

Processo de fiscalização prévia n.º 0029/2023

1.ª Secção do Tribunal de Contas

DECISÃO

I. Enquadramento

1. Questão relativa à escolha do procedimento ajuste direto

A Agência para o Desenvolvimento e Coesão, S.A. (doravante designada AD&C) vem submeter a fiscalização prévia um contrato de aquisição de plataforma *low code* em modelo *plataform as a service* (PaaS), celebrado a 06.01.2023, com a empresa OutSystems – Software em Redes, S.A, pelo montante de €1.705.750,00, acrescido do IVA legalmente aplicável, e prazo de execução de 3 anos.

Esta aquisição é apresentada como solução tecnológica para construção dos serviços digitais na mesma AD&C tendo em conta as determinações que estabelecem a *framework* do Plano Estratégico 22-24 da AD&C, do Plano Operacional para o Digital (POD) e do Roteiro para a Capacitação, nas dimensões associadas aos sistemas de informação.

No âmbito do Plano de Estratégico está prevista a IE11 (Roteiro de evolução dos sistemas dos fundos europeus) que consagra:

- Revisão dos atuais sistemas core dos fundos europeus de forma a dar suporte à evolução dos requisitos de gestão, controlo e avaliação (ex. decorrentes do PT2030, PRR, etc.) e fazer evoluir os mesmos para uma lógica centrada no beneficiário, privilegiando a experiência do utilizador nos múltiplos pontos de contacto, através de formas de interação simples, claras e integradas.

- Criação e implementação de mecanismos de alinhamento dos processos de desenho, desenvolvimento e *deployment*, entre a AD&C, AG e outros *stakeholders*.

O Plano Operacional para o Digital (POD) da AD&C prevê no projeto 8 "Motor de desenvolvimento rápido", a aquisição de uma plataforma de *low code*. Tal reflete a necessidade de o desenvolvimento de sistemas de informação precisar de ser rápido, ágil e fácil para conseguir evoluir ao ritmo que os utilizadores necessitam.

O delinear desta estratégia teve em conta que o desenvolvimento de sistemas de informação é, hoje em dia, alicerçado em plataformas de desenvolvimento rápido (*low-code no-code*) onde se conseguem alcançar ganhos de eficiência e dar resposta rápida às necessidades dos utilizadores. Com a elevada dinâmica de novas solicitações e de alterações permanentes que caracteriza o processo de implementação e desenvolvimento dos sistemas de informação dos Fundos Europeus, o recurso a este tipo de tecnologia perfilou-se como o mais adequado para dar resposta aos requisitos de negócio .

Esta linha de racional segue em alinhamento com a Estratégia para a Transformação Digital da Administração Pública 2021-2026, pois contribui para um funcionamento mais eficiente, inteligente e transparente dos serviços fornecidos pela AD&C e com elevado impacto

nos mesmos fatores em todas as entidades públicas que integram o ecossistema dos Fundos Europeus.

Tal como é apresentado pela entidade apresentante o contrato em análise resultou de um procedimento pré-contratual de ajuste direto, realizado por recurso aos critérios materiais, nos termos constantes do Art.º 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Foi a mesma entidade interpelada em diversos momentos devolutivos deste processo sobre a legalidade da escolha de tal procedimento não concorrencial, tendo, por último, justificado a celebração do ajuste direto ao operador económico Outsystems, S.A. por ser “o único procedimento legalmente suscetível de ser utilizado pela Agência, I.P., sendo certo que o mesmo foi realizado, não pela especial aptidão técnica do Cocontratante, mas sim para proteção de direitos exclusivos, incluindo os de propriedade intelectual”.

Mais esclarecendo, em síntese, que:

“(…) Estabelecido que os direitos autorais pertencem à Outsystems, S.A., o titular do programa possui o direito exclusivo de realizar ou autorizar a utilização do programa – o que é feito, no caso concreto e como é usual, através de licenciamento.

É igualmente direito exclusivo do titular do direito autoral autorizar a distribuição, proceder à respetiva definição, e definir o modo de disponibilização ao público.

A violação de direitos de exclusivo por parte da Agência, I.P. – que decorreria da contratação a outro operador económico, necessariamente ilícita porque não autorizada pelo titular do direito de exclusivo, conforme consta da declaração da Outsystems, S.A., datada de 18.10.2022, junta ao procedimento – importaria inevitavelmente responsabilidade civil, administrativa e penal dos titulares dos órgãos decisórios da Agência, I.P., nos termos dos artigos 195.º e seguintes do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

Deste modo, clarifica-se, desde já, que impende sobre a Agência, I.P., sob pena de violação de proteção de direitos exclusivos, incluindo os direitos de propriedade intelectual, a aquisição do licenciamento da plataforma diretamente ao operador económico seu proprietário, não tendo o ajuste direto resultado da invocação de especial aptidão técnica do Cocontratante, nem decorrendo a necessidade de proteção do direito de exclusivo, conforme decorre de quanto se explicitou acima, de quaisquer anteriores relações contratuais com o mesmo operador económico.

Conforme resulta dos documentos anexos ao procedimento, e contrariamente ao que sucede noutros programas, no caso da plataforma Outsystems o seu proprietário é o único operador económico que comercializa o licenciamento desta plataforma.

Por este motivo, e não estando em causa qualquer aptidão técnica, não se coloca a questão de escolher um operador económico através de um qualquer procedimento concorrencial por prévia qualificação”.

Coloca-se aqui a questão de saber se se devem considerar suficientes os fundamentos invocados no presente caso quanto à adoção do procedimento de ajuste direto por critério material, de acordo com o previsto nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 do Art.º 24.º do CCP, desde logo porque nos termos do n.º 7 do mesmo preceito legal se estabelece que:

“O ajuste direto com fundamento no disposto nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar.”

Tendo aqui que se fundamentar devidamente o porquê da necessidade do contrato em apreço não ter sido submetida à concorrência e se não estaremos diante uma situação de aprisionamento (*lock in*) – exclusividade tendo por origem decisões anteriores da adjudicante – e que serão especialmente recorrentes nesta área da contratação pública de tecnologias da informação. Sendo certo que a inexistência de concorrência por motivos técnicos ou por exclusividade de direitos não pode ser fundamentada numa situação criada pela própria adjudicante.

E, na verdade, da análise dos elementos documentais destes autos e sobretudo dos procedimentos pré-contratuais promovidos pela própria adjudicante AD&C que se encontram relacionados com o presente processo (processos n.ºs 40/2022 – Medidas Especiais de Contratação Pública (MECP), de 31.01.2022, e 165/2022 – Medidas Especiais de Contratação Pública (MECP), de 22.04.2022), resultam dúvidas relevantes sobre se a existência de uma única entidade suscetível de executar as prestações do contrato não resultou de uma definição artificiosa e dirigida das especificações técnicas do caderno de encargos, isto é, de um afeiçoamento técnico das necessidades do contrato às características do produto tecnológico oferecido pela adjudicatária ou, pelo menos, às soluções por ela oferecidas, e se estaremos diante uma situação de verdadeira “infungibilidade razoável” da entidade a contratar. E se não existem, também, dúvidas relevantes sobre se a aquisição de licenças de uma outra solução não permitiria a execução das prestações contratuais do mesmo modo, obrigando a Agência, I.P. a prescindir de aspetos que tinha evidenciado como necessários.

2. Análise dos antecedentes de contratação (projeto “piloto”)

. Processo n.º 40/2022 – Medidas Especiais de Contratação Pública (MECP), de 31.01.2022

A 31.01.2022, foi submetido a fiscalização concomitante, neste Tribunal de Contas (TdC), por força do n.º 2 do Art.º 17.º da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, o contrato de aquisição de plataforma para desenvolvimento rápido, com a empresa OutSystems – Software em Rede, S.A, pelo preço contratual total de € 204.000,00, acrescidos de IVA à taxa legal em vigor.

O procedimento pré-contratual adotado foi o de consulta prévia simplificada, ao abrigo da alínea b) do Art.º 2.º da mesma Lei n.º 30/2021, razão essa para o referido contrato ter sido submetido a fiscalização concomitante do TdC.

Foram convidadas a apresentar proposta cinco empresas, a saber:

- Vanitymeridian, Unipessoal, Lda;
- Ablewise – Consulting, S.A.;
- Babel Ibérica, S.A.;
- Base64 Solutions, Lda; e
- Outsystems – Software em Rede, S.A.

Apenas uma empresa apresentou proposta, justamente a aqui adjudicatária OutSystems, com um preço proposto de € 204.000,00, acrescidos do IVA à taxa legal em vigor.

Este procedimento, assim delineado, suscita algumas questões quanto à sua efetiva abertura à concorrência, tendo em conta o valor, as empresas convidadas e as especificações técnicas que constam do convite à contratação.

Em primeiro lugar, cumpre referir que o valor do preço base foi fixado tendo em conta uma consulta a “fabricante de plataforma de desenvolvimento rápido”, a saber:

Descrição	Qtd	Valor
Platform Standard	1	104 000€
External Users	10 000	50 000€
Internal User	500	50 000€
TOTAL		204 000€

Refira-se que a entidade não nomeia a empresa consultada, mas tendo em conta a decomposição de preços unitários, que não foram plasmados nas peças do procedimento, chegámos à convicção de que essa empresa foi a OutSystems, tendo em conta que replicaram o quadro supra na sua proposta nos seguintes termos:

Periodo	Descrição	Quantidade	Preço Unitário	Preço Total
12 Meses	OutSystems Standard Standard 3 Environments 8x5 Support	1	€ 104.000,00	€ 104.000,00
	Pacote 100 Users Internos	5	€10.000,00	€50.000,00
	Pacote 1.000 Users Externos	10	€5.000,00	€50.000,00

Subscrições Total: € 204.000,00

Assim, dessa análise surgem-nos indícios fortes que a empresa consultada, que forneceu o preço base, foi a OutSystems, tendo em conta que: 1) da consulta ao mercado resultou um orçamento de € 204.000,00 + IVA para uma plataforma standard e um, pacote de 100 utilizadores internos e 1.000 externos; 2) A proposta da OutSystems utiliza a mesma nomenclatura (Plataforma Standard, Users Internos e Externos); 3) A referida empresa apresentou um preço não competitivo, no sentido de corresponder exatamente ao preço base; e 4) das 5 empresas convidadas, foi a única a apresentar proposta.

Como referido supra, as empresas convidadas foram as acima identificadas Vanitymeridian, Unipessoal, Lda, Ablewise – Consulting, S.A., Babel Ibérica, S.A.; Base64 Solutions, Lda; e Outsystems – Software em Rede, S.A.

De uma análise meramente superficial da atividade dessas empresas, ficamos a perceber que a quase integralidade das referidas empresas são parceiras em OutSystems, ou trabalham em OutSystems. Com efeito, da consulta de parceiros da OutSystems, na página eletrónica desta entidade, podemos encontrar as empresas Ablewise, Babel e a VanityMeridian (cujo nome comercial é Agile Business Consulting).

Não estando a Base64 Solutions como parceira da OutSystems, ainda assim, da página da internet da mesma conseguimos verificar o seguinte:

ABOUT

How was this project born?

Take your Outsystems code base to the next level

Outsystems has a problem, it's too good at what it does. The rapid expansion into new markets coupled with its trademark abstraction layer means new developers not only lack some knowledge about the inner workings of the platform but also, in many cases, the context of previous projects and challenges where whole ecosystems are at play.

This was our motivation to create Base64. To create a company that would be able to fill the experience gap the market is experiencing today, by making these professionals and their experience available to you. Our junior colleagues are personally trained by the partners themselves, spending the first six months with at least one of the more experienced developers, making sure they're aligned with our values and soaking in some experience.

Em face do exposto, levantam-se dúvidas quanto à efetividade da abertura à concorrência do procedimento (ainda que mitigada pelo envio de um convite) e mais ainda quanto à opção de uma solução (não Outsystems) que pudesse ser proposta no âmbito do procedimento em apreço.

No que respeita às especificações técnicas do contrato também se suscitam alguns indícios muito relevantes que as mesmas apontam para uma única solução – a Outsystems.

Assim, o ponto 6 das especificações técnicas do caderno de encargos dispõe o seguinte:

6. Normalização e Regras

A plataforma deverá possuir as seguintes certificações:

1. Certificação ISO 27001
2. Certificação ISO 22301
3. Certificação ISO 27017
4. Certificação ISO 27018
5. Certificação ISO 9001

Por seu turno, a página eletrónica da OutSystems, sobre a certificação da sua plataforma, dispõe o seguinte:



Desconhece-se se estas certificações são comuns a todas as plataformas de *low-code* existentes no mercado. Contudo, as especificações técnicas mencionarem como requisitos mínimos todas as certificações ISO que a OutSystems detém não deixa de causar alguma estranheza.

Cumprе referir neste âmbito que as certificações supra mencionadas não dizem respeito à plataforma, mas à empresa em sim, nomeadamente a certificação ISO 9001. Neste sentido, questiona-se a legalidade de exigir estas certificações, que dizem respeito à concorrente e não à proposta, não tendo sido optado por um concurso limitado por prévia qualificação, potenciando uma distorção à concorrência nesta sede.

. Processo n.º 165/2022 – Medidas Especiais de Contratação Pública (MECP), de 22.04.2022

A 22.04.2022, foi submetido a fiscalização concomitante, por força do n.º 2 do Art.º 17.º da citada Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, o contrato de aquisição de serviços de desenvolvimento de software usando *low-code* com a empresa Capgemini Portugal – Serviços de Consultoria e Informática, S.A., pelo preço contratual total de € 199.649,20, acrescidos de IVA à taxa legal em vigor.

O procedimento pré-contratual adotado foi o de consulta prévia simplificada, ao abrigo da alínea b) do Art.º 2.º da mesma Lei n.º 30/2021, razão essa para o referido contrato ter sido submetido a fiscalização concomitante do TdC.

Foram convidadas a apresentar proposta cinco empresas, a saber:

- . EVPConnect, Lda;
- . Capgemini Portugal – Serviços de Consultoria e Informática, S.A.;
- . WWS – Consultoria Informática, Lda;
- . NBCC Consulting, Lda; e
- . Datazone – Sistemas de Informação e Segurança, Lda.

Apenas duas empresas apresentaram proposta, a EVPConnect, e Capgemini Portugal, tendo sido a primeira empresa excluída por não ter apresentado os documentos exigidos no convite e ter apresentado um valor superior ao preço base.

O presente contrato foi celebrado cerca de 3 meses após a celebração do contrato antecedente, para a aquisição de serviços de desenvolvimento de software com base na plataforma OutSystems adquirida no contrato antecedente.

Também este procedimento, assim delineado, suscita algumas reservas quanto à sua efetiva abertura à concorrência, tendo em conta as empresas convidadas e o prazo concedido para apresentação de propostas.

Antes de entrar especificamente nas empresas convidadas, cumpre referir que o caderno de encargos previa a contratação de uma bolsa de horas para um total de 7 recursos humanos, cujos requisitos mínimos de formação e experiência profissional estavam, salvo melhor opinião, bastante apertados. Ora, só a título de exemplo, para um consultor tecnológico, para além de licenciatura em informática (que em termos práticos nem é exigível por parte destas empresas), exigia-se certificação ISTOR, Foundation Level, ISO 27001, formação certificada em RGPD, e formação certificada Agile. Para além do mais, é necessário que o RH em causa tenha experiência prévia de, pelo menos, quatro anos em: elaboração de plano de testes; definição de estratégia de testes funcionais, entre muitas outras funções, questionando-se a sua adequação e, principalmente, a sua proporcionalidade.

Depois, de acordo com ponto III do convite, o prazo para a apresentação de propostas foi de 3 dias. Tendo em conta as especificações técnicas do caderno de encargos, bem como o valor do preço base, não se pode deixar de considerar este prazo como manifestamente insuficiente para a apresentação de uma proposta. Ficamos com a dúvida se seria possível a uma empresa, em tão curto espaço de tempo, apresentar uma proposta séria, salvo, se tivesse o conhecimento prévio das referidas especificações.

3. Análise do procedimento de contratação aqui em apreço

Conforme referido em ponto anterior, o contrato ora em análise resulta de um ajuste direto, fundado na alínea a) do n.º 1 do Art.º 16.º conjugado com as subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 do Art.º 24.º, ambos do CCP.

O estudo técnico, junto ao processo, efetuado pela consultora Deloitte e, também o parecer técnico da KaiZen Institute, que confrontam as diversas soluções *low-code* disponibilizadas no mercado suscetíveis de permitir a prossecução dos objetivos técnicos e funcionais definidos pela Agência de Desenvolvimento e Coesão, suscitam, desde logo, as seguintes dúvidas:

i) O próprio objeto dos estudos parece admitir que existem diversas soluções *low-code* disponíveis no mercado nacional (assim circunscrito) suscetíveis de corresponderem adequadamente as necessidades da AD&C., acabando por efetuar a comparação entre 3 dessas soluções:

Comparação de Plataformas *Low-code*

Após definição dos critérios de avaliação de plataformas *low-code*, e seleção de soluções que vão de encontro ao critério número 1, procedeu-se à comparação das plataformas desta natureza, apresentadas pelo mercado como sendo as mais relevantes:

Critérios de Avaliação	Microsoft PowerApps	Outsystems	Salesforce platform
	Microsoft	Outsystems	Salesforce
1. Competências técnicas disponíveis em Portugal	●	●	●
2. Integração e APIs	●	●	●
3. Segurança e qualidade do serviço	●	●	●
4. Produtividade de desenvolvimento	●	●	●
5. <i>Software development life cycle</i>	●	●	●
6. <i>User experience design</i>	●	●	●
7. Ecosistema da plataforma	●	●	●
8. Orientação ao desenvolvimento (vertical ou horizontal)	Horizontal	Horizontal	Vertical
9. <i>Governance</i> e aplicação das melhores práticas	●	●	●
10. Custos de transformação face à situação atual da AD&C ¹	Elevado	Reduzido	Elevado
11. <i>Pricing</i> ²	4,20 € / utilizador / app / mês (Per App Plan) 16,90 € / utilizador / mês (Per User Plan) ³	1.512,5 € / mês (Standard) Preço Customizado (Enterprise)	25 € / utilizador / mês (Starter) 100 € / mês (Plus)

¹ A AD&C tem de momento a plataforma Outsystems licenciada e um conjunto de projetos desenvolvidos que irão entrar em produção em setembro.

² Os valores apresentados poderão ser negociados diretamente com os fornecedores das plataformas. Existem regras específicas para acesso dos utilizadores externos que têm de ser negociadas com cada fabricante. A AD&C deverá elaborar um RFI aos fornecedores para obter informações adicionais relativos a licenciamentos.

19 | Copyright © 2022 Deloitte Technology, S.A.

● Cobre todos os requisitos
● Cobre a maioria dos requisitos
● Menor cobertura dos requisitos

Estudo Plataformas *Low-Code*

Este estudo teve como objetivo auxiliar a AD&C a consolidar a opção de utilização de uma plataforma *low code* como base do desenvolvimento aplicacional.

Partindo de um universo alargado de plataformas é identificada uma *shortlist* de três plataformas que poderiam ser suscetíveis de dar resposta aos desafios da AD&C: PowerApps, Outsystems e Salesforce.

A *shortlist* foi obtida através do Critério de Avaliação Geográfico, que avalia as competências técnicas disponíveis em Portugal, ou seja, o nível de disponibilidade de recursos humanos com competências técnicas para prestar suporte na implementação e manutenção da plataforma. Este critério engloba colaboradores de suporte da empresa fornecedora da plataforma, bem como recursos humanos especializados existentes no mercado em Portugal.

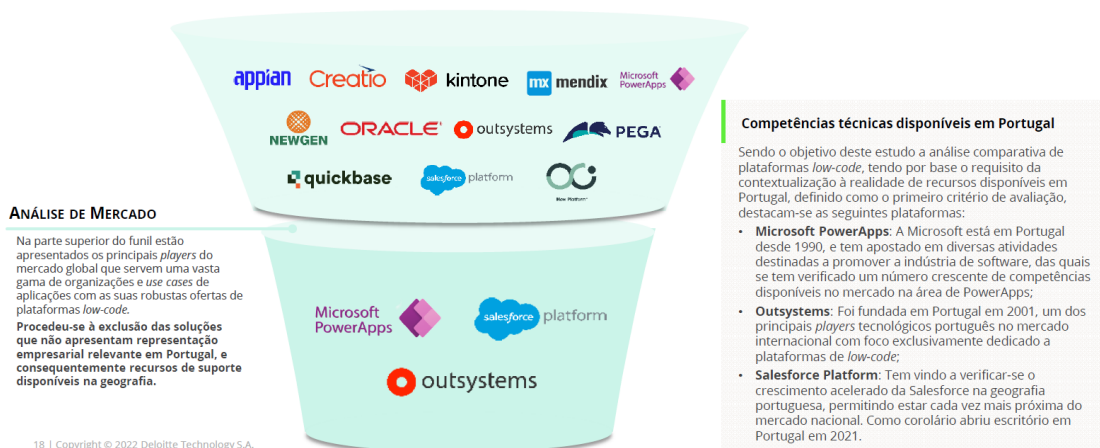
As três plataformas que compõem a *shortlist* foram avaliadas, de acordo com os instrumentos em 11 macro critérios.

O resultado do exercício de avaliação comparativo das três plataformas é apresentado no quadro síntese, slide 19 do relatório

ii) O valor do contrato preenche os requisitos do limiar comunitário, questionando-se a legalidade de o critério de seleção das entidades ter relação com a disponibilidade de recursos de suporte em Portugal, sendo adotado um critério de natureza geográfica, limitando a “concorrência” à competência disponível em Portugal; realça-se ainda que também um dos posteriores critérios de avaliação entre as 3 soluções comparadas se relaciona com as competências técnicas disponíveis em Portugal:

Comparação de Plataformas *Low-code*

Numa fase inicial procedeu-se à avaliação do primeiro critério de avaliação, sendo um requisito eliminatório atendendo ao âmbito e objetivo do presente estudo. O critério é de natureza geográfica e refere-se às competências disponíveis em Portugal.



iii) Os próprios “critérios de avaliação” apresentam-se como incongruentes e sem uma densificação de fatores, afigurando-se-nos que alguns dos resultados apresentados não se afiguram sequer como comparáveis. Veja-se o exemplo do preço, que não segue o mesmo padrão unitário suscetível de permitir aferir qual é, efetivamente, o mais vantajoso.

iv) Um outro “critério de avaliação” prende-se com os custos de transição em que seria avaliado se a AD&C já possui software de algum fornecedor detentor de plataforma *low-code*. Tal critério será igualmente se admissibilidade questionável, afigurando-se-nos que a AD&C tem de momento a Plataforma Outsystem licenciada e um conjunto de projetos desenvolvidos que irão entrar em produção em setembro, pelo que a própria alegada aptidão técnica exclusiva do cocontratante pode também resultar de anteriores relações contratuais das partes. Consta da informação de suporte à decisão de contratar:

Em janeiro de 2022, foi adquirido licenciamento pelo período de 12 meses de uma plataforma de desenvolvimento rápido através do procedimento “Aquisição de plataforma para desenvolvimento rápido - número de registo 259/2021”. Tal resultou no licenciamento da tecnologia Outsystems em modelo PaaS – Plataforma as a Service. O licenciamento atual da plataforma Outsystems na AD&C termina em 20-01-2023

GABINETE DO JUIZ CONSELHEIRO

Não havendo recursos internos disponíveis para as tarefas de desenvolvimento foi contratada capacidade de desenvolvimento através do procedimento “Aquisição de serviços de desenvolvimento de software low-code (número de registo 260/2021)”, resultando na formalização de contrato com a empresa Capgemini e tendo sido iniciados os trabalhos a 15 de abril de 2022.

As aquisições acima referidas permitiram a realização de um projeto-piloto que permitiu refletir sobre a adequação desta nova estratégia na implementação de soluções aplicacionais de suporte aos Fundos Europeus e às características e exigências muito particulares do Período de Programação Portugal 2030. A AD&C confirmou assim que os futuros desenvolvimentos low-code têm de cumprir, na íntegra, com idênticos requisitos tecnológicos, destacando:

- I. a escalabilidade horizontal da solução, proporcionando a criação de novas aplicações alinhadas com processos específicos do negócio;
- II. as componentes e serviços disponibilizados;
- III. a capacidade de integração.

Em termos de conclusões do estudo mais descritivo efetuado pela KaiZen Institute, mas do mesmo modo com base na da Deloitte:

Em conclusão:

- a) O Estudo realizado apenas considerou as plataformas Microsoft PowerApps, Outsystems e Salesforce, atendendo a que as restantes plataformas existentes no mercado não apresentam representação empresarial relevante em Portugal;
- b) A plataforma Salesforce não responde à necessidade identificada no projeto piloto com reflexo no Critério 8, Negócio - Orientação ao desenvolvimento de soluções verticais ou horizontais, acrescentando o facto de potenciar o *vendor lock-in*, impossibilitando-a de ser uma solução viável;
- c) Considerando que a solução Microsoft PowerApps não cumpre integralmente o Critério 5, Plataforma –*Software development life cycle* SDLC e o Critério 2, Técnico - Integração e APIs, não configura uma solução adequada à prossecução dos objetivos definidos pela AD&C;
- d) Apenas a Outsystems responde integralmente ao Critério 5, Plataforma –*Software development life cycle* SDLC e ao Critério 2, Técnico - Integração e APIs, enquanto estruturantes das características e funcionalidades definidas na RCM, no Plano Estratégico, no POD e no RCEF como necessárias para a integral e adequada prossecução dos objetivos da AD&C e que lhe compete prosseguir.

Com base nos pressupostos dos estudos referidos, suporta, ainda, a decisão de contratar, um parecer jurídico, defendendo que estão reunidos os pressupostos para a adoção de procedimento de ajuste direto.

Dá-se, ainda, conta de que junto aos autos consta também um sintético parecer técnico da Agência para a Modernização Administrativa (AMA) que apresenta as seguintes conclusões:

CONCLUSÃO

Da análise efetuada aos estudos e pareceres partilhados pela AD&C, consideramos válidas as considerações do parecer externo, face aos 11 critérios de avaliação propostos pelo estudo preliminar realizado.

Face à existência atual de soluções já produtivas baseadas na plataforma Outsystems na AD&C e tendo em conta o exposto, considera-se que o custo-benefício da manutenção é vantajoso em relação a um eventual *revamp* técnico das aplicações atualmente em produção e ao seu possível impacto no cumprimento em tempo útil do plano estratégico 22-24 da AD&C.

4. Conclusões

Tal como decorre do exposto, existem fortes motivos para concluir que os antecedentes de contratação (“projeto piloto”), que foram marcados por dois processos aquisitivos que foram suscetíveis de distorcer a concorrência, se demonstram fortemente, no seu todo, como uma aquisição moldada ao produto tecnológico oferecido pela aqui adjudicatária. Estes antecedentes foram depois um passo sem retorno para uma situação em que a entidade adjudicante se encontra dependente de um programa pelo qual a adjudicatária Outsystems detém o direito exclusivo (direitos autoriais) de o realizar ou de autorizar a sua utilização através de licenciamento.

Depois, os estudos que a adjudicante AD&C mandou realizar, documentados nos autos, não permitem concluir, diretamente, que não existia concorrência para a solução pretendida, pelo contrário refere que existem diversas soluções *low-code* disponíveis no mercado internacional e nacional, nomeadamente, para este último, a Microsoft Power Apps, a Outsystems e a SalesforcePlatform.

Ora, a existência de um ambiente concorrencial é condição “sine qua non” da eficácia da contratação pública. A opção pelo ajuste direto, por razões técnicas só é admitida quando no mercado apenas exista ou se mostre habilitada uma empresa ou entidade capaz de executar o contrato.

Como decorre da enunciação factual precedente, o contrato em apreço suscitou e suscita dúvidas, em particular, quanto ao recurso ao ajuste direto para a sua celebração. É sabido que o princípio da concorrência constitui princípio essencial do regime legal da contratação pública, pelo que a indevida adoção do procedimento de ajuste direto, apenas possível em determinadas condições rigorosamente delimitadas pela lei, configura uma clara violação daquele princípio, gerando assim uma séria probabilidade de afetação do resultado financeiro do contrato - situação essa que pode integrar, em abstrato, o fundamento de recusa de visto previsto no Art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Por outro lado, as entidades fiscalizadas estão sujeitas ao ónus de alegarem e provarem o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no Art.º 81.º, n.º 1, da LOPTC, as instruções constantes da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas (TdC), aprovada ao abrigo do Art.º 77.º, n.º 1, al. b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo Departamento de Fiscalização Prévia (DFP) e pelo TdC, com suporte no disposto pelo Art.º 81.º, n.º 1, da LOPTC.

Nesta sede, o TdC atua conformado pelo princípio do pedido, o qual impõe à entidade fiscalizada a iniciativa da formulação de uma pretensão de apreciação, com a incumbência de alegação dos factos essenciais que constituem a causa de pedir (o que configura um verdadeiro ónus de alegação e prova do preenchimento das condições necessárias à obtenção de visto), em conformidade com o disposto nos Art.ºs 3.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC), *ex vi* do Art.º 80.º da LOPTC, e tendo ainda em conta o disposto no Art.º 81.º, n.º 1, da mesma LOPTC e nas instruções constantes da Resolução n.º 1/2020 da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do Art.º 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC e os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo Departamento de Fiscalização Prévia e pelo TdC, com suporte no disposto pelo Art.º 81.º, n.º 1, da mesma LOPTC.

Nessa decorrência, é de considerar que, em relação ao contrato que ora se submete à apreciação do Tribunal, incumbia à entidade fiscalizada a demonstração da ocorrência dos pressupostos que permitiram o concreto recurso ao ajuste direto.

Nos termos dos Art.ºs do 24.º a 27.º do CCP, a escolha do ajuste direto só pode ser efetuada tendo em atenção o valor ou, excecionalmente, por um critério material. As subalíneas ii) e iii), da alínea e), do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, estabelecem que:

“e) As prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões:

(...)

ii) Não exista concorrência por motivos técnicos;

iii) Seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual;”.

Por outro lado, nos termos do n.º 7 do mesmo preceito legal, sabe-se que:

“O ajuste direto com fundamento no disposto nas subalíneas ii) e iii) da alínea e) do n.º 1 só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar.”

Existem razões para concluir que através dos descritos antecedentes contratuais (que compuseram o projeto “piloto”), veio a criar-se, por responsabilidade da própria entidade fiscalizada, um contexto de aprisionamento técnico (aptidão técnica exclusiva) e jurídico (direitos exclusivos) – *lock in* - que contraria o valorizado princípio da concorrência.

Como vimos, as circunstâncias que envolvem o caso em análise não serão compatíveis com a invocação da subalínea ii), nem da subalínea iii), ambas da alínea e) do n.º 1 do Art.º 24.º do CCP, desde logo porque não existiam à partida, como vimos, direitos exclusivos ou de propriedade intelectual a proteger, nem existia falta de concorrência por motivos técnicos.

Como se expõe no considerando 50 do preâmbulo da Diretiva 2014/24/EU de 26/2, numa elucidação do disposto na alínea b) do n.º 2 do Art.º 32.º dessa mesma Diretiva, “só em situações de exclusividade objetiva se pode justificar o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, caso a situação de exclusividade não tenha sido criada pela própria autoridade adjudicante com vista ao futuro concurso”.

Para a elucidação destas situações, podemos invocar uma jurisprudência já sedimentada deste TdC, por exemplo, nos Acs. 40/2010, de 3/11, 1.ª S/SS, 11/2020, de 18/2, 1.ª S/SS, 19/2020, de 1/4, 1.ª S/SS, e 15/2021, de 22/6, 1.ª S/SS.

No mesmo diapasão também a doutrina afirma que “a exclusividade fundada em motivos técnicos deve ser uma exclusividade objetiva, o que quer dizer que não deve ter origem numa situação criada pela própria entidade adjudicante. (...) A exclusividade com origem em decisões anteriores da entidade adjudicante é uma das expressões do designado “lock-in” (aprisionamento): trata-se da situação em que os adquirentes de um produto ficam numa situação de dependência de um único fornecedor para a prestação de serviços relativos àquele produto, porque impedidos de migrarem para outro fornecedor sem custos substanciais ou sem inconveniência” – assim, Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª edição, 2021, Coimbra: Almedina, pp. 528.

“Além disso, os factos que motivam o ajuste directo não poderão ser imputáveis à entidade adjudicante e a contratação deverá cingir-se ao estritamente necessário” – assim, Aquilino Paulo Antunes, “Critérios de escolha do procedimento: o valor e a tentação da adjudicação directa”, in Carla Amado Gomes e outros (coords) *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Volume I, 5.ª edição, 2023, Lisboa: AAFDL Editora, pp. 648-649.

Sendo assim, cumpre assinalar, neste caso em análise, a verificação de uma restrição indevida ao normal funcionamento da concorrência, princípio basilar da contratação pública, e que tem acolhimento quer no Art.º 1.º-A, n.º 1, do CCP, enquanto nele se consagra genericamente o princípio da concorrência, quer especificamente no disposto nas alíneas a) e b), *a contrario*, do n.º 1 do Art.º 20.º do mesmo Código, enquanto nele aflora tal princípio (e na medida em que prevê a celebração de contratos de aquisição de serviços por via de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicitações internacionais, designadamente para o valor contratual em causa no contrato em apreço).

Essa ofensa do princípio da concorrência, em si mesma, encerra uma forte probabilidade de afetar o respetivo resultado financeiro do contrato - o que constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do Art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC, como este TdC tem reconhecido em diversas ocasiões, pois a inobservância destes princípios basilares da contratação pública constitui ilegalidade suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato. Por outro lado, é ainda de ter em conta a jurisprudência firmada por este mesmo TdC 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.

Neste ponto, há que fazer, contudo, uma ponderação entre as consequências desta ilegalidade e da inviabilização deste específico contrato, por via da recusa de visto, ou a sua viabilização adstrita a recomendações e advertências. Do exposto decorre que a eventual criação de uma situação aprisionamento técnico (aptidão técnica exclusiva) e jurídico (direitos exclusivos) – lock in - resultou, essencialmente, dos contratos anteriores – a saber, os enviados para a fiscalização concomitante no âmbito dos processos n.º 40/2022 – Medidas Especiais de Contratação Pública (MECP), de 31.01.2022 e n.º 165/2022 – Medidas Especiais de Contratação Pública (MECP), de 22.04.2022. Portanto, no âmbito da apreciação do presente contrato cumpre essencialmente a apreciação da invocação da necessidade de recurso a um ajuste direto realizado por recurso aos critérios materiais, nos termos constantes do Art.º 24.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) do CCP e não, propriamente, apreciação da criação daquela situação de lock in – que, como dissemos resultou dos antecedentes contratos. Ainda que exista uma *contaminação* face à realidade anterior, essa circunstância deve ser ponderada na presente avaliação na precisa medida em que resultem não provados os pressupostos para o preenchimento do mencionado Art.º 24.º do CCP.

Para além disso, sabemos que a execução deste contrato se demonstra indispensável para concretizar de forma atempada o plano estratégico da AD&C, nas dimensões do seu Plano Operacional para o Digital (POD) e do Roteiro para a Capacitação, nas dimensões associadas aos sistemas de informação. Sabe-se, também assim, que esse plano estratégico se insere no roteiro de evolução dos sistemas dos fundos europeus e que o desenvolvimento económico e a estabilidade económico-financeira do país dependem numa parte relevante da implementação daqueles. Trata-se, na verdade, da ponderação de um interesse público notável e prevalecente que justifica a opção deste TdC para a concessão de visto sujeita a recomendações, na linha da Decisão n.º 1238/18, no processo de fiscalização prévia n.º 2909/2018, proferida em SDV de 20/12/2018.

Contudo, e tendo em conta a duração do contrato em apreço, cremos que esse mesmo prazo se tem como razoável e suficiente para a entidade adjudicante obter as condições necessárias a fazer cessar esta sua dependência técnica e jurídica em relação à adjudicatária permitindo a abertura de procedimentos concorrenciais para a contratação de produtos ou serviços tecnológicos neste domínio e para as concretização das suas finalidades e objetivos institucionais e estratégicos.

Sendo certo que em futuros procedimentos e em face das mesmas circunstâncias procedimentais não concorrenciais considerará este Tribunal a provável ocorrência de fundamento de recusa de visto.

Tudo ponderado, entendemos ocorrerem os pressupostos que, não obstante a verificação da ilegalidade prevista no Art.º 44.º, n.º 3, alínea c), da LOPTC, permitem a prolação de decisão de concessão de visto, mediante a formulação de “recomendações aos serviços e organismos no sentido de suprir ou evitar no futuro tais ilegalidades”, em conformidade com o disposto no n.º 4 do citado Art.º 44.º da mesma LOPTC.

A demais matéria de legalidade considerada relevante (financiamento do contrato) será objeto de recomendações e/ou advertências finais após a concessão do visto por este Tribunal.

Tendo presente as questões suscitadas, considera-se, assim, que não existem fundamentos para a recusa do visto no caso concreto, atento o estabelecido no Art.º 44.º, n.º 3, da LOPTC.

II. Decisão

Pelo exposto, em Sessão Diária de Visto, decide-se:

1. Conceder o visto ao contrato de aquisição submetido a fiscalização prévia.
2. Recomendar à entidade fiscalizada, ao abrigo do disposto no Art.º 44.º, n.º 4, da LOPTC, que, em subsequentes procedimentos deverá pugnar pela abertura à concorrência dos contratos públicos a celebrar, desde logo obtendo as condições necessárias a fazer cessar a dependência técnica e jurídica em relação à adjudicatária, demonstrada neste contrato aqui visado, permitindo a abertura de procedimentos concorrenciais para a contratação de produtos ou serviços tecnológicos neste domínio e para as concretização das suas finalidades e objetivos institucionais e estratégicos.
3. Fixar os emolumentos conforme proposto.

*

Adverte-se, também, a entidade fiscalizada, que deverá ficar ciente da ausência de legalidade da previsão de adoção futura de ajuste direto para esta necessidade específica, sendo que não reunirá, de futuro, as condições para a ele recorrer, nos termos em que aqui justificou, e, ainda, que deverá comprovar nestes autos a aprovação da candidatura ao financiamento comunitário e das suas eventuais reprogramações temporais.

*

Comunique-se a presente decisão à Autoridade da Concorrência, para os efeitos tidos por convenientes.

Notifique-se e publique-se a decisão, logo que transitada em julgado.

DN.

Os Juízes Conselheiros,