós-venda) das prestações globalmente contratadas pela ANCP (aquisição de licenças, instalação e assistência pós-venda) no âmbito do aludido Acordo Quadro, sendo que os documentos neste integrados (PC e CE) não previam a possibilidade de serem celebrados ao seu abrigo contratos de objeto mais reduzido (pontos 2.3 e 2.5).

4.1.6 – O impedimento antes referido é evidenciado pela impossibilidade⁽⁴¹⁾ objetiva do IFAP, na escolha do seu cocontratante, observar o critério de adjudicação indicado no art.º 28.º, n.º 2, do CE referente ao concurso que precedeu a formação do Acordo Quadro (pontos 2.6, 2.7, 2.11 e 2.15), como o impunha o disposto no art.º 259.º, n.º 2, do CCP⁽⁴²⁾.

4.1.7 - Questionada⁽⁴³⁾ a razão pela qual o IFAP recorreu à contratação dos serviços de assistência pós-venda em causa através do mencionado Acordo Quadro quando o objeto principal deste último consistia no fornecimento de licenças de software, aquele IP respondeu, em síntese, que tal se deveu à informação prestada pela ANCP⁽⁴⁴⁾ na fase preparatória do procedimento de formação do contrato, correspondente à possibilidade de adquirir tais serviços ao abrigo do dito Acordo, “*ainda que a «licença original» tivesse sido adquirida antes e, por isso, fora do atual acordo quadro*”, como declarado no p. 4.1 do Of. do IFAP n.º 34644/2011, de 10.11.2011.

4.1.8 – A razão apresentada não é, todavia, juridicamente concordante com o estipulado no art.º 1.º, n.º 1, do PC incluso no concurso que antecedeu a formação do aludido Acordo

⁽⁴¹⁾ Impossibilidade reconhecida pelo próprio IFAP no p. 4, al. b), do seu Of. n.º 402/2012, de 06.01.2012, ao referir que “*o procedimento em epígrafe apenas tinha como objeto a aquisição dos serviços de assistência pós-venda (manutenção) dos produtos Oracle, uma vez que estes já se encontravam instalados e as licenças tinham sido adquiridas em anos anteriores, pelo que apenas foi utilizado o critério «preço mais baixo» dos preços dos serviços de assistência pós-venda, dado que os restantes não tinham possibilidade de ser aplicados*”. Registe-se ainda que — e abstraindo da questão da legalidade (versada no texto) do recurso à contratação dos serviços de assistência pós-venda através do mencionado Acordo Quadro — contrariamente ao afirmado pelo IFAP no p. 4, al. a), do ofício antes indicado, não foram convidadas todas as entidades que reuniam as condições necessárias para a execução das prestações objeto do contrato integrado no proc. de visto n.º 1512/2010, considerando que, segundo informação prestada no processo de auditoria pela ANCP (no seu Of. n.º S.DCP.000.020.648, de 05.01.2012), existiam mais 10 entidades (a saber: a *Altran*, a *Edni*, a *CPCSI*, a *Infosistema*, a *Glint BS*, a *Novabase BS*, a *Glint TES*, a *IECI*, a *Link* e a *SICNET*) nessas condições. Ao cingir o convite para apresentação de propostas relativas aos serviços atrás mencionados a 3 (a *Normática*, a *GFI* e a *Timestamp*) das 13 entidades que reuniam as condições para os prestar, o IFAP desrespeitou o disposto no art.º 259.º, n.º 1, do CCP e no art.º 27.º, n.º 1, do CE integrado no aludido Acordo Quadro (vide p. 2.6 deste documento).

⁽⁴²⁾ Sobre a inobservância do art.º 259.º, n.º 2, do CCP, escreveu-se, no Ac. n.º 28/2009 – 1.ª S/PL, de 29.06 (tirado no RO n.º 13/2009), o seguinte: “*Relativamente à situação referida na antecedente alínea b), ou seja ao facto de o convite para a apresentação das propostas não conter o modelo de avaliação das propostas, com base nos fatores e subfatores densificadores do critério de adjudicação, previamente previsto no Caderno de Encargos do acordo quadro, dir-se-á que se está perante uma flagrante ilegalidade. Na verdade, o artigo 259.º, n.º 2, do CCP é claro ao referir que o convite para a apresentação das propostas deve indicar o modelo de avaliação destas, com base nos fatores e subfatores que densificam o critério de adjudicação previamente previsto no CE do acordo quadro. Não contendo aquele convite os referidos elementos, violado foi o disposto no artigo 259.º, n.º 2, do CCP*”.

⁽⁴³⁾ Cf. teor do p. 4.1 do Of. da DGTC n.º 15303, de 13.10.2011.

⁽⁴⁴⁾ Informação prestada através de um email da ANCP (Direção de Compras Públicas), enviado ao IFAP em 24.11.2009, no qual se pode ler o seguinte (reprodução parcial):

“*O acordo quadro de licenciamento de software (AQ 11-LS) inclui, no âmbito dos serviços de assistência pós-venda, todos os serviços de suporte e atualizações (upgrades e updates), conforme decorre do n.º 2 do art.º 24.º do caderno de encargos do concurso que lhe deu origem. Pelo que, desde que o software pretendido esteja disponível no acordo quadro de licenciamento de software, pode-se adquirir os serviços de suporte e atualizações (updates e upgrades) para o software instalado, mesmo que a «licença original» tenha sido adquirida antes e por isso fora do atual acordo quadro*”.

Este email foi disponibilizado pelo IFAP em anexo ao seu Of. n.º 34644/2011, de 10.11.2011.



Tribunal de Contas

Quadro, nem com o positivado nos art.^{os} 21.º, n.^{os} 6 e 7 e 24.º, n.º 1, do CE integrado no mesmo concurso (pontos 2.3 e 2.5).

4.1.9 – Do exposto, conclui-se que o contrato celebrado pelo IFAP representou uma modificação substancial das condições previstas no Acordo Quadro firmado pela ANCP⁽⁴⁵⁾, em violação do disposto no art.º 257.º, n.º 2, do CCP.

4.1.10 – Face ao valor dos serviços em causa (€ 630.326,00, sem IVA), a sua contratação deveria ter sido antecedida de concurso público ou limitado por prévia qualificação de âmbito comunitário, cf. art.º 20.º, n.º 2, do CCP, conjugado com o valor (€ 125.000,00) definido nos normativos comunitários indicados no p. 3.4, depois de obtida a autorização mencionada nos art.^{os} 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 e 8.º, n.^{os} 1 e 3, do Regulamento n.º 330/2009, de 23.07.

4.1.11 – O incumprimento da disposição legal referida em 4.1.9 e das formalidades referidas em 4.1.10 é ainda contrária aos princípios da legalidade, da igualdade e da concorrência positivados nos art.^{os} 81.º, al. f), e 266.º, n.º 2, da CRP, 3.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1, do CPA e 1.º, n.º 4, do CCP.

4.1.12 – As ilegalidades antes mencionadas foram impugnadas por todos os responsáveis, como se extrai do teor das págs. 3 a 6 do articulado oferecido pelo responsável R1 e dos n.^{os} 1 a 12 (fls. 1, 2 e 3) dos articulados subscritos pelos responsáveis R4 e R5. A sua argumentação centra-se, no essencial⁽⁴⁶⁾, na informação prestada (em 24.11.2009 por

⁽⁴⁵⁾ Situação análoga à explanada no texto é prefigurada por *Miguel Assis Raimundo* relativamente à aquisição, no âmbito de um acordo quadro, de serviços de comunicações móveis e correlativos equipamentos (telemóveis), tendo como prestação acessória a respetiva assistência técnica, e em que a entidade adquirente carece apenas desta última (porque já adquiriu, no passado, os equipamentos). Além de censurar a possibilidade de aquisição de parte do objeto do acordo quadro (atendendo a que “o acordo quadro foi publicitado de acordo com o pressuposto de que as entidades compradoras iriam adquirir posteriormente a totalidade das prestações; os concorrentes apresentaram-se a concurso com essa expectativa, e é com base nesse pressuposto que posteriormente terão de fazer um preço para as prestações dos contratos a celebrar”), o Autor sustenta que, em situações como a equacionada, as entidades deverão pedir autorização para contratar fora dos acordos quadro nos termos previstos no art.º 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, cf. expresso na obra “*Estudos sobre contratos públicos*”, Editora AAFDL (2010), págs. 289 e 290.

⁽⁴⁶⁾ Cf. último e primeiro parágrafos das fls. 4 e 5, respetivamente, e als. a) e b) a fl. 6 do articulado apresentado pelo responsável R1 e n.^{os} 8 a 10 dos articulados oferecidos pelos responsáveis R4 e R5. Os responsáveis indicados em último declaram ainda que não alcançam o motivo pelo qual os serviços de assistência pós-venda não podiam ser adquiridos ao abrigo do Acordo Quadro, considerando que este englobava igualmente o fornecimento daqueles, cf. se extrai do teor dos n.^{os} 5 a 7 (fl. 2) dos seus articulados. Como já se deixou exposto, o objeto do Acordo Quadro foi contratado pela ANCP em termos globais, em que a aquisição de licenças de software (objeto principal) impunha a aquisição dos respetivos serviços de assistência pós-venda (objeto acessório), exceto no caso de aquisição de licenças integradas no grupo 3, cuja compra dos correspondentes serviços de assistência era opcional – cf. art.^{os} 1.º, n.º 1 do PC e 21.º, n.^{os} 6 e 7 e 24.º, n.º 1, do CE, inclusos no concurso que antecedeu a formação do sobredito Acordo Quadro. Cumulativamente, nenhum daqueles documentos (PC e CE) previa a possibilidade de serem celebrados ao seu abrigo contratos de objeto mais reduzido, *in casu*, limitado aos serviços de assistência pós-venda. Consequentemente, a contratação isolada destes serviços comportou uma modificação substancial das condições consagradas naquele Acordo, o que não é consentido pelo art.º 257.º, n.º 2, do CCP. Os mesmos responsáveis assinalam, por fim, “(...) que a utilização dos AQ negociados pela ANCP permite a obtenção de vantagens financeiras para o Estado resultantes da submissão à concorrência da aquisição dos bens e serviços a adquirir (benefícios de escala na negociação)”, cf. n.º 11 dos seus articulados. Sem prejuízo de se reconhecer a potencial obtenção de poupanças possibilitadas pela aquisição, em grandes quantidades, de bens, serviços e obras, alguma doutrina considera inadequada a contratação, através de acordos quadro, de bens e serviços objeto de desenvolvimento constante e volátil de tecnologia e de preços, como são os respeitantes a comunicações e (continua na pág. seguinte)



email) pela ANCP na fase preparatória daquele procedimento — referenciada no relato (na nota de rodapé n.º 35, pág. 10) e no anterior p. 4.1.7 — pelo que “*se erro houve, e esse se manifesta ao nível da consciência da ilicitude, então cabe reconhecer que este erro não lhe é censurável, na medida em que o IFAP legitimamente confia na informação que lhe é prestada pela entidade competente. Donde não lhe poder ser sequer imputável um juízo de culpa – n.º 1 do artigo 9.º do DL 433/88*”⁽⁴⁷⁾, cf. al. c) a fl. 6 do articulado apresentado pelo responsável R1⁽⁴⁸⁾. Como se conclui do transcrito, a defesa oferecida incide sobre o elemento subjetivo (culpa) integrador da infração financeira sancionatória decorrente da inobservância das normas e princípios referidos no p. 4.1.11, assinalada no relato contraditado (p. 4.3.1.4, pág. 20), a qual se aprecia no ponto subsequente.

4.1.13 – Primeiramente, retenha-se que o SNCP orienta-se, entre outros, pelo princípio de segregação das funções de contratação (visando a celebração de acordos quadro) das de compras e pagamentos, a cargo das entidades compradoras [cf. art.º 4.º, al. a), do DL n.º 37/2007, de 19.02]. Segundo, é indubitável que a ANCP é a entidade responsável pela gestão do SNCP, em articulação com as unidades ministeriais de compras (UMC) e as entidades compradoras (cf. art.º 8.º, n.º 1, do DL n.º 37/2007, de 19.02), sendo as suas atribuições definidas no art.º 6.º, n.º 1⁽⁴⁹⁾, dos seus Estatutos e as suas competências funcionais no art.º 15.º⁽⁵⁰⁾ do Regulamento n.º 330/2009, de 23.07. Por sua vez, o art.º

tecnologias de informação – neste sentido, vide Lara Sofia Pinto in “Os Acordos-Quadro no Direito da Contratação Pública”, Almedina (2011), págs. 24, 30 e 31.

⁽⁴⁷⁾ O “DL n.º 433/88” reviu o regime remuneratório e de horário de trabalho dos chefes de serviços administrativos hospitalares, pelo que o responsável terá pretendido aludir ao DL n.º 433/82, de 27.10, que aprovou o regime geral das contra-ordenações. Dispõe o seu art.º 9.º, n.º 1 (invocado pelo responsável) que “*Age sem culpa quem atua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável*”.

⁽⁴⁸⁾ Em sentido análogo ao manifestado pelo responsável R1, os responsáveis R4 e R5 concluem que “*Face ao esclarecimento da ANCP, o signatário formou a convicção de que a decisão tomada não violava qualquer norma legal, designadamente as referidas no relato de auditoria*”, cf. n.º 12 dos seus articulados.

⁽⁴⁹⁾ O citado art.º 6.º, n.º 1 estatui o seguinte: “*1 — São atribuições da ANCP, no âmbito do sistema nacional de compras públicas: a) Implementar e assegurar a atualização permanente do Programa Nacional de Compras Eletrónicas (PNCE); b) Definir políticas, linhas de orientação, propostas de legislação, procedimentos e sistemas de informação de suporte relacionados com compras públicas; c) Negociar e celebrar acordos quadro ou outros contratos públicos de obras, de fornecimento ou de serviços destinados às entidades adjudicantes compradoras; d) Acompanhar e apoiar as UMC nas negociações dos acordos quadro ou outros contratos públicos a celebrar ao nível ministerial; e) Agregar e tratar a informação de compras; f) Gerir e supervisionar a comunicação relacionada com compras públicas; g) Definir, desenvolver e implementar estratégias de compra e negociação para as categorias de produtos e serviços cuja aquisição seja centralizada, preservando e incrementando os níveis de concorrência nos respetivos setores de atividade; h) Coordenar e apoiar as entidades públicas e seus fornecedores na adoção das normas e procedimentos definidos para o aprovisionamento público; i) Avaliar permanentemente o desempenho do SNCP, designadamente mediante a realização de auditorias, sem prejuízo das atribuições e competências legalmente atribuídas às entidades com função inspetiva e de controlo financeiro; j) Definir e promover procedimentos de natureza normativa relativos à aquisição e utilização de sistemas informáticos de suporte ao aprovisionamento público; l) Gerir as aplicações centralizadas que integram o Sistema de Compras Públicas Eletrónicas, bem como as aplicações de suporte à atividade da ANCP; m) Adotar práticas e privilegiar a aquisição de bens e serviços que promovam o equilíbrio adequado entre a eficiência financeira e a proteção do ambiente*”.

⁽⁵⁰⁾ O citado art.º 15.º estabelece que “*Compete à ANCP: a) Negociar e celebrar acordos quadro ou outros contratos públicos de fornecimento de bens móveis ou serviços destinados às entidades compradoras; b) Praticar todos os atos relacionados com os procedimentos administrativos pré-contratuais da sua competência, designadamente elaborando os anúncios de abertura, promovendo a sua publicação, preparando as peças dos procedimentos e praticando todos os demais atos que resultem da legislação aplicável; c) Conduzir os procedimentos centralizados de negociação e contratação das aquisições nos termos legal ou contratualmente estabelecidos; d) Praticar, nos limites da legislação aplicável ou dos respetivos contratos de mandato administrativo ou de adesão, os atos de adjudicação relativos aos procedimentos pré-contratuais que sejam da sua competência; e) Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a ANCP pode, nos procedimentos centralizados de contratação da aquisição por si conduzidos, reverter para as entidades compradoras a decisão final de adjudicação; f) Acompanhar e apoiar as UMC nas negociações dos acordos quadro ou outros contratos públicos a celebrar a nível ministerial, bem como na* (continua na pág. seguinte)



17.^{o(51)} do mesmo Regulamento especifica as obrigações das entidades compradoras vinculadas. No entanto, e sem prejuízo da exigência de coordenação entre a ANCP, as UMC e as entidades compradoras, os dispositivos legais citados não atribuem à ANCP qualquer competência para, nos termos do art.^o 98.^o do CPA, se pronunciar ou emitir, a título facultativo ou obrigatório, pareceres sobre as contratações subsequentemente promovidas pelas entidades compradoras vinculadas. Por conseguinte, o IFAP não se encontrava obrigado a valorar a informação prestada pela ANCP na decisão de contratar (art.^o 36.^o, n.^o 1, do CCP) e, ainda que assim não fosse — o que só em tese se consente — sempre poderia decidir em sentido divergente, como o autoriza o disposto no art.^o 124.^o, n.^o 1, al. c), do CPA.

Atento o exposto, não é líquido que possa ser afastada a censurabilidade⁽⁵²⁾ das condutas dos responsáveis com fundamento na confiança depositada na informação prestada pela ANCP, como sustentado por aqueles.

4.2. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA AO CONTRATO CELEBRADO

4.2.1 - Como resulta da factualidade descrita no p. II, na pendência do procedimento adjudicatório, o IFAP, a coberto de pretensos⁽⁵³⁾ esclarecimentos, alterou o termo inicial da

condução dos procedimentos centralizados de negociação e contratação das aquisições ao abrigo dos acordos quadro celebrados pela ANCP; g) Agregar e tratar a informação de compras, designadamente a relativa a despesa e necessidades; h) Gerir e supervisionar a comunicação relacionada com compras públicas; i) Coordenar e apoiar as entidades públicas na adoção das normas e procedimentos definidos para o aprovisionamento público, nomeadamente através da promoção e realização de ações de formação sobre compras e contratação pública; j) Gerir as aplicações centralizadas de suporte às compras públicas eletrónicas”.

⁽⁵¹⁾ O referido art.^o 17.^o prescreve o seguinte: “1 — As entidades compradoras vinculadas devem coadjuvar as respetivas UMC e a ANCP, facultando as informações e disponibilizando os documentos que pelas mesmas lhes forem solicitados. 2 — Sem prejuízo de outros deveres que resultem da lei, dos respetivos títulos constitutivos ou, conforme os casos, dos estatutos, as entidades compradoras acima mencionadas praticam os seguintes atos: a) Comunicam as necessidades aquisitivas à UMC do seu ministério, assumindo a plena responsabilidade pela elaboração da informação, bem como pela respetiva plenitude e qualidade; b) Comprovam o cumprimento das disposições legais e regulamentares relativas às compras públicas ecológicas; c) Informam periodicamente a UMC do tipo de serviços que lhes estão a ser prestados e respetiva quantidade e duração, e se pretendem ou não acionar a sua renovação; d) Asseguram que sejam praticados em tempo útil os atos administrativos de autorização da realização de despesa com a aquisição de bens móveis ou serviços, bem como a respetiva cabimentação; e) Celebram os contratos de mandato administrativo que se mostrem necessários para o exercício das funções das UMC ou da ANCP; f) Implementam os sistemas de informação relacionados com compras nos moldes definidos pela ANCP e UMC; g) Implementam o processo de simplificação, normalização e automatização dos processos de compras nos termos definidos pela ANCP e UMC. 3 — No âmbito dos procedimentos pré -contratuais levados a cabo pela ANCP ou pelas UMC com vista à celebração de acordos quadro ou à aquisição de bens móveis ou serviços dos quais venham a ser parte, as entidades compradoras devem ainda: a) Apoiar a UMC ou a ANCP na elaboração da componente técnica das peças e documentos procedimentais; b) Auxiliar a UMC ou a ANCP na preparação de respostas a eventuais esclarecimentos, reclamações, recursos hierárquicos ou quaisquer ações judiciais relacionadas com os procedimentos pré -contratuais ou com a execução dos contratos públicos celebrados; c) Outorgar, dentro dos prazos legais, os contratos de aquisição de bens móveis ou serviços; d) Elaborar as ordens de encomenda, conferir as faturas e proceder aos pagamentos; e) Reportar à UMC todos os incumprimentos detetados na aplicação das condições negociadas com os fornecedores de bens móveis e os prestadores de serviços”.

⁽⁵²⁾ Censurabilidade nos termos do art.^o 9.^o, n.^o 1, do DL n.^o 433/82, de 27.10, de teor idêntico ao do art.^o 17.^o, n.^o 1, do Código Penal. Anote-se que “A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”, sendo que “Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos”, como o dispõem, respetivamente, os n.^{os} 1 e 2 do art.^o 10.^o da Lei n.^o 67/2007, de 31.12 (alterada pela Lei n.^o 31/2008, de 17.07), que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.



eficácia do contrato a celebrar — primitivamente reportado à data da sua assinatura, depois antecipado para 01.01.2010, o que veio a ser observado no contrato outorgado em 25.10.2010 (pontos 2.12, 2.13 e 2.20).

4.2.2 – Da mesma factualidade decorre ainda que, apesar do cocontratante ter iniciado a execução dos serviços pós-venda em 13.08.2010 e cessado em 31.12.2010 auferiu, como contrapartida, a importância equivalente a serviços prestados para um período de 12 meses, no valor de € 762.694,46, IVA incluído (pontos 2.18 e 2.20 a 2.22).

4.2.3 – Questionado⁽⁵⁴⁾ sobre o motivo subjacente à retroatividade em apreço, em janeiro de 2011 o IFAP declarou o seguinte:

“Tendo o contrato anteriormente em vigor tido o seu término em 31 de Dezembro de 2009, e não podendo existir descontinuidade na prestação dos serviços ao qual dizia respeito, era necessário ao IFAP, I.P. garantir a continuidade da prestação de serviços de assistência após-venda às licenças ORACLE instaladas, no dia imediato ao seu término, pelo que o contrato submetido à apreciação do Tribunal de Contas (...) terá de produzir efeitos a partir da data de 01 de Janeiro de 2010. Se assim não fosse, o IFAP teria, como resulta claramente do Anexo I, que suportar uma penalização de 50% sobre o valor do contrato de manutenção, o que equivaleria a cerca de 310.000,00 euros. E era impossível ao IFAP, IP proceder à abertura de um procedimento de aquisição conducente à contratação do objeto do contrato ora em apreço em data prévia à da produção dos efeitos, uma vez que ainda não tinham sido registados nos acordos quadro pelos parceiros da ORACLE, os produtos ORACLE conforme se pode atestar através de carta do fabricante anexa ao presente ofício (ver Anexo I). Logo que tal veio a acontecer, iniciou-se o procedimento”, como expresso no p. 1 do seu Of. n.º 33719, de 13.01.2011.

4.2.4 - A “penalização” invocada corresponde ao que comumente se designa por “taxa de reativação” (“*reinstatement fee*”), cobrada pelo prestador de serviços a título de penalização pela cessação de anterior contrato de assistência/manutenção na data da celebração do novo contrato de assistência, correspondente, *in casu*, ao valor dos serviços calculado para o período de interregno contratual, acrescido do montante equivalente a 50% do preço do contrato, cf. se extrai da carta da Oracle, de 23.03.2010⁽⁵⁵⁾, inclusa no

⁽⁵³⁾ Menciona-se “pretensos” considerando que os esclarecimentos sobre as peças do procedimento visam apenas “*tornar claro, congruente ou unívoco o que nesses elementos era obscuro, incongruente ou passível de mais de um sentido. (...) e devem restringir-se a uma tarefa hermenêutica ou de aclaração e fixação do sentido de algo que já se encontrava estabelecido e que tinha um mínimo de correspondência literal na norma esclarecida, não à alteração ou sequer à integração dos elementos que tenham sido divulgados*”, cf. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira in “Concursos e outros procedimentos de contratação pública”, Almedina (2011), pág. 296. Ora, os esclarecimentos prestados sobre a cláusula 3.ª, n.º 1 do CE, excederam manifestamente a finalidade cometida no art.º 50.º, n.º 1, do CCP à mencionada diligência procedimental (prestação de esclarecimentos) na medida em que alteraram o termo inicial da produção dos efeitos do contrato a celebrar naquela (cláusula) indicado. Não se tratando de meros esclarecimentos (cuja prestação cabe ao órgão para o efeito indicado no convite, cf. art.º 50.º, n.º 2, do CCP) mas de uma modificação ao estabelecido na aludida cláusula 3.ª, n.º 1, do CE, cumpre registar que não foi possível determinar se aquela (modificação) foi efetuada pelo órgão legalmente competente para o efeito, ou seja, pelo “*órgão competente para a decisão de contratar*”, cf. art.º 40.º, n.º 2, do CCP.

⁽⁵⁴⁾ Cf. p. 1 do Of. do DECOP/UAT II/6809/10, de 23.11.2010.

⁽⁵⁵⁾ Refere a citada carta da Oracle, na parte pertinente, que “*Se, por qualquer razão o Cliente quebra a manutenção contínua do seu contrato, então quando o Cliente necessitar de reativar novamente o contrato será necessário o* (continua na pág. seguinte)



aludido anexo I. Em síntese, o IFAP fundamenta a necessidade de acautelar a retroatividade do contrato como meio de obstar à referida penalização económica que acaba, em substância, por ser “*substituída*” pelo valor correspondente a serviços efetuados no período compreendido entre 01.01.2010 e 12.08.2010 mas que, na realidade, não foram prestados.

4.2.5 – A relevância da justificação exposta em 4.2.3 — retomada nos p. 7 e 8 do Of. do IFAP n.º 402/2012, de 06.01.2012 e nas alegações dos responsáveis adiante apresentadas —, é enfraquecida (ou desvalorizada) pelos factos que a seguir se enunciam:

- a) *Ab initio* o IFAP tinha conhecimento de que se sujeitaria a uma taxa de reativação na situação descrita, como se conclui do teor dos “Termos Gerais”⁽⁵⁶⁾ dos 12 acordos de renovação (outorgados em 23.12.2008) indicados no quadro 1 do p. 2.1;
- b) A alegação de que os parceiros⁽⁵⁷⁾ da Oracle — isto é, as três empresas convidadas no procedimento — ainda não tinham registado os seus produtos nos ditos “acordos quadro” em momento anterior a 01.01.2010 não é comprovada pelo teor da citada “*carta do fabricante*”⁽⁵⁸⁾ nem corresponde à matéria de facto apurada junto da ANCP, que informou⁽⁵⁹⁾ o que se segue relativamente àquelas três empresas:

*“Normática – Acordo Quadro ANCP n.º 11.Q – assinado dia 26-08-2009
GFI Portugal – Acordo Quadro ANCP n.º 11.AX – assinado dia 25.08.2009
Timestamp - Acordo Quadro ANCP n.º 11.H – assinado dia 26-08-2009”;*

O informado pela ANCP não só evidencia que o IFAP podia, ao contrário do sustentado, “*proceder à abertura de um procedimento de aquisição conducente à contratação*” dos serviços antes de 31.12.2009, como expõe a morosidade verificada na

pagamento de um valor adicional para que o contrato seja novamente ativado. Esse montante adicional chamado reinstatement fee será calculado com base no último valor do contrato respetivo e no período em que o contrato esteve desativo, com um acréscimo no valor de 50%”.

⁽⁵⁶⁾ Na parte em que se dispõe que “A versão atual das Políticas do Suporte Técnico, bem como a Política de Reativação, podem e devem ser consultadas online em <http://www.oracle.com/support/policies.html>. Caso o Suporte Técnico prescreva e mais tarde, o Cliente pretenda reativá-lo, o(s) contrato(s) ficam sujeitos à Política de Reativação atual da Oracle. Os Encargos de Reativação serão aplicados para além dos Encargos de Suporte Técnico Anual”. Refira-se, aliás, que tais políticas de suporte técnico não são recentes, como se conclui do teor do documento intitulado “*Serviços de Suporte Oracle – Políticas de Suporte Técnico*”, datado de 25.07.2003, anexo à proposta da Oracle (de 12.11.2004) atinente à renovação dos contratos de suporte técnico n.ºs 20181501, 1845114, 20183290, 1863664 e 20183414 para o ano de 2005, então aceite pela entidade antecessora do IFAP (o Instituto Financeiro de Apoio ao Desenvolvimento da Agricultura), cf. elementos escritos apensos ao Of. do IFAP n.º 34644/2011, de 10.11.2011.

⁽⁵⁷⁾ Menção às empresas *Normática, S.A., Timestamp, S.A. e GFI Solutions, Unipessoal, Lda*, indicadas pela Oracle ao IFAP como as empresas registadas no catálogo da ANCP com produtos seus, cf. teor do email da Oracle enviado em 30.04.2010 àquele IP que, no p. 3 do seu Of. n.º 402/2012, de 06.01.2012, sustenta ainda que a Oracle constituía “a entidade melhor habilitada para esclarecer o IFAP sobre o quê e quem reunia as condições necessárias para executar as prestações objeto do contrato a celebrar”.

⁽⁵⁸⁾ Trata-se de uma carta da Oracle, datada de 23.03.2010, que se transcreve (parcialmente): “*De acordo com o solicitado, vimos por este meio apresentar os «Bundled Part Numbers» [números de referências relativos aos produtos abrangidos por licenças ORACLE] que disponibilizamos aos nossos parceiros registados na ANCP. Como já foi mencionado, estes Bundled Part Numbers foram criados a pedido dos nossos parceiros. Tal como informado na última reunião, a Oracle não é um membro registado na ANCP (apenas os nossos parceiros o são), não tendo acesso direto ao sistema na ANCP. Por essa razão não nos é possível confirmar que os Bundled Part Numbers abaixo descritos foram todos registados na ANCP pelos nossos parceiros nem o detalhe dos mesmos. Os Bundled Part Numbers que disponibilizamos para os parceiros são: P03001, P03002, P04001, P06001, P06002, P08001, P12001, P13001, P13002, P13003, P13004 (...)*” (destacado nosso).

⁽⁵⁹⁾ Informação prestada no Of. da ANCP n.º S.DCP.000.020.648, de 05.01.2012.



aludida “*abertura*”, que apenas teve lugar em maio de 2010 (vide p. 2.2);

- c) No contrato subsequente ao versado nesta auditoria, celebrado entre o IFAP e a *Timestamp*, S.A. em 30.12.2011, aquele IP voltou a conferir eficácia retroativa aos seus efeitos (ora reportados a 01.01.2011) com base na taxa de reativação atrás mencionada, como se conclui do teor do Ac. da 1.^a Secção (1.^a instância) n.º 6/2012, de 17.02, proferido no proc. n.º 1/2012, mantido pelo Plenário da mesma secção no seu Ac. n.º 13/2012, de 10.07 (tirado no RO n.º 05/2012).

4.2.6 – Como resulta do disposto no art.º 128.º, n.º 2, al. a), do CPA, só é possível atribuir eficácia retroativa a um ato administrativo (*in casu*, o ato adjudicatório) quando, na data a que remontam os efeitos pretendidos (01.01.2010), estes sejam favoráveis ao interessado (adjudicatário) e inócuos para terceiros (potenciais interessados e concorrentes preteridos). Ora, o pressuposto referido em último não é respeitado atendendo a que, “*num processo concorrencial, assumir que uma determinada entidade poderia iniciar a prestação de serviços antes de ser escolhida ofenderia, além do mais, princípios fundamentais de imparcialidade, concorrência e igualdade e lesaria os direitos e interesses legalmente protegidos dos restantes concorrentes ao procedimento de contratação*”, como se escreveu nos Acórdãos do Plenário da 1.^a Secção do TC n.ºs 14/2009 (RO n.º 12/2008-SRMTTC), 15/2009 (RO n.º 13/2009 – SRMTTC), 16/2009 (RO n.º 14/2008 – SRMTTC) e 17/2009 (RO n.º 15/2008 - SRMTTC), todos de 31.03.2009. A jurisprudência indicada foi retomada, entre outros, no Ac. da 1.^a Secção (1.^a instância) n.º 4/2012, de 14.02 (proferido no proc. de visto n.º 1704/2011) — incidente sobre um contrato celebrado pelo IFAP que contemplava idêntica retroação de efeitos —, confirmado pelo Ac. do Plenário da 1.^a Secção n.º 9/2012, de 19.06 (tirado no RO n.º 4/2012).

4.2.7 – Concomitantemente, constata-se que a retroatividade dos efeitos constitutivos do ato adjudicatório não é conciliável com o regime jurídico disciplinador da realização de despesas públicas, como salientado nos arestos antes citados, nos termos que a seguir se transcrevem: “*(...) só no ato de adjudicação se fixa o montante da despesa, se confirma a disponibilidade de verba orçamental para a suportar e se obtém a competente autorização para a sua realização, requisitos financeiros indispensáveis para que se possa assumir o compromisso contratual. Assim, e nos termos do disposto no invocado artigo 128.º, n.º 2, alínea a), do CPA, antes desse ato de adjudicação não é possível dar por verificados pressupostos essenciais do contrato e da realização dos serviços a que ele se destina, como sejam a certeza de que pode haver um contrato, o seu conteúdo, a identificação da entidade que deve prestar os serviços e a autorização para a realização da correspondente despesa*”.

4.2.8 – Assinale-se que o art.º 287.º, n.º 2, al. b), do CCP, transcrito no p. 3.7, também condiciona a atribuição de eficácia retroativa ao próprio contrato à ausência de lesividade



de direitos ou interesses⁽⁶⁰⁾ legalmente protegidos de terceiros, exigindo a al. c) do mesmo número e disposição legal que tal antecipação de efeitos “*Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência (...)*”. Ora, não é líquido que a retroação dos efeitos de um contrato a momento anterior ao da adjudicação não concorra para a produção das limitações à concorrência vedadas pela citada norma por envolver, *a priori*, situações de facto constituídas (entre a entidade adjudicante e o então concorrente) à margem do procedimento adotado para a citada “*formação do contrato*”.

4.2.9 – Nos termos do mesmo art.º 287.º, n.º 2, do CCP, a atribuição de eficácia retroativa ao contrato tem ainda de se fundar em “*exigências imperiosas de direito público*”, que o IFAP reconduziu ao não pagamento da taxa de reativação referida em 4.2.4. No entanto, a justificação apresentada não é suscetível de ser atendida considerando o apontado em 4.2.5 e a materialidade da situação *sub judice*, isto é, a de que o recurso à retroatividade teve por único escopo legitimar o pagamento de prestações não efetuadas “*por conta*” ou em “*substituição*” daquela taxa. Ora, tal fim, além de estranho ao objeto do procedimento e contrato posteriormente celebrado, não é admissível à luz do disposto no art.º 281.º, do CCP — ao qual subjaz o princípio do equilíbrio das prestações (art.º 282.º do CCP) — nem das normas que regulam a realização de despesas públicas, designadamente, a da prévia justificação da despesa quanto à sua economia, eficiência e eficácia, prevista nos art.ºs 42.º, n.º 6, al. c), da LEO e 22.º, n.ºs 1, al. c), e 3, do RAFE (aplicável *ex vi* seu art.º 52.º).

4.2.10 – Na verdade, a atribuição de eficácia retroativa às prestações financeiras que impendem sobre o IFAP a título de remuneração dos serviços de assistência pós-venda a que o cocontratante se vinculou pressupõe que este possa prestar, também com eficácia retroativa, tais serviços⁽⁶¹⁾. Ora, da natureza das operações/atividades ínsitas naqueles serviços conclui-se que não é possível conferir-lhes eficácia retroativa (o tempo não é reversível) e, se o cocontratante não as pode realizar, também não pode ser remunerado por atividades que não exerceu⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ Como (entre outros) a transparência da atividade desenvolvida pela Administração, a confiança suscitada naqueles com que se relaciona, o seu tratamento igualitário e a criação de condições objetivas favoráveis a uma sã concorrência, tutelados nos art.ºs 81.º, al. f) e 266.º, n.º 2, da CRP, 5.º, n.º 1 e 6.º-A, do CPA e 1.º, n.º 4, do CCP.

⁽⁶¹⁾ Serviços que incluem, entre outros, “*atualizações de programa, fixes, alertas de segurança e atualizações de patch críticas*”, “*atualizações fiscais, legais e reguladoras*”, “*atualização de scripts*”, “*certificação com os novos produtos/versões de terceiros*”, “*versões do produto e tecnologias importantes que incluam versões de manutenção gerais, versões de funcionalidade selecionadas e atualizações de documentação*”, “*assistência com pedidos de serviço 24 horas por dia, 7 dias por semana*”, “*acesso ao My Oracle Support (...), incluindo a capacidade de registar pedidos de serviço on-line (...)*”, “*serviço ao cliente que não seja técnico durante o horário normal de expediente*”, entre outros, como consta na proposta formulada pela Normática, S.A., datada 03.07.2010.

⁽⁶²⁾ Cf. se conclui do princípio geral da interdição de obtenção de vantagens patrimoniais injustificadas, consagrado no art.º 473.º, n.º 1, do CC.

⁽⁶³⁾ Cf. retratado no Ac. (1.ª instância) da 1.ª Secção n.º 6/2012, de 17.01 (proferido no proc. de visto n.º 1/2012), ao afirmar que “*não houve prestação de serviços pelo adjudicatário enquanto o contrato de assistência técnica não voltou a ser ativado. Pelo que a um contrato, ativado em 30 de Dezembro, e vigorando por apenas um dia, corresponderia um pagamento relativo a um ano, sem contraprestação efetiva. Não há, pois, fundamento legal para a retroatividade estipulada, estando violado o disposto no artigo 287.º do CCP*”. Como já referido neste documento, aquele aresto foi mantido pelo Plenário da 1.ª Secção no seu Ac. n.º 13/2012, de 10.07 (emitido no RO n.º 5/2012).



4.2.11 – O exposto evidencia que a retroação dos efeitos emergentes do contrato à data de 01.01.2010⁽⁶⁴⁾, além de parcialmente impossível (relativamente aos efeitos materiais, como assinalado em 4.2.10), não é conforme com disposto nos art.^{os} 128.º, n.º 2, al. a), do CPA e 287.º, n.º 2, als. b) e c), do CCP e, reflexamente, com o postulado pelos princípios da legalidade e transparência da atividade (financeira) administrativa positivados nos art.^{os} 266.º, n.º 2, da CRP e 3.º, n.º 1, do CPA.

4.2.12 – Nas suas alegações, os responsáveis R1, R2 e R3 pronunciam-se contra as ilegalidades antes mencionadas, começando por realçar que, no momento da reativação dos serviços de apoio técnico, o IFAP ficou a dispor de todas as atualizações das licenças de que é titular efetuadas (pela Oracle) durante o período de tempo em que aqueles (serviços) estiveram interrompidos — pelo que, no seu entender, há uma efetiva contrapartida (fl. 2 dos articulados). Consequentemente, os art.^{os} 3.º, n.º 1, e 128.º, n.º 2, al. a), do CPA, 287.º, n.º 2, do CCP e 266.º, n.º 2, da CRP não foram postergados uma vez que a retroatividade em causa não respeita “*a uma atividade material que não possa já ser prestada (...), mas sim à disponibilização, no momento da reativação, de todas as atualizações ocorridas durante o período de interrupção do contrato, o que obrigatoriamente aconteceria independentemente de quem viesse a ser o adjudicatário*”, pelo que todos os potenciais prestadores dos ditos serviços se encontravam em paridade no caso de ser conferida a eficácia retroativa em questão (cf. fls. 7 e 8 dos articulados).

4.2.13 – Princípie-se por salientar que, a assistir razão aos responsáveis, ficava por explicar o motivo pelo qual o IFAP atribuiu eficácia retroativa ao contrato, considerando que sempre disporia de todas as atualizações realizadas no momento da reativação dos serviços, independentemente da data em que esta (reativação) ocorresse.

4.2.14 – Na verdade, e no tocante aos citados serviços de atualização, a questão não reside na possibilidade do IFAP dispor das atualizações desenvolvidas pelo fabricante (a Oracle) durante o período de “interrupção do contrato”, mas no anúncio da possibilidade do início da execução dessas atualizações principiar em 01.01.2010⁽⁶⁵⁾, ou seja, em momento anterior à adjudicação dos próprios serviços o que, pelas razões assinaladas no relato⁽⁶⁶⁾ e reiteradas neste documento, não é juridicamente compatível com o regime de realização de despesas públicas nem propiciador de um ambiente concorrencial conforme com os princípios da imparcialidade, igualdade e boa fé [na vertente da tutela da confiança, positivada no art.º 6.º-A, n.º 2, al. a), do CPA].

4.2.15 – Concomitantemente, também não se acompanha a consideração de que todos os serviços contratados — que os responsáveis (R1, R2 e R3) limitam aos ditos serviços de

⁽⁶⁴⁾ Como resulta dos esclarecimentos prestados no procedimento [que integram o contrato nos termos do disposto no art.º 96.º, n.º 2, al. b), do CCP], do ato adjudicatório (ao aceitar o prazo contratual indicado no capítulo III da proposta elaborada pela *Normática, S.A.*) e do texto da cláusula 4.ª, n.º 1, do contrato celebrado.

⁽⁶⁵⁾ Cf. resulta do teor dos esclarecimentos prestados na pendência do procedimento adjudicatório indicados em 2.13 deste documento.

⁽⁶⁶⁾ Referência ao mencionado nos p. 3.2.6, 3.2.7 e 3.2.8 do relato (pág. 14).



atualização (de software) — podiam gozar de eficácia retroativa porquanto, no seu entendimento, não respeitam a atividades cuja ulterior prestação seria materialmente inviabilizada pelo decurso do tempo. Um breve exame da proposta (de 03.07.3010) adjudicada, elaborada pela *Normática, S.A.*, revela que, além dos aludidos serviços de atualização, aquela empresa vinculou-se igualmente a prestar “assistência com pedidos de serviço 24 horas por dia, 7 dias por semana” e “serviço ao cliente que não seja técnico durante o horário normal de expediente”. Como facilmente se alcança, a prestação destes serviços no âmbito de dificuldades técnicas (e outras) sentidas pelo IFAP no mencionado “período de interrupção do contrato” não é materialmente possível dada a irreversibilidade do tempo. O mesmo raciocínio é válido para os aludidos serviços de atualização, como se elucida no ponto seguinte.

4.2.16 – Em conexão com a retroatividade conferida às obrigações contratadas, os responsáveis R1, R2 e R3 formulam as considerações que se seguem e que de imediato se comentam:

a) Contrariamente ao afirmado no relato⁽⁶⁷⁾, “há efetivamente uma contrapartida: no momento da reativação do serviço — o cliente com o contrato de suporte técnico interrompido — fica a dispor imediatamente de todas as atualizações entretanto ocorridas” (fl. 2 do articulado), inexistindo “qualquer enriquecimento sem causa para qualquer dos contraentes” (fl. 3 do articulado).

A eficácia retroativa não incide sobre a possibilidade do IFAP adquirir todas as atualizações efetuadas no pretérito pelo fabricante (Oracle) — “o que obrigatoriamente aconteceria independentemente de quem viesse a ser o adjudicatário”, como declarado pelo próprio responsável R1 (fl. 7 do articulado) — mas antes sobre o momento em que, efetivamente, passou a dispor dessas atualizações⁽⁶⁸⁾. Esse momento ocorreu em “Agosto de 2010”⁽⁶⁹⁾, data contemporânea à da deliberação de ratificação do despacho adjudicatório antes proferido, tomada pelo CD do IFAP em reunião de 12.08.2010. Face ao resumido, não se divisa que situações constituídas (ou serviços realizados) em momento anterior a “Agosto de 2010” são suscetíveis de beneficiar dos efeitos retroativos⁽⁷⁰⁾ daquela deliberação (e mantidos no contrato) nem justificar a realização da correspondente despesa;

b) “O recurso à retroatividade não tem «por único escopo o legitimar o pagamento de prestações não efetuadas por conta ou em substituição daquela taxa⁽⁷¹⁾» (reinstatement fee) (sic), mas sim e apenas evitar o incremento da despesa pública inerente à contratação do serviço pós venda sem retroatividade, por efeito da penalização de 50%

⁽⁶⁷⁾ Em especial, nas suas págs, 15 (p. 3.2.10 e 3.2.11) e 17 e segs. (p. 4.2.1 a 4.2.9).

⁽⁶⁸⁾ Ainda que as referidas atualizações pudessem ser fornecidas, *a posteriori*, pelo cocontratante.

⁽⁶⁹⁾ Como declarado pelo IFAP no p. 2 do seu Of. n.º 34644/2011, de 10.11.2011 e ilustrado pelo teor do “Auto de Aceitação” apenso àquele ofício, referenciado no p. 2.18 deste documento.

⁽⁷⁰⁾ Os efeitos retroativos assacados ao ato adjudicatório, posteriormente ratificado pela deliberação mencionada no texto, fundam-se na aceitação (cf. art.º 73.º, n.º 1, do CCP) das condições contratuais expressas na proposta apresentada pela *Normática, S.A.*, entre as quais consta, como “Prazos de Entrega/Execução” dos serviços, a menção ao “período de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2010” (cf. teor do Capítulo III da sobredita proposta).

⁽⁷¹⁾ Cf. declarado na pág. 15 (p. 3.2.9) do relato contraditado.



(...). (...) *sem retroatividade paga-se o período de interrupção do contrato de suporte técnico, acrescido de 50%. Com retroatividade, paga-se apenas o período correspondente à interrupção*”, cf. sustentado na fl. 8 do articulado⁽⁷²⁾. Por conseguinte, o afastamento do citado incremento financeiro constitui uma “*exigência imperiosa de direito público*” nos termos requeridos no art.º 287.º, n.º 2, do CCP, justificando-se a atribuição de eficácia retroativa ao contrato, “*pelo que se conforma inteiramente com o princípio da economia, eficiência e eficácia subjacente à autorização e pagamento de despesas públicas consagrados nos artigos 42.º, n.º 6, alínea c) da LEO e alínea c) do n.º 1 e 3 do artigo 22.º do RAFE*”, como se retira do teor das fls. 3 e 8 do articulado, ao qual foram juntos três documentos⁽⁷³⁾.

O comentado na precedente al. a), conjugado com a alegação, pelo responsável, de que a atribuição de retroatividade permite pagar apenas “*o período correspondente à interrupção*” dos acordos de renovação identificados no quadro 1, incluso no p. 2.1 do relatório, corrobora o afirmado no relato e mantido neste documento: o de que o recurso à retroatividade constituiu um expediente para “*legitimar o pagamento de prestações não efetuadas por conta ou em substituição daquela taxa*”. Um breve parêntesis para notar que a aludida “*penalização de 50%*” já havia sido invocada pelo IFAP (vide p. 4.2.3) e objeto das observações expressas nas várias alíneas do p. 3.2.5 do relato, retomadas no p. 4.2.5 do relatório, destacando-se a constante na sua al. a), que aqui se dá por reproduzida. Prosseguindo, se o IFAP pretendia “*evitar o incremento da despesa pública*” emergente da aquisição dos serviços *sub judice*, devia ter evitado a ocorrência de um hiato temporal entre o termo (verificado em 31.12.2009) dos acordos de renovação atrás mencionados e a sequente aquisição dos serviços promovendo, em tempo oportuno, o respetivo procedimento pré-contratual, o que não sucedeu como o comprovam as datas — 11, 12 e 27 de maio de 2010 (vide p. 2.2 do relatório) — respeitantes à formação do primeiro ato decisório do aludido procedimento (cf. art.º 36.º, n.º 1, do CCP).

Cumprir observar também que o dispêndio de dinheiros públicos em moldes conformes (entre outros) com o princípio da economia — que postula “*a obtenção do máximo rendimento com o mínimo de dispêndio*”, cf. art.º 22.º, n.º 3, do RAFE — constitui um

⁽⁷²⁾ Já na fl. 2 do articulado, o responsável R1 discorrera em termos idênticos aos reproduzidos no texto [“*no caso de não ser atribuída retroatividade ao contrato de restabelecimento do serviço de suporte técnico das licenças Oracle, o cliente pagara o montante correspondente ao período em que o mesmo se encontrou interrompido acrescido de 50%. No caso de lhe ser atribuída eficácia retroativa, entende-se que a «continuidade contratual» não foi interrompida e o cliente pagará apenas o valor correspondente ao período de interrupção (...)*”] alegando, de seguida, uma suposta incorreção do cálculo indicado no p. 4.2.4 do relato (pág. 18). No entanto, as contas elaboradas pelo responsável visam apenas demonstrar que a despesa autorizada seria mais elevada se não tivesse sido conferida eficácia retroativa ao contrato, não impugnando os pressupostos (valor mensal dos serviços e prazos considerados) utilizados no mencionado cálculo nem, conseqüentemente, o seu resultado.

⁽⁷³⁾ Os “Doc. 1” e “Doc. 2” correspondem, respetivamente, ao “Contrato de Licença e Serviços Oracle (OLSA) V063011” e a “Políticas de Suporte Técnico Oracle”. Ambos se encontram deficientemente organizados, na medida em que carecem de ser instruídos com as páginas de numeração par. O “Doc. n.º 3” corresponde a uma carta da Oracle, com data de 23.03.2010, endereçada ao IFAP, a qual já constava no proc. de visto n.º 1512/2010 e sido citada no relato (cf. p. 3.2.4, pág. 12). Considerando que o alegado pelo responsável corrobora os termos de reativação dos serviços praticados pela Oracle explanados no relato, não se divisou qualquer utilidade processual solicitar-lhe que diligenciasse pela correção da instrução dos aludidos “Doc. 1” e “Doc. 2”.



requisito geral a atender na autorização de despesas públicas e na gestão prosseguida por IP's como previsto, respetivamente, nos art.^{os} 22.º, n.º 1, al. c), do RAPE⁽⁷⁴⁾ e 5.º, n.º 1, al. b), da LQIP⁽⁷⁵⁾, o que não é compatível com a singularidade da necessidade impreterível subjacente à expressão “*exigência imperiosa*” de direito público formulada no art.º 287.º, n.º 2, do CCP. Acresce que a aplicação deste inciso legal exige ainda que, cumulativamente, a retroatividade não lese interesses legalmente protegidos de terceiros e não impeça, restrinja ou falseie a concorrência [cf. art.º 287.º, n.º 2, als. b) e c), do CCP] o que, pelos motivos atrás explanados, não pode considerar-se verificado.

Por último, e em divergência com o alegado, a despesa autorizada não é inteiramente justificada à luz dos citados princípios da economia, eficiência e eficácia considerando que o IFAP usufruiu dos serviços em questão durante um período de 5 meses (de Agosto a Dezembro de 2010) pelo preço respeitante a 12 (meses), o que ofende igualmente a proporcionalidade exigida no art.º 281.º do CCP.

4.2.17 – O responsável R4 opôs-se igualmente às ilegalidades antes descritas apresentando, porém, fundamentos distintos dos antes expostos, seguidamente enunciados e que de imediato se comentam:

a) Primeiramente, argumenta que o “Auto de Aceitação” — documento que apenas reveste relevância para efeitos de liquidação e contabilização no quadro do respetivo processo de contratação e de exclusão de responsabilidades do serviço (do IFAP) que conduziu aquele processo de qualquer deficiência no fornecimento (n.^{os} 18 e 19 a fls. 5 do articulado) — não prova que a prestação dos serviços em questão se tenha iniciado em Agosto de 2010 “*porque, na verdade, o fornecimento do serviço pós-venda não foi interrompido em 1.01.2010*” (n.º 21 a fl. 5 do articulado) ao abrigo da “*continuidade dos contratos*” mencionada na carta da Oracle⁽⁷⁶⁾, datada de 23.03.2010, da qual cita, em apoio da sua posição, o seguinte segmento de texto: “*(...) gerir esta situação de forma a evitar a aplicação do reinstatement fee (penalidade aplicada no caso de quebra de continuidade do contrato), mediante o reconhecimento da continuidade dos contratos*” (n.º 22 a fl. 5 do articulado). Consequentemente, conclui que, ante a manutenção da prestação dos serviços desde 01.01.2010, inexistente qualquer enriquecimento sem causa para o respetivo fornecedor (n.º 23 a fl. 5 do articulado).

O alegado não é procedente atento o seguinte:

i) Sem prejuízo do “Auto de Aceitação” revestir importância para os efeitos apontados pelo responsável, a designação dada àquele documento (“aceitação”), combinada com a data (13.08.2010) em que é assinado pelo representante do departamento do IFAP usufrutuário dos ditos serviços, permite legitimamente presumir que o início da

⁽⁷⁴⁾ O art.º 22.º do RAPE é aplicável ao IFAP por força do disposto no art.º 52.º daquele regime que rege, em geral, a atividade financeira dos IP's, cf. decorre do positivado nos art.^{os} 6.º, n.º 2, al. c) e 36.º, n.º 1, da LQIP.

⁽⁷⁵⁾ O art.º 5.º, n.º 1, al. b) da LQIP estatui que os IP's devem observar como princípios de gestão a “*Garantia de eficiência económica nos custos suportados e nas soluções adotadas para prestar esse serviço*” [al. b)].

⁽⁷⁶⁾ A carta indicada no texto já havia sido disponibilizada pelo IFAP, mencionada no relato (cf. sua pág. 12), sendo referenciada no p. 4.2.4 deste relatório.



Tribunal de Contas

execução destes coincide com a data da assinatura daquele. Tal presunção foi confirmada pelo IFAP que, em resposta à questão⁽⁷⁷⁾ sobre a “*data (ainda que aproximada) é que se iniciou a prestação dos serviços de suporte/assistência contratados (...)*”, esclareceu que “*O início da prestação de serviços de suporte/assistência do contrato em epígrafe ocorreu em Agosto de 2010*”, cf. declarado no p. 2 do seu Of. n.º 34644/2011, de 10.11.2011, subscrito pela então Presidente do seu CD;

- ii) Contrariamente ao advogado pelo responsável, o teor da carta da Oracle não prova que os serviços objeto dos acordos de renovação especificados no quadro 1, inserto no p. 2.1 do relatório, continuaram a ser prestados para além do fim do prazo (31.09.2009) neles fixado, mas antes que aquele fornecedor se dispôs a não cobrar a designada taxa de reativação “*mediante o reconhecimento da continuidade dos contratos*”, isto é, mediante a ficção de que aqueles se mantiveram em vigor cobrando, naturalmente, o valor correspondente à duração da sua efetiva interrupção. Assim o inculca a redação integral⁽⁷⁸⁾ do texto da carta citado pelo responsável, bem como o teor das alegações formuladas pelo responsável R1 nas fls. 2 e 8 do seu articulado [referenciadas no anterior p. 4.2.16, al. b)];
 - iii) No capítulo III da proposta (datada de 03.07.2010) adjudicada pode ler-se que “*O serviço é ativado após receção da encomenda*”, o que concorre para a formação da convicção de que, antes da mencionada “*encomenda*” (adjudicação), os serviços se encontravam interrompidos (ou desativados).
- b) Sequentemente, o mesmo responsável (R4) aduz que, contrariamente às suas orientações⁽⁷⁹⁾ gerais, a redação da cláusula 4.ª do contrato celebrado em 25.10.2010 — em que também interveio como representante do IFAP — não corresponde à da minuta do contrato por ele aprovada em 27.09.2010 e ratificada pelo CD do IFAP em reunião de 04.10.2010, a qual previa que a produção dos efeitos do contrato se iniciasse na data da sua assinatura (n.ºs 28, 30, 31 e 34 a fls. 6 e 7 do articulado). Por conseguinte, conclui que “*Esta alteração da data de produção de efeitos do contrato não resultou de nenhuma orientação do signatário, nem foi produzido qualquer ato administrativo pelo signatário nesse sentido, ao contrário do que aconteceu com a aprovação das peças do procedimento e da minuta do contrato*”, cf. n.º 33 a fl. 7 do articulado.

⁽⁷⁷⁾ Questão colocada no n.º 2 do Of. da DGTC n.º 15303, de 13.10.2011.

⁽⁷⁸⁾ A redação integral do parágrafo da carta da Oracle citado pelo responsável é a seguinte: “*Embora as políticas acima descritas sejam as aplicadas a todos os contratos de suporte Oracle, no caso do IFAP em concreto e embora os contratos em renovação se encontrem expirados desde 31 de Dezembro de 2009 a Oracle tem vindo a gerir esta situação de forma a evitar a aplicação dos reinstatement fees, mediante o reconhecimento da continuidade dos contratos*” (destacado nosso).

⁽⁷⁹⁾ Orientações no sentido dos contratos a celebrar só produzirem efeitos para o futuro, referenciadas pelo responsável R3 nos n.ºs 30 e 31 a fl. 7 do seu articulado. No entanto, o documento (incluso no “Anexo 10”) junto pelo responsável como prova de tais orientações não respeita ao procedimento adjudicatório que antecedeu a celebração do contrato objeto do proc. de visto n.º 1512/2010, mas antes a outro procedimento (cujo caderno de encargos foi aprovado pela deliberação do CD do IFAP n.º 506/2012), como resulta do teor do dito documento, que ilustra a correspondência trocada por email entre o responsável e a coordenadora do departamento financeiro do IFAP em 20.02.2012. Refira-se, aliás, que a inexistência de orientações (do responsável) análogas às ora invocadas à data do início (maio de 2010) do procedimento adjudicatório dos serviços em questão não suscitaria quaisquer reparos considerando o reduzido período de tempo (cerca de três meses) que, naquela data, o responsável tinha no exercício de funções.



Preliminarmente, cumpre ter presente que, no relato contraditado, foram imputadas ao responsável eventuais responsabilidades financeiras decorrentes do pagamento indevido explanado nos seus p. 4.2.1 a 4.2.9 (págs. 17 a 19) e não da ilegal atribuição de eficácia retroativa ao contrato⁽⁸⁰⁾, apesar da manifesta conexão entre as duas situações. Dito isto, principie-se por notar que a 1.ª referência à antecipação (para 01.01.2010) dos efeitos da aquisição promovida pelo IFAP não surge no texto do contrato outorgado mas sim nos esclarecimentos (vide p. 2.13) prestados por aquele IP durante a pendência do prazo para a apresentação de propostas que, por força do disposto nos art.ºs 50.º, n.º 5 e 96.º, n.º 2, al. b), do CCP, passaram a fazer parte integrante das peças do procedimento e do ulterior contrato. Em consonância com o teor daqueles, a *Normática, S.A.* declarou, na sua proposta (de 03.07.2010), sob o título de “*Prazos de entrega/execução*”, que “*Os serviços de assistência pós-venda objeto do presente procedimento abrangem o período de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2010*”. Em 12.08.2010, o CD do IFAP deliberou ratificar o despacho adjudicatório dos serviços proferido pelo responsável⁽⁸¹⁾ em 30.07.2010, aceitando, por força do disposto no art.º 73.º, n.º 1, do CCP, os termos e condições contratuais expressas naquela proposta. Considerando, conjuntamente, que com tal ratificação⁽⁸²⁾, o CD do IFAP suprimiu a ilegalidade (por vício de incompetência relativa) de que padecia o citado despacho e que a adjudicação é um ato administrativo constitutivo de direitos que só pode ser revogado com fundamento na respetiva invalidade⁽⁸³⁾ — como pacificamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência —, a questão suscitada pelo responsável relativamente à ulterior (des)conformidade do texto da minuta com o do contrato firmado perde relevância. No entanto, sempre se dirá que o responsável não demonstra que a redação da cláusula 4.ª da minuta do contrato por si aprovada em 27.09.2010 não contemplava a retroação de efeitos *sub judice*⁽⁸⁴⁾, nem que aquela (minuta) foi notificada e aceite pelo adjudicatário nos termos previstos nos art.ºs 100.º e 101.º do CCP, não deixando de ser singular que nem este nem aquele tivessem constatado mais tarde, isto é, no momento da assinatura do contrato, a alegada desconformidade.

⁽⁸⁰⁾ Cf. se conclui da menção, no p. 4.3.2.3 do relato, aos membros do CD do IFAP identificados no quadro 3.

⁽⁸¹⁾ De acordo com o teor do n.º 3.1 da Deliberação do CD do IFAP n.º 1722/2010, de 13.07.2010 (pub. no DR, 2.ª S., n.º 187, de 24.09.2010), o responsável apenas tinha competência (delegada) para, individualmente, autorizar despesas com a aquisição de bens e serviços até ao limite de € 100.000,00, nos termos do art.º 17.º, n.º 1, al. b), do DL n.º 197/99, de 08.06.

⁽⁸²⁾ A ratificação, cuja competência para a sua prática se encontra definida no art.º 137.º, n.º 3, do CPA, “é o ato através do qual o órgão competente sana o vício de incompetência (relativa) de um ato da autoria de um órgão incompetente”, como explicitado por Mário Esteves de Oliveira e Outros em comentário ao referido dispositivo legal in “*Código do Procedimento Administrativo comentado*”, Almedina (2001), pág. 663.

⁽⁸³⁾ Cf. art.ºs 140.º, n.º 1, al. b) e 141.º, do CPA.

⁽⁸⁴⁾ Em anexo (sob o n.º 7) ao seu articulado, o responsável juntou uma única folha que retrata, alegadamente, o conteúdo das cláusulas 4.ª, 5.ª e 6.ª da minuta do contrato posteriormente celebrado. Todavia, o texto daquelas cláusulas não permite afirmar que aquela folha respeita ao projeto do contrato objeto do proc. de visto n.º 1512/2010 uma vez que nenhuma delas identifica, por ex., o cocontratante ou o preço dos serviços adquiridos. Uma última nota para salientar que o responsável, no n.º 35 a fl. 7 do seu articulado, alude aos esclarecimentos prestados pelo IFAP no seu Of. n.º 33719, de 13.01.2011 (transcritos no p. 3.2.3 do relato contraditado, pág. 12) na sequência do questionado no p. 1 do Of. da DGTC n.º DECOP/UAT II/6809/10, de 23.11.2010 e não — como uma primeira leitura daquele número (35) o sugere — a esclarecimentos prestados ao responsável pelos serviços do IFAP.



4.3. PAGAMENTOS ANTES DO VISTO

4.3.1 – Como resulta das normas indicadas nos pontos 3.9 e 3.10, o contrato identificado no p. 2.20 encontrava-se sujeito ao controlo financeiro prévio do TC pelo que, antes deste se pronunciar, não podia produzir quaisquer efeitos de natureza financeira.

4.3.2 – Os factos indicados em 2.21, 2.22 e 2.27 evidenciam que a autorização do pagamento da despesa relativa à execução do contrato teve lugar em 22.12.2010, a movimentação dos respetivos fundos em 27.12.2010 e a concessão tácita do visto em 15.06.2011.

4.3.3 – O pagamento efetuado deveu-se, segundo o alegado pelo IFAP, a um “lapso” que motivou a abertura de um processo de inquérito⁽⁸⁵⁾, na sequência do qual o mesmo IP determinou instaurar um processo disciplinar⁽⁸⁶⁾ ao Diretor do seu Departamento Financeiro e ao Chefe da Unidade de Gestão Financeira que viria a ser ulteriormente arquivado (pontos 2.24, 2.25 e 2.28).

4.3.4 – Do assinalado no p. 4.3.2 conclui-se pela violação do art.º 45.º, n.º 1, da LOPTC, como expressamente reconhecido pelo IFAP em resposta prestada ao TC (cf. p. 2.26).

4.3.5 – Em sede de contraditório, os responsáveis R1, R2, R3 e R4 pronunciam-se⁽⁸⁷⁾ sobre o aludido pagamento, principiando por expor as causas subjacentes à sua autorização, reconduzíveis a uma ambiguidade do procedimento instituído no IFAP para o pagamento de faturação, abreviadamente resumida pelo responsável R1 nos seguintes termos: “(...) o procedimento de controlo do pagamento de faturas incluía uma ficha, designada Auto de Aceitação, que continha um campo que devia ser preenchido com as expressões Sim (S) ou Não (N) relativo ao visto do Tribunal de Contas, e que não foi interpretado de modo uniforme pelos intervenientes, em toda a cadeia hierárquica, dado que o (N) podia significar tanto «despesa não sujeita a visto» como «despesa que ainda não obteve visto», de tal modo que a inscrição N no campo correspondente do Auto de Aceitação induziu o lapso que conduziu ao pagamento da fatura, como se conclui no processo disciplinar instaurado na sequência desse pagamento”, cf. teor da fl. 9 do seu articulado. Um breve parêntesis para notar que os aludidos “lapso” e “processo disciplinar” — que foi arquivado — já haviam sido referidos no relato contraditado (cf. seu p. 3.3.4, pág. 16). Prossequindo, os responsáveis consideram que a autorização de pagamento deliberada filiou-se num erro “que, para todos os efeitos, afasta o dolo e prejudica a

⁽⁸⁵⁾ Cf. deliberação do CD do IFAP tomada em reunião de 22.03.2011, como documentado no extrato da ata (n.º 13/2011) narrativa daquela reunião, da qual se retira que a informação da inexistência de pagamentos comunicada pelo IP a este Tribunal (vide p. 2.23) resultou de erro. A ata antes indicada foi facultada pelo IFAP em anexo ao seu Of. n.º 24674/2011, de 28.07.2011.

⁽⁸⁶⁾ Cf. evidenciado no extrato da ata (n.º 19/2011) descritiva da reunião do CD do IFAP realizada em 05.05.2011, tendo o ex vogal *Fernando Manuel Fernandes Alves* votado contra a instauração do processo disciplinar mencionado no texto pelas razões expressas em documento anexo à referida ata.

⁽⁸⁷⁾ Cf. fl. 9 do articulado subscrito pelo responsável R1 e n.ºs 38 a 49 (fls. 8, 9 e 10) do articulado apresentado pelo responsável R4.



imputação de qualquer juízo de culpa”, cf. teor da fl. 9 do articulado oferecido pelo responsável R1⁽⁸⁸⁾.

A relevância do aduzido impõe determinar se é ou não censurável o erro em que os responsáveis alegadamente incorreram, conforme resulta do disposto no art.º 17.º, n.º 1, do Código Penal. Nesta matéria, cumpre apenas assinalar que:

- i) Não é a primeira vez que o IFAP efetiva pagamentos por conta de contratos sujeitos a fiscalização prévia do TC antes deste se pronunciar sobre a sua legalidade, como evidenciado no Ac. da 1.ª Secção (1.ª instância) n.º 134/2007, proferido no proc. de visto n.º 1165/2007, cujo ulterior procedimento sancionatório culminou com a relevação da responsabilidade pela infração financeira prevista no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC nos termos do n.º 8 do mesmo preceito legal, a dois *ex vogais*⁽⁸⁹⁾ do CD daquele IP, e com a advertência, aos mesmos, de, “*no futuro, serem rigorosamente cumpridos os artigos 45.º, n.º 1 e 81.º, n.º 2 da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto*”, cf. teor do despacho judicial decretado em 09.01.2008 no referido proc. de visto;
- ii) Nos termos do disposto no art.º 6.º, n.º 2, al. i), da LQIP, os IP’s regem-se, entre outros, pelo “*Regime de jurisdição e controlo financeiro do Tribunal de Contas*”, competindo aos CD dos IP’s a “*direção dos respetivos serviços, em conformidade com a lei*”, “*Acompanhar e avaliar sistematicamente a atividade desenvolvida (...)*” e “*Praticar os demais atos de gestão decorrentes da aplicação dos estatutos e necessários ao bom funcionamento dos serviços*”, cf. previsto, respetivamente, nos art.ºs 18.º e 21.º, n.º 1, als. c) e i), da citada LQIP.

4.3.6 - No contexto da defesa exposta no ponto anterior, os responsáveis entendem ainda que a sua responsabilidade financeira sancionatória, a existir, poderá ser relevada pelo Tribunal dado considerarem que se encontram preenchidos os requisitos exigidos nas als. a), b) e c) do n.º 8 do art.º 65.º da LOPTC, cf. fls. 9 e 10 dos articulados subscritos, respetivamente, pelos responsáveis R1 e R4.

A consideração de que a infração cometida só possa ser imputada aos responsáveis a título de negligência — como exigido no art.º 65.º, n.º 8, al. al. a), da LOPTC — suscita, em face da factualidade tida por apurada e do aludido nas als. i) e ii) do p. 4.3.5, óbvia discordância. Acresce que, para além da inverificação dos pressupostos que legitimam a relevação da responsabilidade prevista no citado art.º 65.º, n.º 8, daquela lei (LOPTC), o exercício desta competência pelas 1.ª e 2.ª Secções do TC apresenta-se como meramente facultativo (o que resulta do emprego do termo “*poderão*”).

⁽⁸⁸⁾ No mesmo sentido, o responsável R4 declara que nunca foi sua intenção violar qualquer norma legal, cf. consta no n.º 49 (fl. 10) do seu articulado.

⁽⁸⁹⁾ Menção aos *ex vogais* Francisco Brito Onofre e António Luís Jerónimo Lopes.



V – RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS INDICIADAS

5.1. INTRODUÇÃO

Na exposição objeto do ponto IV foram evidenciadas situações violadoras de normas legais e regulamentares, algumas das quais suscetíveis de gerar responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória nos termos positivados nos art.^{os} 59.º e 65.º da Lei n.º 98/97, de 26.08 (republicada pela Lei n.º 48/2006, de 29.08, alterada pelas Leis n.^{os} 35/2007, de 13.08 e 3-B/2010, de 28.04⁽⁹⁰⁾).

Seguidamente, enunciam-se os factos constitutivos das ilegalidades detetadas que configuram infrações financeiras reintegratórias e sancionatórias tipificadas, respetivamente, nos art.^{os} 59.º, n.º 4 e 65.º, n.º 1, al. b), da referida Lei n.º 98/97, constando no anexo I do relatório o mapa destas infrações.

5.2. RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS REINTEGRATÓRIA E SANCIONATÓRIA

Remuneração de serviços não efetuados

5.2.1 – No p. 4.2 deste documento assinalou-se que o contrato referente aos serviços de assistência pós-venda de licenças Oracle, celebrado em 25.10.2010 com a *Normática, S.A.*, pelo valor global de € 630.326,00 (sem IVA), com a duração de um ano, previu (na sua cláusula 4.^a, n.º 1) a retroação dos seus efeitos a 01.01.2010. Porém, tais serviços só principiaram a ser efetivamente prestados em 13.08.2010, como documentado num “Auto de Aceitação” subscrito naquela data por um representante da dita empresa e por um representante do departamento do IFAP usufrutuário dos aludidos serviços e confirmado por este IP no p. 2 do seu Of. n.º 34644/2011, de 10.11.2011⁽⁹¹⁾.

5.2.2 – Todavia, o IFAP autorizou e pagou a importância (€ 630.326,00, acrescidos de € 132.368,46 a título de IVA à taxa de 21%) correspondente a serviços prestados pelo período de um ano (12 meses), como comprovado pela fatura n.º 1707H, emitida pela *Normática, S.A.* em 30.08.2010 e autorização de pagamento n.º 684.

5.2.3 – Por conseguinte, parte da referida despesa — infra especificada — careceu de efetiva contrapartida, em violação do disposto no art.º 281.º do CCP e do princípio da economia, eficiência e eficácia subjacente à autorização e pagamento de despesas públicas consagrado nos art.^{os} 42.º, n.º 6, al. c), da LEO e 22.º, n.^{os} 1, al. c) e 3, do RAFE, implicando para o cocontratante um enriquecimento patrimonial carecido de causa, proscrito pelo art.º 473.º, n.º 1, do CC.

⁽⁹⁰⁾ Posteriormente à data dos factos censurados, a Lei n.º 98/97, de 26.08, foi alterada pelas Leis n.^{os} 61/2011, de 07.12 e 2/2012, de 06.01.

⁽⁹¹⁾ No citado p. 2 do Of. do IFAP n.º 34644/2011, de 10.11.2011, declara-se que “O início da prestação de serviços de suporte/assistência ao contrato em epígrafe ocorreu em Agosto de 2010”.



5.2.4 – Considerando que o valor mensal dos serviços em referência se situa nos € 52.527,17⁽⁹²⁾ (sem IVA) e que o prazo da sua prestação decorreu entre agosto e dezembro de 2010 (5 meses), conclui-se pelo pagamento indevido de € 367.690,19⁽⁹³⁾, acrescido de IVA, correspondente à remuneração de serviços não efetuados no período compreendido entre janeiro e julho de 2010 (7 meses).

5.2.5 – O pagamento indevido antes indicado (no valor de € 367.690,19, acrescido de IVA), documentado (juntamente com a despesa referente aos 5 meses atrás mencionados) na fatura n.º 1707H, emitida pela *Normática, S.A.* (em 30.08.2010) e autorização de pagamento n.º 684 (de 17.12.2010), viola o disposto no art.º 281.º do CCP e contende com o princípio da prévia justificação da despesa quanto à sua economia, eficiência e eficácia, positivado nos art.ºs 42.º, n.º 6, al. c), da LEO e 22.º, n.ºs 1, al. c), e 3, do RAFE.

5.2.6 – A ilegalidade assinalada integra a infração financeira prevista no art.º 59.º, n.º 4, da LOPTC, sendo suscetível de gerar responsabilidade reintegratória nos termos do n.º 1 do mesmo preceito legal, imputável aos membros do CD do IFAP que, ao abrigo da competência fixada nos art.ºs 21.º, n.º 2, al. b), e 38.º, n.ºs 2 e 3, da LQIP⁽⁹⁴⁾, 47.º, n.º 1, da LEO⁽⁹⁵⁾ e 29.º, n.º 1, do RAFE⁽⁹⁶⁾ (aplicável *ex vi* seu art.º 52.º), ratificaram⁽⁹⁷⁾, em reunião de 22.12.2010, a autorização de pagamento proferida em momento anterior pelo vogal daquele CD, *Fernando Manuel Fernandes Alves*, sobre a “autorização de pagamento” n.º 684, como evidenciado no extrato do p. 10 da ata (n.º 42/2010) narrativa da mencionada reunião⁽⁹⁸⁾.

5.2.7 – A identificação dos elementos do CD do IFAP responsáveis nos termos do ponto anterior consta no quadro 2 do anexo II.

⁽⁹²⁾ Valor correspondente ao quociente do preço global dos serviços (€ 630.326,00, sem IVA) por 12 meses.

⁽⁹³⁾ Verba correspondente ao resultado do produto de 7 meses pelo valor mensal (€ 52.527,17, sem IVA) dos serviços contratados.

⁽⁹⁴⁾ O citado art.º 21.º, n.º 2, al. b), da LQIP dispõe que “*Compete ao conselho diretivo, no domínio da gestão financeira e patrimonial: b) Arrecadar e gerir receitas e autorizar as despesas*”. Por sua vez, o art.º 38.º, nos seus n.ºs 2 e 3, prescreve o seguinte: “*Em matéria de autorização de despesas, o conselho diretivo tem a competência atribuída na lei aos titulares dos órgãos máximos dos organismos dotados de autonomia administrativa e financeira, ainda que o instituto público apenas possua autonomia administrativa, bem como a que lhe for delegada pelo ministro da tutela*” (n.º 2); “*Considera-se delegada nos conselhos diretivos dos institutos públicos dotados de autonomia financeira a competência para autorização de despesas que, nos termos da lei, só possam ser autorizadas pelo ministro, sem prejuízo de este poder, a qualquer momento, revogar ou limitar tal delegação de poderes*” (n.º 3).

⁽⁹⁵⁾ O art.º 47.º, n.º 1, da LEO estatui que “*A execução dos orçamentos dos serviços e fundos autónomos incumbe aos respetivos dirigentes, sem prejuízo das autorizações de despesas que, nos termos da lei, devam ser concedidas pelos membros do Governo*”.

⁽⁹⁶⁾ O art.º 29.º, n.º 1, do RAFE determina que “*A autorização e a emissão dos meios de pagamento competem ao dirigente do serviço ou organismo, com possibilidade de as delegar e subdelegar*”.

⁽⁹⁷⁾ Ratificação necessária em virtude do membro do CD do IFAP que autorizou o pagamento, o vogal *Fernando Manuel Fernandes Alves* (cf. evidenciado na autorização de pagamento n.º 684), apenas deter competência delegada (nos termos do n.º 3.1 da Deliberação do CD do IFAP n.º 1722/2010, pub. no DR, 2.ª S, n.º 187, de 24.09.2010) para autorizar despesas até ao montante de € 100.000,00.

⁽⁹⁸⁾ No mesmo sentido, vide o declarado no p. 3 do Of. do IFAP n.º 24674/2011, de 28.07.2011.



5.2.8 – A eventual condenação neste tipo de responsabilidade financeira, a efetivar através de processo de julgamento de responsabilidades financeiras [cf. art.^{os} 58.º, n.º 3, 79.º, n.º 2, e 89.º, n.º 1, al. a), da LOPTC], implica a reposição, pelos responsáveis indiciados, da importância abrangida (€ 367.690,19, acrescido de IVA) pela infração anteriormente indicada, cf. resulta do disposto no art.º 59.º, n.^{os} 1 e 6, da LOPTC.

5.2.9 – A preterição das normas indicadas em 5.2.5 integra ainda a infração financeira tipificada no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, imputável aos responsáveis identificados no quadro 2 do anexo II (cf. art.^{os} 61.º e 62.º da LOPTC *ex vi* seu art.º 67.º, n.º 3), sendo passível de gerar responsabilidade financeira sancionatória.

5.3. RESPONSABILIDADES FINANCEIRAS SANCIONATÓRIAS

Inobservância do procedimento legalmente exigível

5.3.1 – No p. 4.1 do relatório observou-se que o contrato celebrado pelo IFAP ao abrigo do Acordo Quadro promovido pela ANCP relativo ao fornecimento de licenças de software (AQ 11-LS) consubstanciou uma alteração substancial das condições previstas naquele Acordo, vedada pelo disposto no art.º 257.º, n.º 2, do CCP.

5.3.2 – Por conseguinte, a formação do dito contrato assentou em erróneo procedimento (indicado no art.º 259.º, n.º 3, do CCP) adjudicatório, determinando a preterição do procedimento previsto no art.º 20.º, n.º 2, do CCP — concurso público ou limitado por prévia qualificação de âmbito comunitário — ante o valor da despesa autorizada, evidenciada no relatório (p. 4.1.10), depois de obtida a autorização mencionada nos art.^{os} 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04) e 8.º, n.^{os} 1 e 3, do Regulamento n.º 330/2009, de 23.07.

5.3.3 – O incumprimento das normas legais e regulamentares antes referidas ofende ainda os princípios da legalidade, da igualdade e da concorrência vertidos nos art.^{os} 81.º, al. f) e 266.º, n.º 2, da CRP, 3.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1, do CPA e 1.º, n.º 4, do CCP.

5.3.4 – As ilegalidades mencionadas integram a infração financeira descrita no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC e, como tal, é suscetível de gerar responsabilidade financeira sancionatória, imputável aos elementos do CD do IFAP que, nas suas reuniões de 27.05.2010 e 12.08.2010, deliberaram, respetivamente, ratificar as decisões de contratar e adjudicar (autorizando a realização da correlativa despesa) os serviços, tomadas no pretérito por vogais daquele órgão colegial. A identificação dos referidos elementos consta nos quadros 3 e 4 do anexo II.

Atribuição de eficácia retroativa ao contrato celebrado

5.3.5 – Como descrito no p. 4.2 deste documento, na pendência do procedimento, o IFAP, a coberto de aparentes esclarecimentos, alterou o termo inicial da eficácia do contrato a



celebrar indicado no CE (cláusula 3.^a, n.º 1), antecipando-o para 01.01.2010 — o que veio a ser acolhido na proposta (datada de 03.07.2010) formulada pelo concorrente selecionado no âmbito do citado procedimento e no ulterior contrato (cf. sua cláusula 4.^a, n.º 1) celebrado entre as partes.

5.3.6 – Todavia, e pelas razões enunciadas no referido p. 4.2, a retroação dos efeitos decorrentes do contrato a momento anterior ao da decisão adjudicatória colide com o disposto nos art.^{os} 128.º, n.º 2, al. a), do CPA e 287.º, n.º 2, als. b) e c), do CCP, bem como com os valores tutelados pelos princípios da legalidade e transparência da atividade administrativa constantes nos art.^{os} 266.º, n.º 2, da CRP e 3.º, n.º 1, do CPA.

5.3.7 – A preterição das normas e princípios legais antes indicados integra o ilícito financeiro tipificado no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC e, como tal, é suscetível de gerar responsabilidade financeira sancionatória, imputável aos membros do CD do IFAP que, em reunião de 12.08.2010, deliberaram ratificar o despacho adjudicatório dos serviços proferido no pretérito pelo vogal daquele CD, *Fernando Manuel Fernandes Alves*, e autorizar a realização da respetiva despesa (no montante de € 630.326,00, acrescido de IVA) ao abrigo da competência fixada nos art.^{os} 21.º, n.º 2, al. b) e 38.º, n.^{os} 2 e 3, da LQIP⁽⁹⁹⁾. A identificação dos citados membros do CD consta no quadro 4 do anexo II.

Pagamentos antes do visto

5.3.8 – Como resulta do exposto no p. 4.3 do relatório, apurou-se que o pagamento da despesa inerente à execução do contrato — na importância de € 762.694,46, com IVA — ocorreu antes do TC se pronunciar sobre a sua legalidade e correção financeira, em desrespeito do disposto no art.º 45.º, n.º 1, da LOPTC.

5.3.9 - A preterição do citado dispositivo legal integra a infração financeira descrita no art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC, sendo suscetível de constituir os respetivos responsáveis em responsabilidade financeira sancionatória.

5.3.10 - Tal responsabilidade é imputável aos membros do CD do IFAP que ratificaram, em reunião de 22.12.2010, a autorização de pagamento proferida no pretérito por um vogal daquele CD sobre a “autorização de pagamento” n.º 684 [cf. teor do extrato do p. 10 da ata (n.º 42/2010) descritiva da sobredita reunião], constando a sua identificação no quadro 2 do anexo II.



A eventual condenação nas responsabilidades financeiras sancionatórias mencionadas nos pontos 5.2.9, 5.3.4, 5.3.7, 5.3.9 e 5.3.10, a efetivar através de processo de julgamento

⁽⁹⁹⁾ Anote-se que, por Despacho n.º 12073/2010, de 16.07.2010, o Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas delegou no CD do IFAP, entre outras, competência para autorizar despesas com locação e aquisição de bens e serviços até € 1.000.000,00, cf. teor do p. 1.2, al. a), daquele Despacho (pub. no DR, 2.^a S., n.º 144, de 27.07.2010).



Tribunal de Contas

de responsabilidades financeiras [cf. art.^{os} 58.º, n.º 3, 79.º, n.º 2 e 89.º, n.º 1, al. a), da LOPTC], implica o pagamento de multas de montante variável, balizado pelos limites mínimo e máximo de, respetivamente, 15 e 150 UC⁽¹⁰⁰⁾, fixado no art.º 65.º, n.º 2, da LOPTC, a determinar nos termos dos n.ºs 4 e 5 do mesmo dispositivo legal. À data da prática dos ilícitos financeiros descritos nos pontos 5.3.1 a 5.3.10, o valor de uma UC correspondia a €102,00⁽¹⁰¹⁾, pelo que a importância das multas antes mencionadas oscilará entre € 1.530,00 e € 15.300,00.

Anote-se que os responsáveis indiciados não recorreram à faculdade de extinguir o procedimento sancionatório através do pagamento das multas pelo seu valor mínimo de acordo com as disposições dos art.^{os} 65.º, n.º 3, e 69.º, n.º 2, al. d), da LOPTC, apesar de informados⁽¹⁰²⁾ dessa possibilidade.

Com relevância para a decisão a proferir cumpre ainda mencionar que, de acordo com a consulta de registos existentes neste Tribunal, os responsáveis indiciados não foram objeto de quaisquer juízos de censura ou de recomendações anteriores respeitantes a irregularidades idênticas às anteriormente indicadas. No entanto, a invocação pelos indiciados responsáveis de que as infrações cometidas só lhes possam ser imputadas a título de negligência [cf. art.º 65.º, n.º 8, al. a), da LOPTC] suscita o juízo já formulado e melhor explicitado no p. 4.3.6, deste documento e para o qual se remete.

⁽¹⁰⁰⁾ Limites vigentes na data dos factos.

⁽¹⁰¹⁾ Valor vigente desde 20.04.2009 até 31.12.2012, cf. art.^{os} 22.º e 26.º, n.º 1, do DL n.º 34/2008, de 26.02 (alterado pela Lei n.º 64.º-A/2008, de 31.12), 2.º da Portaria n.º 9/2008, de 03.01, 1.º do DL n.º 323/2009, de 24.12, 67.º, al. a), da Lei n.º 55-A/2010, de 31.12 e 79.º, al. a), da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12.

⁽¹⁰²⁾ Cf. último parágrafo formulado na pág. 22 do relato contraditado.



VI – PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tendo o processo sido submetido a vista do Ministério Público, à luz dos n.ºs 4 e 5 do art.º 29.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com a redação dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, emitiu aquele magistrado parecer (de 01.10.2012), no âmbito do qual suscita as seguintes questões (reprodução parcial):

“2. *Cumpre-nos suscitar a questão da qualificação e sancionamento das condutas constituintes das infrações financeiras.*

*Afigura-se-nos que a factualidade a que se reportam os números 2.18 a 2.22, 4.2 e 5.2.1 a 5.2.9; 4.3 e 5.3.8 a 5.3.10, do relatório, no plano da responsabilidade sancionatória, constitui uma única infração, expressa na mesma deliberação de **22.12.2010** que ratificou a **autorização de pagamento n.º 684**, constituindo o ato definitivo do procedimento, absorvendo conseqüentemente, em termos de conduta infratora, os vícios procedimentais anteriores.*

*Igualmente, quanto às matérias descritas nos pontos 4.1 e 5.3.1 a 5.3.4; 4.2 e 5.3.5 a 5.3.7, está essencialmente em causa uma única deliberação, a **deliberação de 12.08.2010**, que constitui o ato definitivo do procedimento, unificador da conduta infratora.*

Assim sendo, somos de parecer que se indicia a prática de uma infração geradora de responsabilidade financeira reintegratória (artigo 59.º n.º 4 da LOPTC) e de duas infrações geradoras de responsabilidade financeira sancionatória (artigo 65.º n.º 1 b), da LOPTC).

3. *No que concerne à eventual relevação da responsabilidade financeira sancionatória, entendemos que não se verifica o requisito da alínea b) do n.º 8 do artigo 65.º da LOPTC, atendendo à existência de antecedentes sobre a matéria que foi objeto de decisão no Acórdão n.º 134/2007 – 1.ª Secção, proferido no Processo de Visto n.º 1165/2007.*

4. *Temos para nós que os elementos indiciários probatórios constantes dos autos, interpretados à luz do princípio in dubio pro reo, apontam para a existência de negligência. Por outro lado, importa sublinhar a natureza específica do contrato de prestação de serviços de assistência pós-venda de licenças Oracle, que sendo um contrato de execução permanente, em que, se é certo que a duração da execução determina o montante da prestação dos serviços, não se evidencia, no caso vertente, a ocorrência de anomalias no software licenciado que implicasse a intervenção técnica por parte do adjudicatário, no período em causa. Ou seja, se o contrato tivesse sido regular quanto ao prazo de vigência, haveria sempre lugar ao pagamento integral da prestação pecuniária por parte do IFADAP, não obstante não ter havido necessidades reais de assistência técnica. Assim sendo, somos de parecer que o Tribunal, em seu duto critério, poderá reduzir a responsabilidade reintegratória, nos termos do artigo 64.º n.º 2 da LOPTC”.*



VII – CONCLUSÕES

Do relato e das alegações apresentadas pela entidade auditada e responsáveis indiciados no contraditório realizado, formulam-se as seguintes conclusões:

- 1 - A fim de obstar à descontinuidade — verificável a partir de 01.01.2010 — dos serviços de assistência a software Oracle utilizado pelo IFAP ao abrigo de licenças adquiridas no pretérito e já instalado nos seus serviços, aquele IP promoveu um procedimento adjudicatório tendente à contratação dos ditos serviços no seio de um Acordo Quadro anteriormente celebrado pela ANCP (em 25 e 26 de setembro de 2009), precedido de um concurso público internacional que teve por objeto a *“aquisição e, opcionalmente, o aluguer operacional de licenças de software e dos respetivos serviços associados de instalação e de assistência pós-venda”*;
- 2 - Como indiciado pela descrição do objeto daquele concurso e confirmado pelo teor das peças que o instruíram, tais bens e serviços foram contratados pela ANCP em moldes globais, em que a aquisição de licenças de software (objeto principal) implicava a aquisição dos respetivos serviços de assistência (objeto acessório), exceto no caso de aquisição de licenças integradas em certo grupo, cuja compra dos ditos serviços era opcional. Por conseguinte, ao adquirir somente os aludidos serviços de assistência ao abrigo do mencionado Acordo Quadro, o IFAP não observou os termos e condições naquele estabelecidas, em violação do disposto no art.º 257.º, n.º 2, da CCP;
- 3 - Face ao fim enunciado no p. 1, conclui-se que o IFAP não providenciou, em tempo oportuno, pela obtenção da necessária autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças e pela subsequente realização do procedimento adjudicatório legalmente adequado (concurso público ou limitado por prévia qualificação de âmbito comunitário), nem pela formalização do ulterior contrato, como evidenciado pela inexistência de qualquer pedido formulado ao aludido membro do Governo, pela data (maio de 2010) em que tomou a decisão de contratar e pelo hiato de tempo (cerca de 2 meses) decorrido entre a adjudicação dos serviços (12.08.2010) e a outorga (25.10.2010) do contrato;
- 4 - O ato adjudicatório deliberado pelo CD do IFAP em 12.08.2010 e o subsequente contrato, celebrado pelo mesmo IP em 25.10.2010 pelo preço de € 630.326,00 (sem IVA) e com duração de um ano, previram a retroação dos seus efeitos a 01.01.2010 por forma a evitar o pagamento de uma penalização económica devida em consequência da descontinuidade referida em 1. Todavia, os serviços contratados só começaram a ser efetivamente prestados em agosto de 2010, findando em dezembro do mesmo ano;
- 5 - A atribuição de eficácia retroativa aos ato e contrato indicados no ponto anterior, além de desconforme com o disposto nos art.ºs 128.º, n.º 2, al. a), do CPA e 287.º, n.º 2, als. b) e c), do CCP, originou o dispêndio de € 367.690,19 (sem IVA), relativos à remuneração de serviços não prestados entre janeiro e julho de 2010, ou seja, sem qualquer contrapartida para o Estado, em violação do disposto no art.º 281.º, do CCP



e do princípio da economia, eficiência e eficácia subjacente ao regime da realização de despesas públicas, consagrado nos art.^{os} 42.º, n.º 6, al. c), da LEO e 22.º, n.^{os} 1, al. c) e 3, do RAFE;

- 6 - O IFAP autorizou o pagamento da despesa emergente do contrato celebrado antes do Tribunal de Contas se pronunciar, em sede de fiscalização prévia, sobre a sua legalidade e correção financeira, em violação do disposto no art.º 45.º, n.º 1, da LOPTC;
- 7 - O parecer do Ministério Público, parcialmente transcrito no ponto VI do relatório, suscita o juízo que se segue:
 - No que concerne à qualificação e sancionamento das condutas constituintes dos ilícitos financeiros, entende-se que não se verificam os pressupostos que permitem considerar que as mesmas configuram apenas duas infrações financeiras sancionatórias, atenta a diversidade e diferenciação dos bens jurídicos tutelados (vide mapa incluso no anexo I).



VIII – RECOMENDAÇÕES

No contexto da matéria exposta e resumida nas conclusões que antecedem, formulam-se as seguintes recomendações:

- 1 -** Quando a contratação de bens e serviços ao abrigo de prévios Acordos Quadro celebrados pela Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. represente uma modificação substancial das condições fixadas naqueles Acordos ou ainda quando tais bens e serviços não sejam técnica ou funcionalmente aptos a satisfazer as suas necessidades, o IFAP deverá, em proposta fundamentada, solicitar ao membro do Governo responsável pela área das finanças, autorização para contratar à margem do Sistema Nacional de Compras Públicas, promovendo o procedimento adjudicatório aplicável ao caso nos termos previstos no CCP (em função do valor ou dos critérios materiais nele previstos), cf. art.^{os} 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02 (alterado pela Lei n.º 3-B/2010, de 28.04 e DL n.º 117-A/2012, de 14.06) e 8.º, n.^{os} 1 e 3, do Regulamento n.º 330/2009, de 23.07;
- 2 -** Sempre que o IFAP pretenda continuar a dispor de serviços prestados ao abrigo de anterior contrato de duração limitada no tempo e cuja interrupção esteja sujeita a “*taxas de reativação*” ou penalizações económicas similares, deverá promover tempestivamente o procedimento adjudicatório que ao caso couber nos termos aludidos em 1 e não socorrer-se de paliativos normativos — como a atribuição de eficácia retroativa — que, não só poderão revelar-se, em concreto, juridicamente inaplicáveis como gerar prejuízo patrimonial para o erário público;
- 3 -** O IFAP apenas poderá conferir eficácia retroativa aos contratos administrativos que celebre se estiverem reunidos todos os pressupostos de facto e de direito estabelecidos nas várias alíneas do n.º 2 do art.º 287.º do CCP e se “*exigências imperiosas*” de interesse público o justificarem, como o impõe o n.º 2 daquele preceito legal;
- 4 -** Nos contratos em que intervenha, o IFAP deve acautelar o equilíbrio ou proporcionalidade equitativa das prestações assumidas pelas partes e a sua conformidade material direta com os fins que presidem à sua celebração, cf. art.^{os} 281.º e 282.º do CCP;
- 5 -** O IFAP deverá observar o cumprimento dos condicionalismos legais respeitantes à sujeição dos contratos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, em particular, os constantes do art.º 45.º da LOPTC.



Tribunal de Contas

IX – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1ª Secção, nos termos do art.º 77.º, n.º 2, alínea c), da LOPTC:

- a) Aprovar o presente Relatório, que evidencia ilegalidades na adjudicação e no contrato objeto do proc. de visto n.º 1512/2010, e na realização de pagamentos antes da concessão do visto ao mesmo contrato, e identifica as correspondentes infrações financeiras e os eventuais responsáveis pelas mesmas;
- b) Aprovar as recomendações formuladas no ponto VIII;
- c) Fixar os emolumentos devidos pelo Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P., em € 137,31, ao abrigo do estatuído no art.º 18.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo DL n.º 66/96, de 31.05, com as alterações introduzidas pelas Leis n.ºs 139/99, de 28.08 e 3-B/2000, de 04.04;
- d) Remeter cópia deste Relatório:
 - i) Ao Senhor Secretário de Estado da Agricultura, *José Diogo Santiago de Albuquerque*;
 - ii) Ao Presidente do Conselho Diretivo do Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P., *Luís Miguel Gaudêncio Simões do Souto Barreiros*, e demais responsáveis a quem foi notificado o relato;
 - iii) Ao Juiz Conselheiro da 2.ª Secção responsável pela área (III) das Funções Económicas, Sociais e Fundos Comunitários;
- f) Remeter o processo ao Ministério Público nos termos do n.º 1 do art.º 57.º e da al. d) do n.º 2 do art.º 77.º da LOPTC;
- g) Após as comunicações e notificações necessárias, divulgar o Relatório na página da Internet do Tribunal de Contas.

Lisboa, 18 de dezembro de 2012.

OS JUÍZES CONSELHEIROS,

Alberto Fernandes Brás – Relator

Helena Abreu-Lopes

José Mouraz Lopes



FICHA TÉCNICA

EQUIPA	FORMAÇÃO BASE	SERVIÇO
Carla Bochecha	Lic. em Direito	DCC
COORDENAÇÃO DA EQUIPA		
Dra. Helena Santos	Lic. em Direito	DCC
SUPERVISÃO		
Dra. Ana Luísa Nunes	Lic. em Direito	DCPC



ANEXOS AO RELATÓRIO



ANEXO I

MAPA DE INFRAÇÕES FINANCEIRAS INDICIADAS

PONTOS DO RELATÓRIO	FACTOS	NORMAS VIOLADAS	TIPO DE RESPONSABILIDADE	RESPONSÁVEIS	FLS. DO PROC. DE AUDIT.
2.18 a 2.22, 4.2 e 5.2.1 a 5.2.8	Pagamento indevido, no montante de € 367.690,19 (acrescido de IVA), por remuneração de serviços não prestados entre janeiro e julho de 2010, sustentado na ilegal retroação dos efeitos do contrato a 01.01.2010	Art.ºs 281.º do CCP, 42.º, n.º 6, al. c), da LEO e 22.º, n.ºs 1, al. c) e 3, do RAFE	Reintegratória Art.º 59.º, n.º 4, da LOPTC	Os membros do CD do IFAP que, em reunião de 22.12.2010, ratificaram a autorização de pagamento n.º 684 (proferida no pretérito por um vogal), identificados no quadro 2 do anexo II	fls. 63, 68, 147 a 153, 246, 247, 249 a 251, 259 a 262, 279 e 404
2.18 a 2.22, 4.2 e 5.2.9			Sancionatória Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC		
4.1 e 5.3.1 a 5.3.4	Preterição de concurso público ou limitado por prévia qualificação, de âmbito comunitário e da prévia autorização para contratar fora do SNCP	Art.ºs 1.º, n.º 4, 20.º, n.º 2 e 257.º, n.º 2º do CCP, 5.º, n.º 4, do DL n.º 37/2007, de 19.02, 8.º, n.ºs 1 e 3 do Reg. n.º 330/2009, de 23.07, 81.º, al. f) e 266.º, n.º 2, da CRP, 3.º, n.º 1 e 5.º, n.º 1, do CPA	Sancionatória Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC	Os membros do CD do IFAP que, nas suas reuniões de 27.05.2010 e 12.08.2010 deliberaram, respetivamente, ratificar as decisões de contratar e adjudicar os serviços, identificados nos quadros 3 e 4 do anexo II	fls. 8 a 11, 31, 33 a 35, 108, 109, 114 a 116, 121, 122, 124, 130 e 296 a 299
4.2 e 5.3.5 a 5.3.7	Atribuição de eficácia retroativa ao contrato celebrado pelo IFAP	Art.ºs 3.º, n.º 1 e 128.º, n.º 2, al. a), do CPA, 287.º, n.º 2, als. b) e c), do CCP e 266.º, n.º 2, da CRP	Sancionatória Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC	Os membros do CD do IFAP que, em reunião de 12.08.2010, ratificaram o despacho adjudicatório dos serviços e autorizaram a realização da respetiva despesa, identificados no quadro 4 do anexo II	fls. 27, 31, 33 a 35, 71, 147, 261, 279, 296, 297, 404, 435
4.3 e 5.3.8 a 5.3.10	Autorização de pagamento de serviços no valor de € 762.694,46 (com IVA) ao abrigo do contrato outorgado em 25.10.2010 antes do TC se ter pronunciado sobre aquele em sede de fiscalização prévia	Art.º 45.º, n.º 1, da LOPTC	Sancionatória Art.º 65.º, n.º 1, al. b), da LOPTC	Os membros do CD do IFAP que, em reunião de 22.12.2010, ratificaram a autorização de pagamento n.º 684 (proferida no pretérito por um vogal), identificados no quadro 2 do anexo II	fls. 63, 68, 97, 148 a 153, 246, 247, 249 a 251, 259, 260 e 262



ANEXO II RELAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS INDICIADOS

Quadro 1 – Membros do CD do IFAP indiciados no processo

CARGO	NOME	DESPACHO DE NOMEAÇÃO
Presidente	Ana Isabel Caeiro Paulino	Despacho n.º 32401/2008, de 10.12.2008, da Presidência do Conselho de Ministros e Ministérios das Finanças e da Administração Pública e da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas (pub. no DR, 2.ª S., n.º 245, de 19.12.2008)
Vogais	Luís Miguel Santos Filipe	Despacho n.º 32401/2008, supra indicado
	Fernando Manuel Fernandes Alves	Despacho n.º 8997/2010, de 15.02 (pub. no DR, 2.ª S., n.º 102, de 26.05.2010), com efeitos a 01.02.2010
	Luís Miguel Gaudêncio Simões do Souto Barreiros	Despacho n.º 4692/2010, de 03.03 (pub. no DR, 2.ª S., n.º 53, de 17.03.2010), com efeitos a 10.12.2009
	João Carlos Mourão Pastorinho da Rosa	Despacho n.º 18466/2010, de 25.08 (pub. no DR, 2.ª S., n.º 240, de 14.12.2010), com efeitos a 01.07.2010

Quadro 2 – Responsáveis indiciados nos termos descritos nos pontos 5.2.7 e 5.2.9 e 5.3.8 a 5.3.10 do relatório

REUNIÃO DO CD DO IFAP DE 22.12.2010 (cf. extrato do p. 10 da ata n.º 42/2010, descritiva da reunião indicada)
Ana Isabel Caeiro Paulino
Fernando Manuel Fernandes Alves
Luís Miguel Gaudêncio Simões do Souto Barreiros
João Carlos Mourão Pastorinho da Rosa

Quadro 3 – Responsáveis indiciados nos termos mencionados nos pontos 5.3.1 a 5.3.4 do relatório

REUNIÃO DO CD DO IFAP DE 27.05.2010 (cf. extrato do p. 33 da ata n.º 15/2010, descritiva da reunião indicada)
Ana Isabel Caeiro Paulino
Luís Miguel Santos Felipe
Luís Miguel Gaudêncio Simões do Souto Barreiros
Fernando Manuel Fernandes Alves

Quadro 4 – Responsáveis indiciados nos termos mencionados nos pontos 5.3.1 a 5.3.7 do relatório

REUNIÃO DO CD DO IFAP DE 12.08.2010 (cf. extrato do p. 9 da ata n.º 24/2010, descritiva da reunião indicada)
Ana Isabel Caeiro Paulino
Luís Miguel Santos Felipe
João Carlos Mourão Pastorinho da Rosa



ANEXO III
ALEGAÇÕES DOS RESPONSÁVEIS



RELATO DE AUDITORIA

1ª SECÇÃO-DCC

Proc. nº 12/2012 - 1ª S (ARF)

**Exmº. Sr. Diretor-Geral do Tribunal
de Contas**

Luís Miguel Gaudêncio Simões de Souto Barreiros, na qualidade de Presidente do Conselho Diretivo do Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, IP, vem, notificado para o efeito, nos termos do disposto nos números 1 a 3 do artigo 13º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, pronunciar-se sobre o Relato de Auditoria que corre pela 1ª secção – DCC, Processo com o nº 12/2012 – 1ª S (ARF), para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia incidente sobre o processo de visto nº 1512/2010, o que faz nos termos seguintes:

São três as ilegalidades apontadas no Relato de Auditoria supra mencionado: a) Inobservância do procedimento legalmente exigível; b) Atribuição de Eficácia Retroativa ao Contrato Celebrado; c) Pagamento antes do Visto. As alegadas ilegalidades, conclui o Relatório, indiciam responsabilidades financeiras reintegratória, por pagamento indevido – nº 4 do artigo 59º da Lei 98/97 - e sancionatória – alínea b) do artigo 65º Lei 98/97. Todavia, para cada um destas conclusões, o mencionado Relato ou não apura convenientemente os factos indiciados ou não afere corretamente os nexos de imputação, tanto objetivos como subjetivos.

Inicia-se a presente pronúncia pela responsabilidade reintegratória, depois se passando à sancionatória.

I – Responsabilidade Reintegratória – Ponto 4.2. do Relato de Auditoria.

Entende o Relato de Auditoria - ponto 4.2. -, que parte da despesa autorizada e paga, *“careceu de efetiva contrapartida, em violação do disposto no artigo 281º do CCP e do princípio da economia, eficiência e eficácia subjacente à autorização e pagamento de despesas públicas consagrados nos artigos 42º, nº 6, alínea c) da LEO ..., implicando para o cocontraente um*



enriquecimento patrimonial carecido de causa proscrito pelo artigo 473º, nº 1 do CC". A parte carecida de contrapartida corresponde, neste entendimento, "à remuneração de serviços não efetuados no período compreendido entre Janeiro e Julho de 2010".

Este entendimento, todavia, não é correto. A questão é a seguinte: se o titular da licença Oracle interrompe os serviços de apoio/suporte técnico ao software, por determinado período, no momento em que o restabelece recebe a última atualização da licença de que é titular, a qual incorpora todas as atualizações que foram efetuadas durante o período em que o serviço se encontrou interrompido, pelo que o titular da licença vem efetivamente a beneficiar do serviço desenvolvido naquele período. Consequentemente, ao contrário daquilo que o Relato de Auditoria supõe, há efetivamente uma contrapartida: no momento da reativação do serviço – o cliente com o contrato de suporte técnico interrompido – fica a dispor imediatamente de todas as atualizações entretanto ocorridas.

É por isso que a ORACLE impõe aos seus parceiros e consequentemente aos clientes – ie, adquirentes de licenciamento ORACLE -, no âmbito do serviço de suporte técnico, o princípio da designada "continuidade contratual", nos termos da qual, se existir um interregno entre contratos de manutenção ou de suporte, para reativar o contrato é devido o pagamento de um valor denominado "reinstatement fee" que é calculado com base no último valor do contrato e o período em que o contrato esteve desativado – (ao que vai ainda acrescer o montante de 50% desse valor) -, princípio este que se justifica, precisamente, pelo facto de no momento da reativação o cliente ficar a beneficiar da "continuidade contratual" – ie, de todas as atualizações entretanto ocorridas. Tal decorre do ponto H, denominado "Suporte Técnico" do "Contrato de Licença e Serviços Oracle" – cujo modelo tipo aqui se junta como documento nº 1 -, o qual estabelece que tais serviços, anuais, são fornecidos nos termos das "Políticas de Suporte Técnico Oracle", que aqui se junta como documento nº 2, bem como o esclarecimento por esta prestado no documento que aqui se junta com o nº 3

Claro que é face a estas condições contratuais que a questão da retroatividade se põe: no caso de não ser atribuída retroatividade ao contrato de restabelecimento do serviço de suporte técnico das licenças Oracle, o cliente pagará o montante correspondente ao período em que o mesmo se encontrou interrompido acrescido de 50%. No caso de lhe ser atribuída eficácia retroativa, entende-se que a "continuidade contratual" não foi interrompida e o cliente pagará apenas o valor correspondente ao período de interrupção mas de cujos benefícios vem efetivamente a dispor no momento da reativação. O cálculo apresentado no ponto 4.2.4 do Relato de Auditoria está pois incorreto. Face às condições da contratação dos serviços de suporte técnico das licenças Oracle o cálculo correto, utilizando a média mensal indicada no ponto 4.4.4 do Relatório, seria o seguinte: a) período entre Agosto e Dezembro de 2010, sem retroatividade (sem IVA): €630.362+€367.690,19:2=€814.171,09; b) período entre Agosto e



Dezembro de 2010, com retroatividade a 1.01.2010 (sem IVA): € 630.326. Ocorre pois uma poupança e não uma despesa indevida.

Os esclarecimentos que aqui ficam prestados, permitem concluir o seguinte:

- a) No momento da reativação, não existe qualquer enriquecimento sem causa para qualquer dos cocontraentes, e conseqüentemente não se assiste a qualquer pagamento indevido: não houve pois qualquer violação do disposto nos artigos 281º CCP.
- b) A atribuição de retroatividade não representa qualquer pagamento sem contrapartida, mas simplesmente o restabelecimento do princípio da continuidade contratual evitando qualquer penalização e, conseqüentemente, evitando o incremento da despesa, pelo que se conforma inteiramente com *princípio da economia, eficiência e eficácia subjacente à autorização e pagamento de despesas públicas consagrados nos artigos 42º, nº 6, alínea c) da LEO e alínea c) do nº 1 e 3 do artigo 22º do RAFE*
- c) Além disso, mas já com relevo para responsabilidade sancionatória, permite concluir que não há qualquer violação do disposto na alínea a) do nº 2 do artigo 128º do CPA e alíneas b) e c) do nº 2 do artigo 287º CCP, como adiante se verá.

II – Responsabilidade Financeira Sancionatória

II - A) Inobservância do Procedimento legalmente exigível – ponto 4.3.1 do Relato.

No seu ponto 4.3.1. entende o Relato de Auditoria que *“a formação do dito contrato assentou num erróneo procedimento (indicado no artigo 259º, nº 3 do CCP) adjudicatório ... ante o valor da despesa autorizada ...”*.

Só que, nem a entidade competente para gerir o sistema nacional de compras públicas entendeu assim, nem deixou o IFAP de diligenciar, junto desta, no sentido de apurar se era ou não aplicável a contratação no âmbito do Acordo Quadro.

Com efeito, a Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E., foi criada pelo Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, e tem com uma das suas atribuições *“conceber, definir, implementar, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, à simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à proteção do ambiente.”*



De forma a dar corpo a tal objeto, foi ainda criado o sistema nacional de compras públicas (SNCP), que, além da ANCP e das unidades ministeriais de compras (UMC), integra entidades compradoras vinculadas e entidades compradoras voluntárias.

Integram o SNCP, na qualidade de entidades compradoras vinculadas, os serviços da administração direta do Estado e os institutos públicos, sendo, pois, o IFAP uma entidade vinculada do SNCP.

Um dos princípios basilares do SNCP é o da segregação das funções de contratação e de compras e pagamentos, assente na adoção de procedimentos centralizados com vista à celebração, aos níveis global e sectorial, de acordos quadro ou outros contratos públicos e na subsequente compra e pagamento pelas entidades compradoras.

Para obrigar ao cumprimento de tal princípio, a contratação de bens e serviços pelas entidades compradoras é efetuada preferencialmente de forma centralizada pela ANCP através de da celebração de contratos quadro tendo por objeto obras, bens móveis ou serviços destinados a entidades adjudicantes.

A intervenção da ANCP enquanto entidade centralizadora é repartida segundo categorias de obras, bens e serviços, a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças e por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do sector, respetivamente.

É proibido às entidades compradoras vinculadas a adoção de procedimentos tendentes à contratação direta de obras, de bens móveis e de serviços abrangidos pelas categorias definidas naquelas portaria, salvo autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada.

Como efeito para o não cumprimento de tal obrigação, o n.º 6 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, determina que são nulos os contratos relativos a obras, bens móveis e serviços celebrados em violação destas regras, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, civil e financeira que ao caso couber, nos termos gerais de direito.

O licenciamento de software é uma das categorias previstas na Portaria n.º 772/2008, de 6 de Agosto, tendo o respetivo acordo-quadro entrado em vigor em 25 de Agosto de 2009.

O contrato de manutenção do licenciamento Oracle de que o IFAP dispõe e que se encontra identificado no relatório de auditoria terminava em 31 de Dezembro de 2009, pelo que em 24 de Novembro do mesmo ano se questionou a ANCP sobre se a aquisição dos serviços de manutenção deveria ser realizada ao abrigo de acordo-quadro ou, pelo contrário, se deveria ser apresentado pedido de exceção nos termos do n.º 4 do artigo 5.º do diploma acima citado.



Em resposta, a ANCP informou que “O acordo quadro de licenciamento de software (AQ 11-LS) inclui, no âmbito dos serviços de assistência pós-venda, todos os serviços de suporte e atualizações (upgrades e updates), conforme decorre do n.º 2 do art. 24.º do caderno de encargos do concurso que lhe deu origem. Pelo que, desde que o software pretendido esteja disponível no acordo quadro de licenciamento de software, pode-se adquirir os serviços de suporte e atualizações (updates e upgrades) para o software instalado, mesmo que a “licença original” tenha sido adquirida antes e por isso fora do atual acordo quadro. Ficam naturalmente excluídos os serviços de suporte e atualização relativos a software que não consta, de todo, do mencionado acordo quadro.” (conforme documento que aqui se junta com o n.º 4)

Assim, de forma a obter uma resposta concreta da ANCP, foi enviada àquela entidade, em 9 de Abril de 2010, a identificação detalhada do software para o qual se pretendia adquirir o licenciamento, identificação essa que havia sido remetida ao IFAP pelo fabricante, (conforme documento que se junta com o n.º 5).

Como resposta, em 12 de Abril de 2010 a ANCP informou:

“Em resposta ao e-mail remetido por V. Exas. no dia 9 de Abril, informa-se que os part number indicados no ficheiro em anexo ao referido e-mail encontram-se no acordo quadro, nos seguintes lotes:

- Lote 3 - Segurança de Servidor / Grupo Infra-Estrutura:

P03001 e P03002

- Lote 4 - Segurança de Desktop (Windows) / Grupo Infra-Estrutura:

P04001

- Lote 6 - Segurança de Desktop (Linux/ Unix) / Grupo Infra-Estrutura:

P06001 e P06002

- Lote 8 - Backup and Recovery de Servidor / Grupo Infra-Estrutura:

P08001

Identificados os lotes onde se encontram os produtos pretendidos, relembra-se que de acordo com o n.º 1 do artigo 28.º do Caderno de Encargos do Concurso Público internacional para seleção de fornecedores de licenciamento de software, a consulta e respetiva adjudicação poderá ser realizada ao nível do Lote, quando a entidade não tenha optado ainda por uma solução específica, ou então pode ser realizada ao nível do produto específico (por part number), caso em que a consulta deve ser realizada apenas aos fornecedores que estão aptos a fornecer a(s) licença(s) pretendida(s) que constam no lote do Aq11-LS que responde às



necessidades concretas. De recordar que esse facto deverá ser devidamente fundamentado pelo Departamento de Informática, para além de que deverão ser garantidas condições de concorrência.” (conforme documento que se junta com o nº 6)

Com esta resposta, a ANCP informou claramente:

- 1.º - Que os produtos para os quais se pretendia adquirir a manutenção se encontravam englobados pelo acordo-quadro de licenciamento de software;
- 2.º - Quais os lotes em que esses produtos se encontravam;
- 3.º - Quais os *part-numbers* que lhe correspondiam.

Face a esta clara identificação, o IFAP, recebida a informação da ANCP, fixou as condições técnicas da contratação, estimativa do valor contratual e entidades incluídas no acordo-quadro a convidar (conforme documento que se junta com o nº 7).

Tudo posto, o IFAP tramitou o procedimento para aquisição dos serviços de manutenção ao abrigo de acordo-quadro em cumprimento das normas legais identificadas e em cumprimento das diretrizes que pediu e recebeu da ANCP.

Estes factos, impõem as seguintes conclusões:

- a) Se o contrato “*assentou em erróneo procedimento*”, como julga o Relato de Auditoria, tal decorre do facto de a ANCP ter informado expressamente que o acordo quadro permite “*adquirir os serviços de suporte e atualizações (updates e upgrades) para o software instalado, mesmo que a “licença original” tenha sido adquirida antes e por isso fora do atual acordo quadro (sic).* Se assim fosse, não haveria ilicitude. Havendo erro, então não há qualquer infração imputável a título de dolo, dado que aquele exclui este – nº 2 do artigo 8º do DL 433/82.
- b) Acresce que o IFAP diligenciou junto da ANCP – entidade competente para o efeito -, no sentido de saber se a contratação devia ou não ser feita no âmbito do acordo quadro, pelo que nem o dever de diligência foi violado, o que impede qualquer imputação de qualquer infração a título de negligência.
- c) Por fim, se erro houve, e esse se manifesta ao nível da consciência da ilicitude, então cabe reconhecer que este erro não lhe é censurável, na medida em que o IFAP legitimamente confia na informação que lhe é prestada pela entidade competente. Donde não lhe poder ser sequer imputável um juízo de culpa – nº 1 do artigo 9º DL 433/88.



II – B) Atribuição de Eficácia Retroativa ao Contrato Celebrado – ponto 4.3.2 do Relato

As razões que conduzem à atribuição de eficácia retroativa ficaram enunciadas no ponto I da presente pronúncia. Todavia, entende o Relato de Auditoria – conforme o seu ponto 4.3.2.2 -, que tal “*colide com o disposto nos artigos 128º nº 2 alínea a) do CPA e 287, nº 2, alínea b) e c) do CCP...*”. Ou seja, em síntese, que lesa direitos e interesses de terceiros, e não assegura a concorrência garantida pelo CCP.

Só que, no caso, tal “colisão” nunca acontece, pelo seguinte: o serviço de apoio/suporte técnico das licenças ORACLE só pode ser prestado por “parteners” - ie., empresas habilitadas pela ORACLE para fornecer o serviço de suporte técnico pós venda -. E todos estes “parteners” estão vinculados às “Políticas de Suporte Técnico” da ORACLE, incluindo os “reinstatement fee” no caso de interrupção da “continuidade contratual”. E também todos eles, em caso de reativação, facultam as licenças com todas as atualizações ocorridas no período de interrupção da “continuidade contratual” (o que na verdade corresponde ao benefício que o cliente vem a retirar da atividade passada, no momento da reativação). Consequentemente, todos os possíveis prestadores do serviço de apoio técnico pós venda (os “parteners” da ORACLE) estão exatamente na mesma posição, uns em relação aos outros, no caso de ser conferida eficácia retroativa ao contrato. Por isso, no caso concreto, essa retroatividade é sempre inócua para terceiros “(potenciais interessados e concorrentes preteridos)” dado que não se trata de “*assumir que uma determinada entidade poderia iniciar a prestação de serviços antes de ser escolhida*” – ponto 3.2.6 do Relato de Auditoria -, mas sim que todas elas, e em qualquer que fosse o caso, facultam ao cliente, no momento da reativação, o mesmo benefício: as licenças que incorporam todas as atualizações ocorridas no período da interrupção contratual. Tal basta para refutar, o que vem afirmado no ponto 3.2.10 do Relato de Auditoria, bem como para constatar que, em relação ao caso concreto, nenhuma das observações constantes dos pontos 3.2.6, 3.2.7, 3.2.8 e 3.2.9 do mesmo Relato, tem qualquer pertinência.

Deve pois concluir-se que:

- a) A retroatividade conferida ao contrato não se reporta a nenhuma atividade material que não possa já ser prestada porque “*o tempo não é reversível*” (*sic*), mas sim à disponibilização, no momento da reativação, de todas as atualizações ocorridas no decurso do período de interrupção do contrato, o que obrigatoriamente aconteceria independentemente de quem viesse a ser o adjudicatário, cujo universo se limita aos “parteners” da ORACLE, ie, às empresas por si habilitadas a prestar o serviço de pós-venda das suas licenças e sujeitas, todas elas, à mesma “Política de Suporte Técnico”,





pelo que em caso algum a retroatividade em questão é suscetível de lesar direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros, nem de impedir, restringir ou falsear a concorrência, nem de pôr em causa, reflexamente, “o postulado pelos princípios da legalidade e transparência da atividade (financeira) administrativa...”. Em síntese: a retroatividade em questão não “colide” nem com a alínea a) do nº 2 do artigo 128º do CPA, nem com as alíneas b) e c) do nº 2 do artigo 287º do CCP, nem com os artigos 266º nº 2 da CRP, nem com o nº 1º do artigo 3º do CPA.

- b) O recurso à retroatividade não tem “por único escopo legitimar o pagamento de prestações não efetuadas “por conta” ou em “substituição” daquela taxa” (reinstatement fee) (sic), mas sim e apenas evitar o incremento da despesa pública inerente à contratação do serviço pós venda sem retroatividade, por efeito da penalização de 50% prevista na “Política de Suporte Técnico” da ORACLE. Não tem mesmo nada a haver com “prestações não efetuadas por “conta” ou em “substituição” daquela taxa”: sem retroatividade paga-se o período de interrupção do contrato de suporte técnico, acrescido de 50%. Com retroatividade, paga-se apenas o período correspondente à interrupção, e que tem, por contrapartida – não se perca isto de vista -, a disponibilização de todas as atualizações entretanto ocorridas -. O que faz com que no caso, a atribuição de retroatividade corresponda às imperiosas “exigências de interesse público”, dado que o raciocínio inverso implica o absurdo de ter que concluir que a proibição de retroatividade que imponha despesas acrescidas é que se conforma às exigências de direito público. Sendo assim, fácil é concluir que também na atribuição de retroatividade, o contrato se conformou ao disposto no corpo do nº 2 do artigo 287º do CCP.
- c) Assim, não se assistindo à violação de quaisquer normas legais, como fica acima evidenciado, designadamente do disposto no nº 1 do artigo 3º e alínea c) do nº 2 do artigo 128º, ambos do CPA, nem artigo 281º, artigo 282º, nem alíneas b) e c) do nº 2 do artigo 287º do CCP, nem artigo 266º da CRP, não existe qualquer comissão de infrações, nem as previstas na alínea b) do nº 1 do artigo 65º LOPTC nem de quaisquer outras.

III-C) Pagamento antes do Visto – ponto 4.4.3 do Relato de Auditoria.



A situação que conduziu ao pagamento da fatura 1707H foi já explicada e resultou de uma ambiguidade não imediatamente apreensível no procedimento instituído relativamente ao pagamento de faturas. Com efeito, o procedimento de controlo do pagamento de faturas incluía uma ficha, designada Auto de Aceitação, que continha um campo que devia ser preenchido com as expressões Sim (S) ou Não (N) relativo ao visto do Tribunal de Contas, e que não foi interpretado de modo uniforme pelos intervenientes, em toda a cadeia hierárquica, dado que o (N) podia significar tanto “despesa não sujeita a visto” como “despesa que ainda não obteve visto”, de tal modo que a inscrição N no campo correspondente do Auto de Aceitação induziu o lapso que conduziu ao pagamento da fatura, como se conclui no processo disciplinar instaurado na sequência desse pagamento.

É pois claro, em todo o caso, que o pagamento da fatura em questão antes da concessão do visto não decorreu de qualquer comportamento intencional e consciente da presença de qualquer elemento do ilícito, mas antes, e tão só, de um erro que, para todos os efeitos, afasta o dolo e prejudica a imputação de qualquer juízo de culpa. Acresce que o processo de controlo financeiro junto do Tribunal de Contas também se mostra regularmente concluído e que, além disso, não há qualquer recomendação ou censura anterior, relativamente ao procedimento, provinda nem do Tribunal de Contas nem de qualquer órgão de controlo interno, nos termos previstos no nº 8 do artigo 65º da LOPTC.

IV - Conclusão

Esclarecidas que ficam todas as questões levantadas no Relato de Auditoria relativas à formação e execução do contrato deve a presente pronúncia ser atendida, e em consequência ser afastada toda e qualquer responsabilidade, tanto reintegratória como sancionatória.

Junta: 7 documentos


Luís Souto Barreiros
Presidente do C.D.

DGTC 11 06'12 12723



RELATO DE AUDITORIA

1ª SECÇÃO-DCC

Proc. nº 12/2012 - 1ª S (ARF)

**Exmº. Sr. Diretor-Geral do Tribunal
de Contas**

Luís Miguel Gaudêncio Simões de Souto Barreiros, na qualidade de Presidente do Conselho Diretivo do Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, IP, vem, notificado para o efeito, nos termos do disposto nos números 1 a 3 do artigo 13º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, pronunciar-se sobre o Relato de Auditoria que corre pela 1ª secção – DCC, Processo com o nº 12/2012 – 1ª S (ARF), para apuramento de responsabilidades financeiras identificadas no exercício da fiscalização prévia incidente sobre o processo de visto nº 1512/2010, o que faz nos termos seguintes:

São três as ilegalidades apontadas no Relato de Auditoria supra mencionado: a) Inobservância do procedimento legalmente exigível; b) Atribuição de Eficácia Retroativa ao Contrato Celebrado; c) Pagamento antes do Visto. As alegadas ilegalidades, conclui o Relatório, indiciam responsabilidades financeiras reintegratória, por pagamento indevido – nº 4 do artigo 59º da Lei 98/97 - e sancionatória – alínea b) do artigo 65º Lei 98/97. Todavia, para cada um destas conclusões, o mencionado Relato ou não apura convenientemente os factos indiciados ou não afere corretamente os nexos de imputação, tanto objetivos como subjetivos.

Inicia-se a presente pronúncia pela responsabilidade reintegratória, depois se passando à sancionatória.

I – Responsabilidade Reintegratória – Ponto 4.2. do Relato de Auditoria.

Entende o Relato de Auditoria - ponto 4.2. -, que parte da despesa autorizada e paga, *“careceu de efetiva contrapartida, em violação do disposto no artigo 281º do CCP e do princípio da economia, eficiência e eficácia subjacente à autorização e pagamento de despesas públicas consagrados nos artigos 42º, nº 6, alínea c) da LEO ..., implicando para o cocontraente um*



enriquecimento patrimonial carecido de causa proscrito pelo artigo 473º, nº 1 do CC". A parte carecida de contrapartida corresponde, neste entendimento, "à remuneração de serviços não efetuados no período compreendido entre Janeiro e Julho de 2010".

Este entendimento, todavia, não é correto. A questão é a seguinte: se o titular da licença Oracle interrompe os serviços de apoio/suporte técnico ao software, por determinado período, no momento em que o restabelece recebe a última atualização da licença de que é titular, a qual incorpora todas as atualizações que foram efetuadas durante o período em que o serviço se encontrou interrompido, pelo que o titular da licença vem efetivamente a beneficiar do serviço desenvolvido naquele período. Consequentemente, ao contrário daquilo que o Relato de Auditoria supõe, há efetivamente uma contrapartida: no momento da reativação do serviço – o cliente com o contrato de suporte técnico interrompido – fica a dispor imediatamente de todas as atualizações entretanto ocorridas.

É por isso que a ORACLE impõe aos seus parceiros e consequentemente aos clientes – ie, adquirentes de licenciamento ORACLE -, no âmbito do serviço de suporte técnico, o princípio da designada "continuidade contratual", nos termos da qual, se existir um interregno entre contratos de manutenção ou de suporte, para reativar o contrato é devido o pagamento de um valor denominado "reinstatement fee" que é calculado com base no último valor do contrato e o período em que o contrato esteve desativado – (ao que vai ainda acrescer o montante de 50% desse valor) -, princípio este que se justifica, precisamente, pelo facto de no momento da reativação o cliente ficar a beneficiar da "continuidade contratual" – ie, de todas as atualizações entretanto ocorridas. Tal decorre do ponto H, denominado "Suporte Técnico" do "Contrato de Licença e Serviços Oracle" – cujo modelo tipo aqui se junta como documento nº 1 -, o qual estabelece que tais serviços, anuais, são fornecidos nos termos das "Políticas de Suporte Técnico Oracle", que aqui se junta como documento nº 2, bem como o esclarecimento por esta prestado no documento que aqui se junta com o nº 3

Claro que é face a estas condições contratuais que a questão da retroatividade se põe: no caso de não ser atribuída retroatividade ao contrato de restabelecimento do serviço de suporte técnico das licenças Oracle, o cliente pagará o montante correspondente ao período em que o mesmo se encontrou interrompido acrescido de 50%. No caso de lhe ser atribuída eficácia retroativa, entende-se que a "continuidade contratual" não foi interrompida e o cliente pagará apenas o valor correspondente ao período de interrupção mas de cujos benefícios vem efetivamente a dispor no momento da reativação. O cálculo apresentado no ponto 4.2.4 do Relato de Auditoria está pois incorreto. Face às condições da contratação dos serviços de suporte técnico das licenças Oracle o cálculo correto, utilizando a média mensal indicada no ponto 4.4.4 do Relatório, seria o seguinte: a) período entre Agosto e Dezembro de 2010, sem retroatividade (sem IVA): €630.362+€367.690,19:2=€814.171,09; b) período entre Agosto e



Dezembro de 2010, com retroatividade a 1.01.2010 (sem IVA): € 630.326. Ocorre pois uma poupança e não uma despesa indevida.

Os esclarecimentos que aqui ficam prestados, permitem concluir o seguinte:

- a) No momento da reativação, não existe qualquer enriquecimento sem causa para qualquer dos cocontraentes, e conseqüentemente não se assiste a qualquer pagamento indevido: não houve pois qualquer violação do disposto nos artigos 281º CCP.
- b) A atribuição de retroatividade não representa qualquer pagamento sem contrapartida, mas simplesmente o restabelecimento do princípio da continuidade contratual evitando qualquer penalização e, conseqüentemente, evitando o incremento da despesa, pelo que se conforma inteiramente com *princípio da economia, eficiência e eficácia subjacente à autorização e pagamento de despesas públicas consagrados nos artigos 42º, nº 6, alínea c) da LEO e alínea c) do nº 1 e 3 do artigo 22º do RAFE*
- c) Além disso, mas já com relevo para responsabilidade sancionatória, permite concluir que não há qualquer violação do disposto na alínea a) do nº 2 do artigo 128º do CPA e alíneas b) e c) do nº 2 do artigo 287º CCP, como adiante se verá.

II – Responsabilidade Financeira Sancionatória

II - A) Inobservância do Procedimento legalmente exigível – ponto 4.3.1 do Relato.

No seu ponto 4.3.1. entende o Relato de Auditoria que *“a formação do dito contrato assentou num erróneo procedimento (indicado no artigo 259º, nº 3 do CCP) adjudicatório ... ante o valor da despesa autorizada ...”*.

Só que, nem a entidade competente para gerir o sistema nacional de compras públicas entendeu assim, nem deixou o IFAP de diligenciar, junto desta, no sentido de apurar se era ou não aplicável a contratação no âmbito do Acordo Quadro.

Com efeito, a Agência Nacional de Compras Públicas, E. P. E., foi criada pelo Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, e tem com uma das suas atribuições *“conceber, definir, implementar, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, à simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à proteção do ambiente.”*



De forma a dar corpo a tal objeto, foi ainda criado o sistema nacional de compras públicas (SNCP), que, além da ANCP e das unidades ministeriais de compras (UMC), integra entidades compradoras vinculadas e entidades compradoras voluntárias.

Integram o SNCP, na qualidade de entidades compradoras vinculadas, os serviços da administração direta do Estado e os institutos públicos, sendo, pois, o IFAP uma entidade vinculada do SNCP.

Um dos princípios basilares do SNCP é o da segregação das funções de contratação e de compras e pagamentos, assente na adoção de procedimentos centralizados com vista à celebração, aos níveis global e sectorial, de acordos quadro ou outros contratos públicos e na subsequente compra e pagamento pelas entidades compradoras.

Para obrigar ao cumprimento de tal princípio, a contratação de bens e serviços pelas entidades compradoras é efetuada preferencialmente de forma centralizada pela ANCP através de da celebração de contratos quadro tendo por objeto obras, bens móveis ou serviços destinados a entidades adjudicantes.

A intervenção da ANCP enquanto entidade centralizadora é repartida segundo categorias de obras, bens e serviços, a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças e por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do sector, respetivamente.

É proibido às entidades compradoras vinculadas a adoção de procedimentos tendentes à contratação direta de obras, de bens móveis e de serviços abrangidos pelas categorias definidas naquelas portaria, salvo autorização prévia expressa do membro do Governo responsável pela área das finanças, precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada.

Como efeito para o não cumprimento de tal obrigação, o n.º 6 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, determina que são nulos os contratos relativos a obras, bens móveis e serviços celebrados em violação destas regras, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, civil e financeira que ao caso couber, nos termos gerais de direito.

O licenciamento de software é uma das categorias previstas na Portaria n.º 772/2008, de 6 de Agosto, tendo o respetivo acordo-quadro entrado em vigor em 25 de Agosto de 2009.

O contrato de manutenção do licenciamento Oracle de que o IFAP dispõe e que se encontra identificado no relatório de auditoria terminava em 31 de Dezembro de 2009, pelo que em 24 de Novembro do mesmo ano se questionou a ANCP sobre se a aquisição dos serviços de manutenção deveria ser realizada ao abrigo de acordo-quadro ou, pelo contrário, se deveria ser apresentado pedido de exceção nos termos do n.º 4 do artigo 5.º do diploma acima citado.



Em resposta, a ANCP informou que “O acordo quadro de licenciamento de software (AQ 11-LS) inclui, no âmbito dos serviços de assistência pós-venda, todos os serviços de suporte e atualizações (upgrades e updates), conforme decorre do n.º 2 do art. 24.º do caderno de encargos do concurso que lhe deu origem. Pelo que, desde que o software pretendido esteja disponível no acordo quadro de licenciamento de software, pode-se adquirir os serviços de suporte e atualizações (updates e upgrades) para o software instalado, mesmo que a “licença original” tenha sido adquirida antes e por isso fora do atual acordo quadro. Ficam naturalmente excluídos os serviços de suporte e atualização relativos a software que não consta, de todo, do mencionado acordo quadro.” (conforme documento que aqui se junta com o n.º 4)

Assim, de forma a obter uma resposta concreta da ANCP, foi enviada àquela entidade, em 9 de Abril de 2010, a identificação detalhada do software para o qual se pretendia adquirir o licenciamento, identificação essa que havia sido remetida ao IFAP pelo fabricante, (conforme documento que se junta com o n.º 5).

Como resposta, em 12 de Abril de 2010 a ANCP informou:

“Em resposta ao e-mail remetido por V. Exas. no dia 9 de Abril, informa-se que os part number indicados no ficheiro em anexo ao referido e-mail encontram-se no acordo quadro, nos seguintes lotes:

- Lote 3 - Segurança de Servidor / Grupo Infra-Estrutura:

P03001 e P03002

- Lote 4 - Segurança de Desktop (Windows) / Grupo Infra-Estrutura:

P04001

- Lote 6 - Segurança de Desktop (Linux/ Unix) / Grupo Infra-Estrutura:

P06001 e P06002

- Lote 8 - Backup and Recovery de Servidor / Grupo Infra-Estrutura:

P08001

Identificados os lotes onde se encontram os produtos pretendidos, relembra-se que de acordo com o n.º 1 do artigo 28.º do Caderno de Encargos do Concurso Público internacional para seleção de fornecedores de licenciamento de software, a consulta e respetiva adjudicação poderá ser realizada ao nível do Lote, quando a entidade não tenha optado ainda por uma solução específica, ou então pode ser realizada ao nível do produto específico (por part number), caso em que a consulta deve ser realizada apenas aos fornecedores que estão aptos a fornecer a(s) licença(s) pretendida(s) que constam no lote do Aq11-LS que responde às



necessidades concretas. De recordar que esse facto deverá ser devidamente fundamentado pelo Departamento de Informática, para além de que deverão ser garantidas condições de concorrência.” (conforme documento que se junta com o nº 6)

Com esta resposta, a ANCP informou claramente:

- 1.º - Que os produtos para os quais se pretendia adquirir a manutenção se encontravam englobados pelo acordo-quadro de licenciamento de software;
- 2.º - Quais os lotes em que esses produtos se encontravam;
- 3.º - Quais os *part-numbers* que lhe correspondiam.

Face a esta clara identificação, o IFAP, recebida a informação da ANCP, fixou as condições técnicas da contratação, estimativa do valor contratual e entidades incluídas no acordo-quadro a convidar (conforme documento que se junta com o nº 7).

Tudo posto, o IFAP tramitou o procedimento para aquisição dos serviços de manutenção ao abrigo de acordo-quadro em cumprimento das normas legais identificadas e em cumprimento das diretrizes que pediu e recebeu da ANCP.

Estes factos, impõem as seguintes conclusões:

- a) Se o contrato “*assentou em erróneo procedimento*”, como julga o Relato de Auditoria, tal decorre do facto de a ANCP ter informado expressamente que o acordo quadro permite “*adquirir os serviços de suporte e atualizações (updates e upgrades) para o software instalado, mesmo que a “licença original” tenha sido adquirida antes e por isso fora do atual acordo quadro (sic).* Se assim fosse, não haveria ilicitude. Havendo erro, então não há qualquer infração imputável a título de dolo, dado que aquele exclui este – nº 2 do artigo 8º do DL 433/82.
- b) Acresce que o IFAP diligenciou junto da ANCP – entidade competente para o efeito -, no sentido de saber se a contratação devia ou não ser feita no âmbito do acordo quadro, pelo que nem o dever de diligência foi violado, o que impede qualquer imputação de qualquer infração a título de negligência.
- c) Por fim, se erro houve, e esse se manifesta ao nível da consciência da ilicitude, então cabe reconhecer que este erro não lhe é censurável, na medida em que o IFAP legitimamente confia na informação que lhe é prestada pela entidade competente. Donde não lhe poder ser sequer imputável um juízo de culpa – nº 1 do artigo 9º DL 433/88.





II – B) Atribuição de Eficácia Retroativa ao Contrato Celebrado – ponto 4.3.2 do Relato

As razões que conduzem à atribuição de eficácia retroativa ficaram enunciadas no ponto I da presente pronúncia. Todavia, entende o Relato de Auditoria – conforme o seu ponto 4.3.2.2 -, que tal “*colide com o disposto nos artigos 128º nº 2 alínea a) do CPA e 287, nº 2, alínea b) e c) do CCP...*”. Ou seja, em síntese, que lesa direitos e interesses de terceiros, e não assegura a concorrência garantida pelo CCP.

Só que, no caso, tal “colisão” nunca acontece, pelo seguinte: o serviço de apoio/suporte técnico das licenças ORACLE só pode ser prestado por “parteners” - ie., empresas habilitadas pela ORACLE para fornecer o serviço de suporte técnico pós venda -. E todos estes “parteners” estão vinculados às “Políticas de Suporte Técnico” da ORACLE, incluindo os “reinstatement fee” no caso de interrupção da “continuidade contratual”. E também todos eles, em caso de reativação, facultam as licenças com todas as atualizações ocorridas no período de interrupção da “continuidade contratual” (o que na verdade corresponde ao benefício que o cliente vem a retirar da atividade passada, no momento da reativação). Consequentemente, todos os possíveis prestadores do serviço de apoio técnico pós venda (os “parteners” da ORACLE) estão exatamente na mesma posição, uns em relação aos outros, no caso de ser conferida eficácia retroativa ao contrato. Por isso, no caso concreto, essa retroatividade é sempre inócua para terceiros “(potenciais interessados e concorrentes preteridos)” dado que não se trata de “*assumir que uma determinada entidade poderia iniciar a prestação de serviços antes de ser escolhida*” – ponto 3.2.6 do Relato de Auditoria -, mas sim que todas elas, e em qualquer que fosse o caso, facultam ao cliente, no momento da reativação, o mesmo benefício: as licenças que incorporam todas as atualizações ocorridas no período da interrupção contratual. Tal basta para refutar, o que vem afirmado no ponto 3.2.10 do Relato de Auditoria, bem como para constatar que, em relação ao caso concreto, nenhuma das observações constantes dos pontos 3.2.6, 3.2.7, 3.2.8 e 3.2.9 do mesmo Relato, tem qualquer pertinência.

Deve pois concluir-se que:

- a) A retroatividade conferida ao contrato não se reporta a nenhuma atividade material que não possa já ser prestada porque “*o tempo não é reversível*” (sic), mas sim à disponibilização, no momento da reativação, de todas as atualizações ocorridas no decurso do período de interrupção do contrato, o que obrigatoriamente aconteceria independentemente de quem viesse a ser o adjudicatário, cujo universo se limita aos “parteners” da ORACLE, ie, às empresas por si habilitadas a prestar o serviço de pós-venda das suas licenças e sujeitas, todas elas, à mesma “Política de Suporte Técnico”,



pelo que em caso algum a retroatividade em questão é suscetível de lesar direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros, nem de impedir, restringir ou falsear a concorrência, nem de pôr em causa, reflexamente, “o postulado pelos princípios da legalidade e transparência da atividade (financeira) administrativa...”. Em síntese: a retroatividade em questão não “colide” nem com a alínea a) do nº 2 do artigo 128º do CPA, nem com as alíneas b) e c) do nº 2 do artigo 287º do CCP, nem com os artigos 266º nº 2 da CRP, nem com o nº 1º do artigo 3º do CPA.

- b) O recurso à retroatividade não tem “por único escopo legitimar o pagamento de prestações não efetuadas “por conta” ou em “substituição” daquela taxa” (reinstatement fee) (sic), mas sim e apenas evitar o incremento da despesa pública inerente à contratação do serviço pós venda sem retroatividade, por efeito da penalização de 50% prevista na “Política de Suporte Técnico” da ORACLE. Não tem mesmo nada a haver com “prestações não efetuadas por “conta” ou em “substituição” daquela taxa”: sem retroatividade paga-se o período de interrupção do contrato de suporte técnico, acrescido de 50%. Com retroatividade, paga-se apenas o período correspondente à interrupção, e que tem, por contrapartida – não se perca isto de vista -, a disponibilização de todas as atualizações entretanto ocorridas -. O que faz com que no caso, a atribuição de retroatividade corresponda às imperiosas “exigências de interesse público”, dado que o raciocínio inverso implica o absurdo de ter que concluir que a proibição de retroatividade que imponha despesas acrescidas é que se conforma às exigências de direito público. Sendo assim, fácil é concluir que também na atribuição de retroatividade, o contrato se conformou ao disposto no corpo do nº 2 do artigo 287º do CCP.
- c) Assim, não se assistindo à violação de quaisquer normas legais, como fica acima evidenciado, designadamente do disposto no nº 1 do artigo 3º e alínea c) do nº 2 do artigo 128º, ambos do CPA, nem artigo 281º, artigo 282º, nem alíneas b) e c) do nº 2 do artigo 287º do CCP, nem artigo 266º da CRP, não existe qualquer comissão de infrações, nem as previstas na alínea b) do nº 1 do artigo 65º LOPTC nem de quaisquer outras.

III-C) Pagamento antes do Visto – ponto 4.4.3 do Relato de Auditoria.





A situação que conduziu ao pagamento da fatura 1707H foi já explicada e resultou de uma ambiguidade não imediatamente apreensível no procedimento instituído relativamente ao pagamento de faturas. Com efeito, o procedimento de controlo do pagamento de faturas incluía uma ficha, designada Auto de Aceitação, que continha um campo que devia ser preenchido com as expressões Sim (S) ou Não (N) relativo ao visto do Tribunal de Contas, e que não foi interpretado de modo uniforme pelos intervenientes, em toda a cadeia hierárquica, dado que o (N) podia significar tanto “despesa não sujeita a visto” como “despesa que ainda não obteve visto”, de tal modo que a inscrição N no campo correspondente do Auto de Aceitação induziu o lapso que conduziu ao pagamento da fatura, como se conclui no processo disciplinar instaurado na sequência desse pagamento.

É pois claro, em todo o caso, que o pagamento da fatura em questão antes da concessão do visto não decorreu de qualquer comportamento intencional e consciente da presença de qualquer elemento do ilícito, mas antes, e tão só, de um erro que, para todos os efeitos, afasta o dolo e prejudica a imputação de qualquer juízo de culpa. Acresce que o processo de controlo financeiro junto do Tribunal de Contas também se mostra regularmente concluído e que, além disso, não há qualquer recomendação ou censura anterior, relativamente ao procedimento, provinda nem do Tribunal de Contas nem de qualquer órgão de controlo interno, nos termos previstos no nº 8 do artigo 65º da LOPTC.

IV - Conclusão

Esclarecidas que ficam todas as questões levantadas no Relato de Auditoria relativas à formação e execução do contrato deve a presente pronúncia ser atendida, e em consequência ser afastada toda e qualquer responsabilidade, tanto reintegratória como sancionatória.

Junta: 7 documentos



Luís Souto Barreiros
Presidente do C.D.

DGTC 11 06'12 12723