



Não transitado em julgado

ACÓRDÃO N.º 1/2018-9.JAN-1.ª S/SS

Processo n.º 3086/2017

Relator: Conselheiro Mário Mendes Serrano

*

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

I – RELATÓRIO:

1. A «Autoridade Tributária e Aduaneira» (doravante AT), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um *contrato* de «Aquisição de Licenças de Software Oracle ou Equivalente, em Modelo Ilimitado e Serviços Conexos», celebrado, em 4/8/2017, entre essa entidade e «Timestamp – Sistemas de Informação, S.A.», pelo valor de 4 081 000,00 € e pelo prazo de 3 anos, invocando para tanto a sua celebração ao abrigo de «Acordo Quadro de Licenciamento de Software e Serviços Conexos» (AQ-LS), da «Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.» (ESPAP), no segmento desse Acordo Quadro identificado por «Grupo 1 – Software de Infraestruturas – lote 13 – Application Servers». Posteriormente, a entidade adjudicante remeteu a este Tribunal *adenda* ao contrato em referência, outorgada pelas entidades contratantes em 19/12/2017, e pela qual se procede a alterações do valor (para 3 599 000,00 €) e do prazo (que passa a reportar-se a um período delimitado entre a aposição do visto e o dia 31/12/2019).



Tribunal de Contas

2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devoluções à AT para prestação de esclarecimentos, designadamente em matéria de enquadramento desse concreto contrato no âmbito do referido AQ-LS, de apuramento do preço-base do procedimento, do modo de verificação do cumprimento do contrato e de eventual indeterminabilidade do seu objeto.

*

II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:

3. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

- a) O contrato em apreço foi celebrado por ajuste direto com consulta (mediante «Convite à Apresentação de Proposta») aos cocontratantes selecionados ao abrigo do «Acordo Quadro de Licenciamento de Software e Serviços Conexos» (AQ-LS), da «Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P.» (ESPAP), e nos termos do respetivo «Caderno de Encargos», no segmento desse Acordo Quadro identificado por «Grupo 1 – Software de Infraestruturas – lote 13 – Application Servers», e subordinado ao critério do mais baixo preço, tendo sido apresentada proposta por um único concorrente, «Timestamp, S.A.» (documentos esses cujos teores se dão por integralmente reproduzidos);
- b) O procedimento em causa foi precedido da edição da Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2017, publicada in *Diário da República*



Tribunal de Contas

(DR), I, de 14/6/2017, na qual se produziram, nomeadamente, as seguintes considerações:

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

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

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

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

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



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

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

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

- a) 2017 - € 3 117 000,00;
- b) 2018 - € 482 000,00;
- c) 2019 - € 482 000,00. (...);»;

d) No convite à apresentação de proposta, no seu artigo 19º, fez-se consignar que o objeto do contrato é a «aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento até 31 de Dezembro de 2019»;

e) No contrato sob fiscalização, na sua cláusula 3.^a, declara-se que «[o] prazo de execução do contrato é de 3 (três) anos contados a partir da data de produção de efeitos do mesmo, observados os trâmites exigidos pela Lei n.º 98/87, de 26 de agosto»;

f) Nesse mesmo contrato, na sua cláusula 4.^a, respeitante ao preço contratual, indica-se como preço global o montante de 4 081 000,00 € e fez-se inscrever quadro que procede à repartição desse montante em valores



correspondentes às licenças e aos *serviços conexos*, sendo que, quanto a estes, se detalham valores apenas para os anos de 2017, 2018 e 2019;

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

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

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

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

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

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



– quanto à matéria da al. a):

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

Conforme resulta do artigo 1º do convite à apresentação de proposta ('Convite'), em anexo, sob a epígrafe "Objeto e identificação do procedimento", o contrato a celebrar tem por objeto a aquisição de licenças de Software Oracle ou equivalente, em modelo ilimitado, e serviços conexos, ao abrigo do Grupo 1 - Software de Infraestrutura - lote 13 - Application Servers do AQ-LS (...).

Pela execução de todas as prestações que integram o objeto contratual a entidade adjudicante estabeleceu como preço base do procedimento, nos termos do artigo 20.º do Convite, o valor de € 4.081.000,00 (quatro milhões e oitenta e um mil euros), repartidos da seguinte forma:

| Modelo ilimitado de aquisição de licenças | | | | | | | | | |
|---|------------------------------|--------------|--|-------------|-----------|----------------|------------------------|--------------------------|--------------------------|
| | | AQ-LS | | Métrica | Qte | Preço | | | |
| Grupo de Lotes | Lote | n.ºAcordo | Designação comercial do produto/licenças | | | Licenças | Serviços conexos ano n | Serviços conexos ano n+1 | Serviços conexos ano n+2 |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Sea Suite Management Pack | Processador | ilimitado | 500.000,00 € | 70.000,00 € | 70.000,00 € | 70.000,00 € |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Weblogic Suite Integration Pack | Processador | ilimitado | 1.195.000,00 € | 248.000,00 € | 248.000,00 € | 248.000,00 € |
| Grupo 1 - Software de Infraestrutura | Lote 13- Application servers | 15.31.013.01 | Weblogic Suite Management Pack | Processador | ilimitado | 940.000,00 € | 164.000,00 € | 164.000,00 € | 164.000,00 € |

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



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

(...) para efeitos de apuramento do preço base deste concreto Procedimento, e tendo em conta que está em causa a aquisição de software Oracle, a AT procedeu à consulta prévia do fabricante por forma a efetuar uma estimativa das suas reais necessidades em termos de licenciamento ao longo do período de execução contratual, e, bem assim, o seu impacto financeiro. Nessa sequência, foram apuradas as seguintes necessidades por cada tipologia de licenciamento de software:

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

Tendo em conta que:

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

e que

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

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

Neste quadro, cruzando o preço máximo de referência estabelecido no CNPC para cada uma das modalidades de licenciamento em causa com as necessidades previsíveis da AT, a mesma antecipou um previsível



Tribunal de Contas

resultado financeiro incomportável para a estrutura da AT, conforme se pode observar infra:

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

Perante este cenário, e após avaliação financeira e tecnológica das aplicações em produção na AT (cerca de 500, cfr. artigo 18.º do Convite), conclui-se pela necessidade de recondução das necessidades aquisitivas da AT a um modelo de licenciamento ilimitado, que permite uma redução significativa do investimento da AT sem qualquer limitação na utilização dos licenciamentos necessários. Deste modo, a abertura do procedimento e subsequente celebração de contrato e realização de despesa foram autorizados através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2017, de 18 de maio.

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

Com efeito, tendo em conta o preço máximo de referência fixado no AQ-LS e o número estimado de cores que serão adquiridos pela AT, para cada tipologia de licenciamento, é possível constatar que os preços por core praticados no âmbito do Procedimento são consideravelmente inferiores



aos preços máximos de referência estabelecidos no âmbito do Acordo Quadro e constantes do CNCP, conforme se passa a demonstrar:

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

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

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

Dispõe o artigo 258.º, n.º 2, do Código que "o conteúdo dos contratos a que se refere o número anterior deve corresponder às condições contratuais estabelecidas no acordo quadro, não sendo necessária a elaboração de um caderno de encargos". Ora, os contratos a que se refere o artigo 258.º, n.º 1, são os "contratos a celebrar ao abrigo de acordos quadro celebrados na modalidade prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 252.º".

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



Diferentemente, o AQ-LS enquadra-se na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo, ou seja, de acordos quadro celebrados "com várias entidades, quando neles não estejam totalmente contemplados ou não estejam suficientemente especificados os aspetos da execução dos contratos a celebrar ao seu abrigo que sejam submetidos à concorrência pelo caderno de encargos." Deste modo, à celebração de contratos ao abrigo do AQ-LS é aplicável, como indica o próprio artigo 21.º do Caderno de Encargos do AQ-LS, o artigo 259.º do CCP que tem por objeto, justamente, os acordos quadro celebrados na modalidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 252.º do CCP.

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

– quanto à matéria da al. b):

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

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

(...)

No presente Procedimento (...) [t]odos os cocontratantes foram convidados a apresentar proposta para o fornecimento de licenças de software Oracle e serviços conexos integrantes do Grupo 1- Software de



infraestrutura - lote 13 - Application Servers do AQ-LS, respeitando todas as especificações técnicas e parâmetros base do AQ-LS original.

Em suma, a única diferença que é possível encontrar no presente Procedimento diz respeito ao modo de apresentação do preço por parte da entidade adjudicante e, conseqüentemente, por parte das entidades cocontratantes do Acordo Quadro. Já que, ao invés de ser fixado um preço base por licença é fixado, pelas razões supra explicitadas, um preço global pelo fornecimento ilimitado das mesmas licenças objeto do AQ-LS. Este diferente modelo de fixação do preço contratual permite e destina-se tão somente a responder de forma adequada às necessidades de interesse público que o contrato a celebrar visa satisfazer, não constituindo uma alteração substancial das condições consagradas no AQ-LS, já que:

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

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

Em primeiro lugar, todos os cocontratantes dos licenciamentos objeto do Procedimento foram convidados a apresentar proposta, nos mesmos exatos termos e condições, tendo tomado conhecimento do enquadramento das necessidades aquisitivas da AT e do número estimado de aplicações em produção para as quais seria necessário o



licenciamento Oracle (cfr. artigo 18.º do Convite). Aliás, em rigor, uma vez que se trata de um software fornecido exclusivamente por este fabricante, qualquer um dos cocontratantes que necessariamente o contactasse para efeitos de apresentação da proposta teria conhecimento das necessidades (muito) aproximadas de licenciamento da AT.

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

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

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

Por último, parece à AT que, em qualquer caso, a abordagem do que se deva entender por "alteração substancial no contexto de um Acordo Quadro deverá sempre comportar uma certa margem de flexibilidade, desde que respeitados os princípios da estabilidade das regras



concurtais, da boa-fé e da tutela da confiança. Na verdade, não deverá ser acolhido um entendimento excessivamente formalista que conduza (obrigue) as entidades públicas adquirentes a adquirir de modo mais oneroso produtos que poderiam ser fornecidos de forma economicamente mais racional e vantajosa se aproveitadas as dinâmicas de mercado e de concorrência geradas em torno dos produtos integrantes dos Acordos Quadro em vigor. Uma tal visão introduziria uma rigidez tal nos acordos quadro que ameaçaria a utilidade económica e a sustentabilidade Jurídica do regime de contratação centralizada instituído pelo Sistema Nacional de Compras Públicas, prejudicando, em última análise, o interesse público que norteou originalmente a sua formação.

(...)

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

– quanto à matéria da al. c):

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

Ora, neste ponto particular não se oferece qualquer dificuldade à AT já que, aquando da adjudicação, são registados e instalados os produtos adquiridos sem qualquer restrição de utilização. Concretizando, é conferido um código único à entidade adquirente (o customer supporter identifier, 'CSI') o qual permitirá à AT, através de um portal



disponibilizado especificamente para o efeito, proceder ao download de tantas licenças quantas necessitar, sem qualquer limitação. O mesmo se aplicando no que se reporta a atualizações dos programas, designadamente de segurança.

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

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

– quanto à matéria da al. d):

«Nos termos do artigo 96.º, n.º 1, alínea c) do CCP, deverá fazer parte integrante do objeto do contrato, sob pena de nulidade "a descrição do objeto". Por sua vez, o artigo 280.º, n.º 1, parte final do Código Civil, estabelece que "é nulo o negócio cujo objeto seja (...) indeterminável. Quereria o Tribunal de Contas, com a enunciação destas normas, apontar o risco de nulidade do contrato a celebrar caso o respetivo objeto fosse considerado potencialmente indeterminável.

Todavia, os artigos 1.º e 19.º do Convite estabelecem de forma taxativa e absolutamente determinada o objeto contratual: "o objeto do contrato que se pretende celebrar é a aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento até 31 de dezembro de 2019 para os produtos Soa Suite Management Pack, Weblogic Suite Integration Pack e Weblogic Suite Management Pack e respetiva assistência pós-venda, constituída por suporte técnico (24 horas x 7 dias) e serviços que garantam a



continuidade do produto (updates corretivos e updates dentro da mesma versão no decorrer do contrato)".

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

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

Ora, como já foi supra referido, existirá sempre uma contagem do número exato de licenças em utilização por parte da AT o que, embora não se



considere de todo essencial para efeitos de se considerar o objeto contratual em causa determinável, permite certamente afastar qualquer dúvida do Tribunal de Contas quanta a uma eventual indeterminabilidade do negócio jurídico em virtude da ausência de um número fechado de licenças a disponibilizar à AT.

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

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

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

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

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

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

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

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



- b) (...) esclareça, também, a data de disponibilização das licenças, esclarecendo como se procederá caso venham a ser disponibilizadas no futuro (em virtude do fornecimento em modelo ilimitado) licenças ou se o pagamento está a ser efetuado sem a disponibilização das licenças que venham a ser necessárias no período de execução do contrato.
- c) Justifique que o contrato estipule o prazo de 3 anos a contar da data de produção de efeitos observada a LOPTC na cláusula 3^a e no quadro da cláusula 4^a estabeleça valores idênticos para os anos de 2017 a 2019, não prevendo qualquer valor para 2020.»;
- j) Em resposta a esse pedido de esclarecimentos, veio a entidade adjudicante informar que tinha, entretanto, outorgado *adenda* ao contrato em referência, datada de 19/12/2017, e pela qual se procedeu a alterações do valor (para 3 599 000,00 €) e do prazo (que passa a reportar-se a um período delimitado entre a aposição do visto e o dia 31/12/2019);
- k) E, quanto às questões suscitadas nesse segundo momento, pronunciou-se a entidade adjudicante, no essencial, nos seguintes termos:

– quanto à matéria da al. a):

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

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



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

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

Face ao referido, embora as necessidades estejam quantificadas, dado o elevado encargo financeiro previsto para as mesmas no Catálogo Nacional de Compras Públicas, ainda que se considere apenas o licenciamento imediatamente necessário (860 "cores"), a AT conclui pela necessidade de recondução das necessidades aquisitivas ao paradigma de licenciamento ilimitado que permite uma redução significativa do investimento da AT sem qualquer limitação na utilização dos licenciamentos necessários, pelo que, ao invés do pagamento por licença, pelas razões apresentadas, foi fixado um preço global pelo fornecimento das mesmas licenças.

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

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

(...) Ou seja, os produtos e a sua utilização estarão na inteira disponibilidade da AT ao longo de todo o período de execução contratual, não suscitando qualquer obstáculo à verificação do cumprimento do



contrato o facto de não se encontrar pré-determinado um número fechado de licenças a fornecer.

(...)

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

– quanto à matéria da al. b):

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

– quanto à matéria da al. c):

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

(...)

Independentemente de o contrato produzir efeitos no presente ano, reconhecemos que à data de hoje e desde já a necessidade de reescalonar a plurianualidade da despesa prevista, caso, inclusive, o início da execução seja apenas almejado em 2018. Assim celebramos uma adenda ao contrato em apreço, conforme anexo, que visa reduzir o âmbito do contrato, conformando a vigência, agora, desde a data de produção de



efeitos até 31 de dezembro de 2019, com a despesa autorizada nos termos da Resolução de Conselho de Ministros (RCM) n.º 83/2017, de 18 de maio.

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

– DE DIREITO:

4. Estando assentes os elementos de facto supra descritos, cumpre, com base neles, apreciar as questões que o contrato em presença suscita.

A) Da desconformidade do contrato em apreço com o AQ-LS:

5. Uma primeira questão está relacionada com a circunstância de o AQ-LS não prever, pelo menos de forma expressa, o *modelo ilimitado* de aquisição de licenças de software adotado pelo contrato em apreço.

6. Como se disse, este contrato pretende ter por fonte o AQ-LS, para cuja aferição importa proceder a um exercício de confronto entre a caracterização do objeto contratual tal como delimitado pelo *acordo quadro* e o concreto recorte que as partes conferiram ao objeto do presente contrato.

Trata-se, assim, de considerar os seguintes dados: de um lado, o artigo 2.º do «Caderno de Encargos» do AQ-LS, segundo o qual «[o] acordo quadro tem por objeto o licenciamento de software, em modalidade de aquisição perpétua, subscrição



Tribunal de Contas

ou aluguer operacional, bem como, independentemente da modalidade, dos respetivos serviços conexos de instalação, migração tecnológica e assistência pós-venda» (e complementado pelo artigo 23.º do mesmo documento, que explicita o modo de realização dos contratos celebrados ao abrigo do acordo quadro, consoante cada uma das três indicadas modalidades de licenciamento); e, do outro lado, o artigo 19.º do «Convite à Apresentação de Proposta» para o procedimento em causa, segundo o qual «[o] objeto do contrato que se pretende celebrar é a aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento até 31 de dezembro de 2019 para os produtos Soa Suite Management Pack, Weblogic Suite Integration Pack e Weblogic Suite Management Pack e respetiva assistência pós-venda, constituída por suporte técnico (24 horas x 7 dias) e serviços que garantam a continuidade do produto (*updates* corretivos e *updates* dentro da mesma versão no decorrer do contrato)» (em conexão com os n.ºs 1 e 2 da cláusula 1.ª do próprio contrato, que replicam a mencionada identificação do objecto contratual, aludindo à «aquisição de Licenças de Software (...) em modelo ilimitado», nesse n.º 1, ou à «aquisição de um modelo ilimitado de licenciamento», nesse n.º 2).

7. Perante estes elementos importa ponderar que o juízo sobre a conformidade (ou não) de tal *modelo ilimitado* de aquisição de licenças de software ao AQ-LS deve ter como pressuposto de análise o substrato normativo estabelecido para os *acordos quadro* no regime geral da contratação pública.

Relevam aqui, em especial, os artigos 251.º a 259.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/1 (na versão anterior às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/8, sendo aquela aplicável ao caso presente nos termos do artigo 12.º, n.º 1, deste diploma). E merecem particular destaque os seguintes preceitos: o artigo 251.º, que contempla uma noção de *acordo quadro* («Acordo quadro é o contrato celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e uma ou mais entidades, com vista a disciplinar relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de



Tribunal de Contas

tempo, mediante a fixação antecipada dos respetivos termos»); o artigo 252.º, n.º 1, que prevê duas modalidades de acordos quadro, nas suas alíneas *a)* e *b)* (o *acordo quadro com um único operador económico* e o *acordo quadro com vários operadores económicos*, respetivamente, sendo que o primeiro supõe que os termos dos futuros contratos estão integralmente fixados e que o segundo supõe que os termos dos futuros contratos não estão completamente estabelecidos); e o artigo 257.º, n.º 2, que estatui a regra segundo a qual «[d]a celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos».

8. Neste ponto, é de notar que o legislador do CCP de 2008 apenas terá admitido as referidas duas modalidades de *acordo quadro*, sendo certo que o cruzamento dos utilizados critérios do *conteúdo do acordo quadro* e do *número de cocontratantes* teria permitido a consagração, com eventual vantagem, de outras modalidades não contempladas no artigo 252.º do CCP (neste sentido, v. Cláudia Viana, «O Acordo-Quadro», in *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 3, Setembro de 2009, pp. 11 ss., concretamente p. 16). Aliás, o legislador das recentes alterações ao CCP (do Decreto-Lei n.º 111-B/2017) veio reconhecê-lo, ao alargar a previsão da alínea *a)* do artigo 252.º, de modo a admitir a possibilidade de um acordo quadro plural (com vários operadores económicos) com fixação de todos os termos dos contratos a celebrar (dito *contrato quadro múltiplo*, na terminologia daquela autora).

9. A tipologia originária do CCP, e aqui aplicável, permite afirmar que o *acordo quadro* em causa no presente processo (AQ-LS da ESPAP) se enquadra claramente na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 252.º, já que se tratou de um *acordo quadro plural* e nele não se esgotam todos os termos dos contratos celebrados ao abrigo desse AQ-LS, os quais, no caso concreto, se mostram desenvolvidos e completados pelo próprio teor do contrato celebrado entre a AT e a «Timestamp, S.A.». E isso



Tribunal de Contas

implica que este contrato não se subordinava ao artigo 258.º do CCP, que regia apenas para os *acordos quadros singulares* (como decorre, desde logo, da sua remissão para a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 252.º), mas antes ao artigo 259.º do CCP, aplicável em exclusivo aos *acordos quadros plurais* previstos na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 252.º (para a qual, aliás, aquele artigo 259.º expressamente remete).

10. Contudo, esta inaplicabilidade do artigo 258.º do CCP não significa que um contrato celebrado ao abrigo de *acordo quadro plural* possa não «corresponder às condições contratuais estabelecidas no acordo quadro» (para usar a fórmula do n.º 2 do artigo 258.º). A exigência dessa correspondência colhe-se do citado artigo 257.º, n.º 2, que proíbe a inclusão no contrato subordinado de *alterações substanciais* das condições consagradas no acordo quadro (e sem prejuízo das alterações permitidas pelo n.º 3 dessa disposição legal, que se prendem com atualização de características de bens e serviços, decorrentes de inovações tecnológicas, mas que devem sempre ser expressamente previstas no caderno de encargos relativo ao acordo quadro e manter intocado «o tipo de prestação e os objetivos das especificações»).

11. Daqui deflui que se encontra vedada qualquer *alteração* aposta no contrato subordinado, relativamente às condições estabelecidas no *acordo quadro*, que se traduza numa *modificação* de elemento relevante ou *essencial* do contrato. E, seguramente, a determinação do próprio objeto contratual constituirá um elemento essencial do contrato.

12. Revertendo ao caso presente, temos então de cotejar o objeto contratual tal como delimitado no AQ-LS com o concreto objeto do contrato celebrado entre a AT e a «Timestamp, S.A.». Como se disse, o «Caderno de Encargos» do AQ-LS prevê a aquisição de licenciamento de software em três diferentes modalidades (aquisição perpétua, subscrição ou aluguer operacional), nos termos indicados nos seus artigos 2.º e 23.º, sendo certo que ainda estabeleceu, no seu artigo 24.º, n.º 2, que «[o] preço



Tribunal de Contas

a propor nos procedimentos lançados ao abrigo do acordo quadro não pode ser superior ao preço máximo de referência estabelecido neste acordo quadro», o que remeteu para os valores constantes do Catálogo Nacional das Compras Públicas (CNCPP), em que se estabelece um preço unitário por cada licença e pelo respetivo serviço de assistência pós-venda. Por sua vez, o contrato em apreço refere-se à aquisição de licenças em «modelo ilimitado» (cláusula 1.^a, n.ºs 1 e 2), em que é estabelecido um preço global para a totalidade da prestação a cargo da entidade adjudicatária, nos termos da sua cláusula 4.^a, n.º 1 (diz-se na cláusula 4.^a, n.º 2, que «[o] preço (...) inclui todos os custos, encargos e despesas (...), incluindo as eventuais despesas de licenciamento, suporte, assistência técnica, alojamento, alimentação e deslocação de meios humanos (...), bem como quaisquer encargos decorrentes da utilização de marcas registadas, patentes ou licenças da responsabilidade do fornecedor»).

13. Constata-se, pois, que a lógica subjacente à definição do objeto contratual no AQ-LS assenta numa determinação de base quantitativa, em que o preço será estabelecido tendo como parâmetro um «preço máximo de referência» por unidade (“por *core*”, na terminologia a que se reporta o AQ-LS), o que necessariamente demanda que o objeto do contrato subordinado também se filie nessa definição quantitativa.

Ora, quando este contrato deixa de se reportar a um número concreto de licenças e de respetivos serviços de assistência e faz apelo a um modelo de aquisição em que esse elemento quantitativo desaparece de todo, afigura-se evidente que já não se está perante um objeto contratual reconduzível ao padrão inscrito no AQ-LS.

14. Com efeito, não se vislumbra qualquer afinidade entre um modelo contratual em que se fornece uma quantidade determinada de bens (licenças e serviços) com um preço fixado por unidade e um outro modelo contratual em que se fornecem bens dessa mesma natureza contratual, mas sem qualquer delimitação



Tribunal de Contas

quanto à quantidade de tais bens e com um preço fixado para a globalidade do que vier a ser prestado.

Não estamos já perante um mesmo tipo de contrato ou de prestação, sendo de desconsiderar o argumento da entidade adjudicante de que «a única diferença que é possível encontrar no presente procedimento diz respeito ao modo de apresentação do preço». A diferença é bem mais profunda, constituindo uma *alteração substancial* do objeto contratual, na medida em que transmuda o objeto quantitativamente definido do *acordo quadro* num objeto não quantificado do *contrato* alegadamente celebrado ao abrigo daquele. E, ao mesmo tempo, interfere com o modo de determinação do preço, que constitui indiscutível elemento *essencial* do contrato, deixando de o reportar à base quantitativa inscrita no AQ-LS. Estamos, pois, perante uma clara violação do disposto no artigo 257.º, n.º 2, do CCP.

15. Apesar de toda a argumentação da entidade adjudicante no sentido de não ocorrer tal *alteração substancial*, não deixa aquela de reconhecer implicitamente a evidência desta quando alega que a interpretação do conceito «deverá sempre comportar uma certa margem de flexibilidade, desde que respeitados os princípios da estabilidade das regras concursais, da boa-fé e da tutela da confiança» ou quando sustenta que «não deverá ser acolhido um entendimento excessivamente formalista que conduza (obrigue) as entidades públicas adquirentes a adquirir de modo mais oneroso produtos que poderiam ser fornecidos de forma economicamente mais racional e vantajosa se aproveitadas as dinâmicas de mercado e de concorrência».

16. Recusando este Tribunal que possa ser caracterizada como *formalismo excessivo* a aplicação do artigo 257.º, n.º 2, do CCP em situação de manifesta desconformidade entre um acordo quadro e um concreto contrato celebrado na sua dependência, como sucede *in casu*, sempre diremos que a entidade adjudicante confunde, na sua alegação, dois planos diversos: o da aplicação do mencionado n.º 2 do artigo 257.º e o do resultado económico dessa aplicação. E não será uma eventual



desvantagem económica (e financeira) decorrente da aplicação estrita dessa norma que poderá determinar uma interpretação *contra legem* da mesma e uma consequente rejeição de tal aplicação. O que não significa que não deva ser ponderado esse hipotético resultado económico, mas em domínio diverso do da interpretação das leis, como veremos mais adiante.

17. Contudo, a aludida desconformidade entre o contrato em apreço e o AQ-LS, geradora da demonstrada violação do disposto no artigo 257.º, n.º 2, do CCP, projeta-se ainda num outro plano normativo. Sendo a AT uma entidade inserida na administração direta do Estado, como decorre do seu estatuto orgânico (cfr. artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 118/2011, de 15/12), encontra-se a mesma abrangida pela aplicação do diploma que rege sobre o sistema nacional de compras públicas (SNCP), concretamente o Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19/2, conforme resulta do seu artigo 3.º, n.º 2 («Integram o SNCP, na qualidade de entidades compradoras vinculadas, os serviços da administração direta do Estado (...)), nessa parte inalterado pela redação conferida a esse preceito pelo artigo 130.º do Decreto-Lei n.º 25/2017, de 3/7). Trata-se de diploma que também criava a «Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E.», enquanto entidade gestora do SNCP, entretanto substituída pela ESPAP, por força do Decreto-Lei n.º 117-A/2012, de 14/6, que extingue a primeira e cria a segunda (e também altera o Decreto-Lei n.º 37/2007).

Ora, esse diploma, designadamente enquanto nele se prevê a celebração de acordos quadro (cfr. artigo 4.º, alínea *b*)), constitui-se como regime complementar do CCP, sendo também relevantes as disposições que nele se incluem sobre o regime substantivo da contratação centralizada de bens e serviços.

E são aí de destacar os n.ºs 4 e 6 do artigo 5.º: declara o primeiro que «[a] contratação centralizada de bens e serviços, nos termos do n.º 1, é obrigatória para as entidades compradoras vinculadas, sendo-lhes proibida a adoção de procedimentos tendentes à contratação direta de obras, de bens móveis e de serviços abrangidos pelas categorias definidas nos termos do n.º 3, salvo autorização prévia expressa do



Tribunal de Contas

membro do Governo responsável pela área das finanças, precedida de proposta fundamentada da entidade compradora interessada»; e dispõe o segundo que «[s]ão nulos os contratos relativos a obras, bens móveis e serviços celebrados em violação do disposto no n.º 4, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar, civil e financeira que ao caso couber, nos termos gerais de direito».

18. Regressando ao caso em presença, constata-se que a assinalada desconformidade entre o contrato em apreço e o AQ-LS, e na medida em que se reporta a um elemento essencial daquele, permite afirmar que se está perante um contrato diverso do que estava autorizado pelo AQ-LS, sendo um contrato que, apesar de se acolher formalmente ao AQ-LS, está já situado à margem dele, ao adotar um modelo contratual que lhe escapa – pelo que é, precisamente por isso, equiparável a uma contratação direta, para efeitos do n.º 4 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, com a consequente violação desse preceito. E daí decorre a inevitável verificação da *nulidade* do contrato, ao abrigo do citado n.º 6 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007.

19. Recorde-se, a este propósito, como, já em ocasiões anteriores, este Tribunal considerou que uma modificação substancial do objeto ou de prestações de um contrato, por referência a um anterior contrato com que aquele se relacionava, conforma materialmente um novo contrato. Assim, *v.g.*, pode ler-se no Acórdão n.º 28/2010, de 3/11, desta 1.ª Secção, em Plenário, acessível in *www.tcontas.pt*: «(...) por não haver identidade de objeto entre os dois instrumentos contratuais, estamos, aqui, perante um instrumento que não apenas constitui uma descaracterização do contrato anterior, como corporiza um novo contrato». Anote-se, desde já, que nesse mesmo aresto se entendeu que esse contrato, enquanto novo contrato, estava subordinado, por si mesmo, aos princípios gerais da contratação pública, e que a preterição do procedimento pré-contratual devido no caso implicava, em concreto, uma violação do fundamental princípio da concorrência.



Tribunal de Contas

Na mesma linha, e igualmente perante alteração de elemento essencial de contrato, se posicionou o Parecer n.º 20/2017, de 26/10/2017, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (CCPGR), inédito, em que se afirma: «*Substancialidade* nesta sede significa alteração de elementos essenciais descaracterizadores do contrato em termos que determinam em concreto um novo contrato com total preterição do procedimento legal».

20. Em todo o caso (e a par da identificada *nulidade* do artigo 5.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 37/2007), afigura-se ser ainda de equacionar, em face da natureza injuntiva do n.º 2 do artigo 257.º do CCP, se a evidenciada ofensa causada a essa norma pelo contrato celebrado entre a AT e a «Timestamp, S.A.» não será suscetível de produzir igualmente a *nulidade* desse contrato, agora por via do regime geral de invalidades dos contratos públicos, constante do artigo 284.º do CCP (que rege para as invalidades próprias dos contratos). Assim, e desde logo, poderá aferir-se se a violação do artigo 257.º, n.º 2, do CCP constituirá ofensa a princípios gerais do direito administrativo, em particular no segmento do direito da contratação pública, e eventualmente determinante de nulidade ao abrigo do artigo 284.º, n.º 2, *in fine*, do CCP.

21. Sobre os princípios da contratação pública rege, desde logo, o n.º 4 do artigo 1.º do CCP, dispondo que «[à] contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência» (o qual tem sucedâneo no n.º 1 do artigo 1.º-A do CCP introduzido pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017). E, conforme este Tribunal tem inúmeras vezes sublinhado, deve considerar-se que, em regra, «é através de procedimentos concorrenciais abertos, e, respeitando princípios como os da igualdade e da concorrência, que se garante a todos os potenciais interessados em contratar, quer o mais vasto acesso aos procedimentos, quer a mais ampla observância de outros princípios que estão intimamente relacionados com aqueles: o da transparência e o da publicidade» (assim, e por todos,



Tribunal de Contas

o Acórdão n.º 16/2011, de 12/7, desta 1.ª Secção, em Plenário, acessível in www.tcontas.pt). Pode ainda afirmar-se, como também se expressou no mesmo aresto, que «os princípios da igualdade e da concorrência têm assento constitucional nos artigos 81.º, alínea f), 99.º, alínea a), e 266.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), sendo, pois, obrigação da Administração Pública respeitá-los na sua atuação, em nome dos valores fundamentais da ordem económica e da prossecução do interesse público». Avultando pela sua relevância o *princípio da concorrência*, será, pois, de ponderar se a solução do *modelo ilimitado de licenciamento*, adotado no contrato em apreço, afrontou de algum modo tal princípio.

22. Como vimos, a entidade adjudicante sustenta que não foi causada «perturbação ou distorção da concorrência», na medida em que «todos os cocontratantes dos licenciamentos objeto do procedimento foram convidados a apresentar proposta, nos mesmos exatos termos e condições», aditando que esta «específica configuração de modelação das obrigações contratuais» não afeta a concorrência, porquanto a mesma constitui «um modelo de negócio com menos potencial de rentabilidade para os cocontratantes privados» e permite a aquisição dos produtos em causa de «forma economicamente mais racional e vantajosa».

23. Ponderando estes argumentos, diremos que não se questiona ter sido cumprido o regime estabelecido no artigo 259.º do CCP, designadamente quanto à formulação de convite à apresentação de propostas, dirigido aos cocontratantes do *acordo quadro*, «nos mesmos exatos termos e condições». A dúvida reside antes em saber se todos esses cocontratantes, que outorgaram no AQ-LS segundo parâmetros assentes num modelo contratual de aquisição de licenças em base quantitativa e por preço calculado por unidade, se encontrariam em condições de negociar o concreto contrato que lhes foi proposto pela entidade adjudicante, agora conformado por um diferente modelo contratual (de *licenciamento ilimitado*). É por esta perspetiva das coisas que se suscitam fundadas reservas sobre a verificação de um adequado e pleno



cumprimento do *princípio da concorrência*: não obstante o convite para contratar segundo esse *modelo ilimitado* ter sido dirigido a todos os cocontratantes, está por demonstrar que todos eles estivessem aptos a aderir a tal modelo, em função da sua estrutura organizativa ou da sua capacidade económica. E, deste ponto de vista, revela-se como evidente que esses cocontratantes poderiam não estar em igualdade de circunstâncias quanto à possibilidade de negociar segundo um novo modelo contratual, que não tinha correspondência com aquele em que assentou a celebração do acordo quadro em presença.

24. Essa simples potencialidade de desigualdade dos cocontratantes, em face do convite para contratar, imporia a fidelidade ao modelo contratual constante do AQ-LS. Nesse conspecto, a *alteração* de tal modelo, inscrito no «Convite» formulado e concretizado no contrato sob apreciação, dada a sua relevância *substancial* (em violação do artigo 257.º, n.º 2, do CCP), determina uma inelutável ofensa ao *princípio da concorrência*. E, nessa medida, afigura-se sustentável a verificação de uma conseqüente *nulidade* do contrato, ao abrigo do artigo 284.º, n.º 2, *in fine*, do CCP, por referência aos preceitos constitucionais e legais, supra indicados, que consagram tal princípio.

25. Mas ainda que assim não se entenda, sempre se mostra possível – a partir da argumentação já expendida de que uma *alteração substancial* do contrato consubstancia a celebração de um *novo* contrato – concluir que este novo contrato, passando a ter de se considerar desligado do precedente contrato a que se associava, teria de, por si só, cumprir exigências formais do procedimento pré-contratual que não satisfizesse de todo (v.g., concurso público, por força dos artigos 16.º e seguintes do CCP), do que decorre a inevitável «preterição total do procedimento legalmente exigido», prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea *l*), do atual Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7/1 (sucedâneo do artigo 133.º do anterior CPA, para que remete a versão originária do n.º 1 do artigo 284.º do



Tribunal de Contas

CCP). E, nessa base, extrair a consequência da *nulidade* do contrato, *ex vi* do artigo 284.º, n.º 2, 1.ª parte, do CCP.

Também o citado Acórdão n.º 28/2010 obteve o mesmo resultado, ao deduzir, da circunstância do contrato alterado ter omitido (enquanto novo contrato) o procedimento devido no caso, a falta de um elemento essencial da adjudicação, determinante da nulidade desta e do contrato, nos termos dos artigos 133.º, n.º 1, e 185.º, n.º 1, do anterior CPA. E, igualmente, já à luz do atual CPA, enveredou o mencionado Parecer CCPGR n.º 20/2017 por idêntica solução, ao concluir que a modificação do contrato ali constatada gerou «a prática de um ato com preterição total do procedimento legalmente exigido, o que implica a respetiva nulidade, nos termos do disposto no artigo 161.º, n.º 2, alínea l)».

26. Por qualquer das vias de análise enunciadas se alcança, pois, a ocorrência de *nulidade* do contrato em apreço, a qual integra o fundamento de recusa de visto previsto no artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (doravante LOPTC), aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26/8.

27. Pode até pretender-se que o *paradigma* de negócio no domínio do licenciamento de software tenha passado a ser, e seja atualmente, o do *modelo ilimitado* em que a AT pretende contratar – e nesse contexto sustentar, como faz a entidade adjudicante, que tal modelo permite «uma redução significativa do investimento da AT» ou a obtenção de preços «consideravelmente inferiores aos preços máximos de referência».

Porém, não só está por demonstrar que esse *paradigma* é dominante ou se encontra já consolidado, como também não deixa de surpreender que a vantagem económica (e financeira) do *modelo ilimitado* sobre o *modelo quantitativo* se traduza num diferencial tão extremado como o que intercede entre os 4 081 000,00 € do contrato inicial e os 87 397 645,00 € de custo previsível estimado pela entidade



Tribunal de Contas

adjudicante para o *modelo quantitativo* (constante de quadro por esta elaborado e identificado na alínea *h*) da factualidade supra descrita).

Mas, mesmo sem pôr em causa a mais-valia do *modelo ilimitado*, sempre será de concluir que esse *modelo* não é compatível com o AQ-LS e que a sua receção em sede de contratação de licenciamento de software só é possível com um *outro* acordo quadro que o contemple como novo *paradigma* contratual (e isto sem prejuízo, em alternativa, da possibilidade de contratação direta, segundo esse novo modelo, nas condições estabelecidas no citado artigo 5.º, n.º 4, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 37/2007, as quais, no entanto, pressupõem ainda a adoção de um procedimento concursal legalmente adequado a um contrato autónomo e plenamente respeitador do *princípio da concorrência* – o que, no caso presente, como vimos, não se verificou).

28. De todo o modo, não pode deixar de se assinalar que a própria determinação do preço, por si só, já colocaria dificuldades de compatibilização com o AQ-LS. Como se disse, o artigo 24.º, n.º 2, do «Caderno de Encargos» do AQ-LS estabeleceu que «[o] preço a propor nos procedimentos lançados ao abrigo do acordo quadro não pode ser superior ao preço máximo de referência», enquanto o contrato em apreço inscreve um valor global para o conjunto de «todas as prestações objeto do presente contrato» (cfr. cláusula 4.ª, n.º 1). Prescinde, assim, o contrato de um qualquer reporte ao «preço máximo de referência», o que, desde logo, se traduz também numa *alteração substancial* das condições constantes daquele *acordo quadro*. Já vimos, porém, como essa questão não ganha autonomia analítica, na medida em que esse modo de determinação do preço está imbricado com a própria caracterização do *modelo ilimitado* adotado no contrato sob apreciação – e, nessa conformidade, partilha do mesmo enquadramento jurídico já exposto a propósito da *ilegalidade* daquele modelo em face do AQ-LS.

29. Contudo, merece ainda uma observação o esforço desenvolvido pela AT na tentativa de demonstração da vantagem económica (e financeira) do *modelo*



Tribunal de Contas

ilimitado sobre o *modelo quantitativo* – e que passou, essencialmente, pela alegação de que o preço contratual seria muito superior se se adotasse o critério de determinação do preço por unidade (segundo o critério do «preço máximo de referência» aludido no artigo 24.º, n.º 2, do «Caderno de Encargos» do AQ-LS). Conforme ficou registado na factualidade supra descrita, procurou a entidade adjudicante demonstrar essa vantagem do modelo *ilimitado* através de uma estimativa segundo a qual as «reais necessidades da AT traduzem-se, no imediato, em cerca de 860 “cores” e, no estimado decurso da execução contratual prevista, potencialmente no licenciamento de 2896 “cores”» – e a partir dessa estimativa ter-se-á chegado ao esmagador diferencial negativo, em prejuízo do *modelo quantitativo*, acima assinalado.

30. Como é evidente, a falta de informação sobre os critérios de apuramento das invocadas necessidades torna dificilmente controláveis ou verificáveis os critérios de cálculo da estimativa de ganho invocada – pelo que a relevância de tal estimativa para o caso presente sempre seria muito mitigada. Porém, e como já se explicitou supra, esse argumento *economicista* não releva para a interpretação e aplicação do artigo 257.º, n.º 2, do CCP – e para a solução que este Tribunal entende aplicável ao contrato em apreço. No entanto, não poderá deixar o mesmo argumento, se convenientemente testado e confirmado, de ser devidamente ponderado pela entidade adjudicante e pela respetiva tutela como adicional fator promotor da atualização que o AQ-LS parece demandar, no sentido da sua adequação à invocada alteração do *paradigma* em matéria de contratação de licenciamento de software.

31. Apesar da intentada demonstração, por parte da entidade adjudicante, de que o *modelo quantitativo* é mais penalizador que o *modelo ilimitado*, no plano económico e financeiro, cumpre sublinhar – como tem este Tribunal reconhecido em diversas ocasiões – que «a inobservância de princípios basilares da contratação



Tribunal de Contas

pública constitui ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato» (assim, e por todos, cfr. o citado Acórdão n.º 16/2011).

Ainda que se pretenda sustentar a vantagem económica do modelo ínsito no contrato sob apreciação (e sem prejuízo da sua difícil controlabilidade, como supra assinalado), o certo é que a verificada ofensa por esse contrato do *princípio da concorrência* encerra a probabilidade de afetar o respetivo *resultado financeiro*. Conforme se consignou naquele aresto, um procedimento concorrencial constitui, em princípio, «o melhor modo de garantir a proteção dos interesses financeiros públicos, já que é, em concorrência, que se formam as propostas mais competitivas e em que a entidade adjudicante pode escolher aquela que, técnica e financeiramente, melhor e mais eficientemente satisfaça o fim por ela pretendido».

E, no caso concreto, como já se advertiu supra, não é possível afirmar que foi cumprido o *princípio da concorrência* só porque, já em sede da preparação do contrato em apreço, se convidaram todos os cocontratantes do AQ-LS «nos mesmos exatos termos e condições». É que este convite não foi rodeado das mesmas garantias que teriam lugar num procedimento que fosse, *ab initio*, legalmente conformado com vista à possibilidade de celebração de um contrato baseado no *modelo ilimitado de licenciamento* – e só um tal procedimento teria permitido aos potenciais concorrentes apresentarem propostas em situação de efetiva igualdade e que poderiam até ser economicamente mais satisfatórias do que aquela que veio a ser considerada no contrato sob apreciação, com a conseqüente alteração favorável do respetivo «resultado financeiro».

32. Ora, tal probabilidade de alteração do resultado financeiro do contrato já constitui, por si, fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea *c*), da LOPTC, sendo ainda de ter em conta a jurisprudência firmada por este Tribunal no sentido de que o preenchimento daquela disposição legal se basta com «o simples perigo ou risco de que, da ilegalidade cometida, possa resultar a alteração do



correspondente resultado financeiro do contrato» (assim, e por todos, cfr. o Acórdão n.º 23/2011, desta 1.ª Secção, em Plenário, de 14/7, acessível in www.tcontas.pt).

B) Da conformação da relação contratual em apreço:

33. Outras questões foram sendo equacionadas ao longo do presente processo, a que a entidade adjudicante deu as respostas que entendeu pertinentes, tudo conforme ficou devidamente registado na factualidade supra descrita – e as quais justificam uma sumária apreciação.

34. Suscitou-se a dúvida sobre a possibilidade de verificação do cumprimento do contrato por parte da entidade adjudicante. A adoção de um *modelo ilimitado* de aquisição de licenças de software colocará, à partida, a dificuldade em garantir o cumprimento do contrato, em virtude de não se indicar um número de licenças a ser fornecidas. Respondeu a entidade adjudicante, no essencial, que o modo de acesso às licenças assegurado pela adjudicatária garante, por si, que a AT obterá todas as licenças de que necessitar, sem qualquer limitação. Fica por explicar como se pode extrair do contrato que esse acesso não sofrerá em momento algum restrições. Porém, ainda que estas possam (ou pudessem) vir a ocorrer, não se afigura que tais condicionantes sejam (ou fossem), em si mesmas, suscetíveis de determinar o preenchimento de fundamento de recusa de visto, nos termos do artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC (ainda que sem prejuízo da eventualidade, se tal visto devesse ser concedido – o que não é o caso, como vimos –, de se justificar recomendação para situações futuras, ao abrigo do n.º 4 desse artigo 44.º).

35. Foi ainda equacionada dúvida sobre o prazo de execução do contrato, devido à divergência detetada entre, por um lado, o prazo de três anos indicado no «Convite à Apresentação de Proposta» (cfr. artigo 23.º) e na citada Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2017 (cfr. n.º 1) – que levaria essa execução a terminar



Tribunal de Contas

em 2020 –, e, por outro lado, a menção nesse «Convite» à execução do contrato «até 31 de dezembro de 2019» e a indicação nessa Resolução da repartição dos encargos plurianuais com a despesa do procedimento a terminar em 2019 (com o contrato a referir, indistintamente, os dois termos em confronto, nas cláusulas 3.^a e 11.^a, n.ºs 3 e 9). Perante essa desconformidade, que poderia no limite conduzir à violação de normas financeiras (com o consequente preenchimento do fundamento de recusa de visto inscrito na alínea *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC), entendeu a AT proceder à outorga de *adenda* ao contrato, de modo a compatibilizar todas essas referências ao prazo de execução do contrato, cujo termo passou a reportar-se inequivocamente a 31/12/2019. Suprida desse modo tal divergência, ficou sanada qualquer ilegalidade que pudesse vir a ter-se por verificada.

36. Outra questão que se suscitou prende-se com uma eventual *indeterminabilidade do objeto* contratual e sua consequência, à luz do disposto no artigo 96.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP (que impõe a inserção no contrato da «descrição do objeto do contrato», «sob pena de nulidade») e no artigo 280.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil (segundo o qual «[é] nulo o negócio jurídico cujo objeto seja (...) indeterminável»). Com efeito, a particular configuração do contrato, emergente da adoção de um *modelo ilimitado* de aquisição de licenças de software, implica que, à partida, o número concreto de licenças a ser efetivamente fornecidas não é conhecido. Note-se que, neste ponto, estaria em causa a análise da possibilidade, em abstrato, de celebração de um contrato que adotasse um *modelo ilimitado* de aquisição de licenças de software. Questão diversa é da viabilidade desse modelo no contexto do concreto acordo quadro a que, no caso concreto, se teria de associar o contrato em apreço – e isso já vimos não ser admissível, com as consequências assinaladas em matéria de recusa de visto.

Porém, ponderada a indicada questão daquele ponto de vista meramente dogmático, afigura-se-nos que a *indeterminabilidade quanto à quantidade*, verificada



no momento da constituição da obrigação, não significa que se esteja perante *objeto indeterminável*, para os efeitos do artigo 280.º do Código Civil.

Por um lado, haveria que ter presente que «apenas se consideram nulos os negócios jurídicos de objeto indeterminável, mas não os de objeto indeterminado» (assim, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 258), o que significa que são válidos os contratos de objeto indeterminado que seja determinável (aqui se distinguindo as obrigações genéricas e as obrigações alternativas). E, por outro lado, que ainda deve ser considerada obrigação *específica*, e não *genérica*, aquela em que «a determinação da prestação estiver dependente apenas de um ato de contagem, pesagem ou medição», de que constitui exemplo a venda de *todo* um produto que estiver em local específico (assim, Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 549). Nessa medida, a venda de um conjunto de licenças de software, em quantidade não especificada, mas a concretizar segundo a fórmula «*todas* as que forem necessárias e de que se fizer “download”», com posterior contabilização, constituirá, em princípio, um *objeto* que se encontra suficientemente determinado.

Contudo, a não verificação, nesse perspectiva, das *nulidades* previstas nos artigos 96.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP e 280.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil, irreleva, no presente caso – e isso porque subsistirão as *nulidades* já supra identificadas, decorrentes da aplicação, quer do artigo 5.º, n.ºs 4 e 6, do Decreto-Lei n.º 37/2007, quer do artigo 257.º, n.º 2, do CCP, em combinação com o artigo 284.º, n.º 2, *in fine*, do CCP ou com o artigo 161.º, n.º 2, alínea *l*), do CPA de 2015, *ex vi* do artigo 284.º, n.º 2, 1.ª parte, do CCP.

C) Das consequências da desconformidade do contrato com o AQ-LS:

37. Como vimos, a aludida desconformidade do contrato com o AQ-LS produziu a violação das supra identificadas normas determinantes de *nulidade*, sendo



Tribunal de Contas

que a verificada ofensa ao *princípio da concorrência* ainda consequenciou a probabilidade de alteração do resultado financeiro do contrato.

38. Ora, os referidos ilícitos constituem, como se demonstrou, *fundamentos de recusa de visto*, nos termos das alíneas *a)* e *c)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC (e sem que seja possível, por qualquer modo, suprir tais vícios ou valores negativos, ainda que mediante concessão de visto com formulação de eventuais recomendações, como resulta *a contrario* do n.º 4 do artigo 44.º da LOPTC) – pelo que deve tal *recusa* ser decretada.

*

III – DECISÃO:

Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *c)*, da LOPTC, decide-se recusar o visto ao contrato e respetiva adenda supra identificados.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 9 de janeiro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Mário Mendes Serrano - Relator)



Tribunal de Contas

(Paulo Dá Mesquita)

(Alziro Antunes Cardoso)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto,
