

ACÓRDÃO N.º 06/2012 - 17.Fev.2012 - 1ª S/SS

(Processo n.º 01/2012)

DESCRITORES: Contrato de Prestação de Serviços / Eficácia do Contrato / Retroatividade / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. De acordo com o disposto no art.º 287.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos (CCP) *“[a]s partes podem atribuir eficácia retroactiva ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos:*
 - a) *Não seja proibida por lei;*
 - b) *Não lese direitos e interesse legalmente protegidos de terceiros;*
 - c) *Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à [fase] de formação do contrato”.*
2. A regra geral em direito é a de que os atos e contratos devem dispor para o futuro, admitindo-se a retroactividade apenas como exceção.
3. Em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroactiva aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela não se verificarem os pressupostos indispensáveis dessa adjudicação e, conseqüentemente, da contratação.
4. A violação do art.º 287.º, n.º 2 do CCP e o pagamento sem contraprestação efectiva configuram uma situação propiciadora de alteração dos resultados financeiros que se poderiam e deveriam ter obtido no procedimento de formação do contrato.
5. A alteração do resultado financeiro do contrato constitui fundamento da recusa de visto, nos termos do disposto na al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO Nº 6 /12 – 17.FEV-1ª S/SS

Processo nº 1/2012

I. RELATÓRIO

O *IFAP - Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P.*, remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o contrato de prestação de serviços para “*Aquisição de assistência pós-venda de 32 licenças ORACLE*”, celebrado entre aquela entidade e a sociedade *TIMESTAMP- Sistemas de Informação, S.A.*, pelo preço de € **443.981,57**, acrescido de IVA.

II. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:

- a) Em 13 de Outubro de 2010, o IFAP equacionou abrir o procedimento para a contratação em causa¹;
- b) No entanto, por razões ligadas à necessidade de reavaliar e reduzir as suas despesas, o IFAP entendeu proceder a um levantamento dos seus equipamentos, serviços e licenças, de modo a suprimir o que poderia ser dispensável²;
- c) O IFAP refere: “*Para esta análise foi necessária a colaboração do fabricante, o que inevitavelmente acarretou atrasos que não eram expectáveis*”³;
- d) Em 1 de Janeiro de 2011 deixou de haver contrato activo para a assistência pós-venda ORACLE, não tendo também havido prestação de serviços⁴;

¹ Cfr. ofício 00194/2012, de 10 de Janeiro de 2012, do IFAP.

² Idem.

³ Idem.

⁴ Idem.



Tribunal de Contas

- e) A única necessidade de assistência técnica ocorreu durante o fim-de-semana de Páscoa, tendo sido o próprio fabricante a realizar, a título excepcional, uma intervenção técnica para resolver o problema, sem encargos para o IFAP⁵;
- f) Quando a avaliação chegou ao seu termo, foi necessário aguardar uma alteração orçamental que permitisse suportar a despesa, o que veio a acontecer em 28 de Abril de 2011⁶;
- g) Em 5 de Maio de 2011 o Conselho Directivo do IFAP autorizou a abertura do procedimento com recurso ao acordo quadro aplicável da Agência Nacional de Compras Públicas e a correspondente despesa;
- h) Em 10 de Maio de 2011, foram enviados convites para apresentação de propostas a 3 empresas subscritoras desse acordo quadro;
- i) Em 31 de Maio e 14 de Junho de 2011 foram realizadas sessões de negociação com as duas empresas que apresentaram proposta;
- j) Em 17 de Junho de 2011 as empresas apresentaram as suas propostas finais;
- k) Em 4 de Julho de 2011 o júri elabora o relatório preliminar de avaliação das propostas e em 18 de Julho elabora o relatório final, com proposta de adjudicação;
- l) Em 3 de Agosto de 2011 o IFAP submete à Ministra da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território o pedido de autorização para a adjudicação, para a realização da despesa e para a aprovação da minuta do contrato;
- m) Em 9 de Setembro de 2011 é comunicado ao IFAP o despacho de 1 de Setembro da referida Ministra, que nega a solicitada autorização, por os seus serviços de apoio identificarem vários vícios e incongruências no procedimento;
- n) Em 10 de Outubro de 2011 é publicado no *Diário da República* um despacho do mesmo Secretário de Estado subdelegando no Conselho Directivo do IFAP a competência para autorizar despesas com aquisição de serviços até ao limite de € 1.000.000;
- o) Em 11 de Outubro de 2011 o IFAP responde às objecções colocadas pelos serviços de apoio à Ministra, sustenta a legalidade de todo o procedimento e solicita ao Secretário de Estado da Agricultura que proponha à Ministra a adjudicação, a aprovação da minuta do contrato e a delegação de poderes para a outorga do mesmo;
- p) Em 18 de Novembro de 2011 é comunicado ao IFAP o despacho de 16 de Novembro do Secretário de Estado, o qual, apesar das dúvidas de legalidade que o seu gabinete jurídico ainda mantém, decide devolver o processo ao

⁵ Idem.

⁶ Idem.



Tribunal de Contas

IFAP, para que este Instituto, caso entenda de forma diferente, dê seguimento ao procedimento de acordo com as competências que entretanto lhe foram delegadas;

- q) Em 20 de Dezembro de 2011, o Conselho Directivo do IFAP delibera a adjudicação;
- r) Em 30 de Dezembro de 2011, o mesmo Conselho Directivo aprova a minuta do contrato;
- s) Em 30 de Dezembro de 2011 é outorgado o contrato;
- t) De acordo com a sua cláusula segunda, o contrato produz efeitos de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2011;
- u) O contrato foi remetido para fiscalização prévia deste Tribunal em 30 de Dezembro de 2011;
- v) Questionado sobre a legalidade dos efeitos retroactivos do contrato, o IFAP referiu o seguinte⁷:

“Os contratos de manutenção ou de suporte de licenciamento ORACLE habilitam o cliente, neste caso o IFAP, ao acesso à organização de suporte ORACLE e aos novos upgrades, patches e versões desenvolvidas para os seus produtos. Nos termos contratualmente estabelecidos aquando da aquisição do licenciamento, o cliente mantém válida a sua subscrição mantendo activos os seus contratos de suporte ORACLE.

Se existir um interregno entre contratos de manutenção ou de suporte, para “reactivar” o contrato é devido o pagamento de um valor adicional, denominado de reinstatement fee, que é calculado com base no último valor de contrato e no período em que o contrato esteve desactivo, com um acréscimo de 50%. Assim, se o contrato produzisse os seus efeitos apenas à data da adjudicação e fosse pago tão somente o montante devido desde aquela data até 31 de Dezembro de 2011, este seria sempre acrescido, a título de penalização, do reinstatement fee, que levaria ao pagamento do montante relativo aos meses de Janeiro a Dezembro de 2011, incrementado em 50%, o que agravaria substancialmente o montante a pagar pelo IFAP, contrariando os princípios da prossecução do interesse público e de boa administração” ;

- w) Questionado sobre a situação posterior a 31 de Dezembro de 2011, o IFAP informou⁸:

“A prestação do serviço de assistência pós-venda ORACLE foi suspensa a partir de 01/01/2012 e até que esteja concluído o procedimento para a sua aquisição, no qual se prevê clausulado que salvasse a não aplicação de reinstatement fee”.

⁷ Idem.

⁸ Idem.



III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Da retroactividade do contrato

A questão que importa resolver no presente processo é a de saber se o contrato celebrado em 30 de Dezembro de 2011, e terminando a sua vigência no dia imediato, pode produzir efeitos retroactivos a 1 de Janeiro de 2011.

O artigo 287.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)⁹ dispõe em matéria de eficácia do contrato que:

“[a] plena eficácia do contrato depende da emissão dos actos de aprovação, de visto, ou de outros actos integrativos da eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de acto administrativo que eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objecto passível de acto administrativo”.

No n.º 2 do mesmo artigo estabelece-se que:

“[a]s partes podem atribuir eficácia retroactiva ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos:

- a) Não seja proibida por lei;*
- b) Não lese direitos e interesses legalmente protegidos de terceiros; e*
- c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à [fase¹⁰] de formação do contrato”.*

Como se sabe, e como tem sido jurisprudência deste Tribunal¹¹, a regra geral em direito é a de que os actos e contratos devem dispor para o futuro¹², admitindo-se a sua retroactividade apenas como excepção.

⁹ O Código dos Contratos Públicos foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de Setembro, 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

¹⁰ A palavra “fase” não consta da versão original do CCP, nem de declarações de retificação, nem das versões republicadas do diploma. Mas trata-se certamente de um *lapsus scriptae* ou mesmo de uma mera “gralha”. Em alternativa poderá considerar-se que é a preposição “de”, imediatamente após, que está a mais no texto da lei. De qualquer forma, a solução interpretativa é a mesma.

¹¹ Vide, designadamente, Acórdãos n.ºs 14/09 – 31.MAR -1.ªS/PL e 04/12-14.FEV-1.ªS/SS.

¹² Vide, pela sua relevância na gestão administrativa, por exemplo, os artigos 127.º e 128.º do Código do Procedimento Administrativo. Mas recorde-se também o que dispõe a Constituição da República Portuguesa em matéria de retroactividade de leis e em matéria fiscal (vide n.º 3 do artigo 18.º, e n.º 3 do artigo 103.º). Vide ainda o artigo 12.º do Código Civil.



Tribunal de Contas

A referida disposição do CCP deve, pois, ser entendida como uma disposição excepcional. Esta excepcionalidade resulta também da sua própria redacção, onde se estabelece que pode ser atribuída eficácia retroactiva apenas “*quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem*” e desde que certas condições estejam verificadas.

Como se tem referido nos Acórdãos deste Tribunal, num processo de contratação pública a adjudicação constitui um acto administrativo que encerra o procedimento de selecção do contratante particular, só ela exprimindo a inequívoca vontade de contratar, só ela vinculando a entidade adjudicante e só ela conferindo ao concorrente preferido a legítima expectativa da celebração do contrato nos termos legais.

Na realidade, antes da adjudicação, que culmina o processo de escolha, não é possível saber, com segurança, que haverá um contrato e que uma dada entidade será a adjudicatária.

Para além disso, num processo concorrencial, assumir que uma determinada entidade poderia iniciar a prestação de serviços antes de ser escolhida ofenderia, além do mais, princípios fundamentais de imparcialidade, concorrência e igualdade e lesaria os direitos e interesses legalmente protegidos dos restantes concorrentes ao procedimento de contratação. É, pois, claro que essa situação falsearia a concorrência na fase de formação do contrato.

Acresce que só no acto de adjudicação se fixa o montante da despesa, se confirma a disponibilidade de verba orçamental para a suportar e se obtém a competente autorização para a sua realização, requisitos financeiros indispensáveis para que se possa assumir o compromisso contratual.

E importa salientar que o contrato se deve sempre conformar com o conteúdo do acto de adjudicação.

Ora, considerando que a esse acto se aplica o disposto no artigo 128.º, n.º 2, alínea a), do Código do Procedimento Administrativo, deve referir-se que antes do acto de adjudicação não é possível dar por verificados pressupostos essenciais desse mesmo acto e, conseqüentemente, pressupostos do contrato e da realização dos serviços a que ele se destina, como sejam a certeza de que pode haver um contrato, o seu conteúdo, a identificação da entidade que deve prestar os serviços e a autorização para a realização da correspondente despesa.

Deste modo, sem prejuízo da necessária apreciação casuística das circunstâncias próprias de cada situação, em procedimentos de contratação pública, não há, em princípio, possibilidade de atribuir eficácia retroactiva aos contratos, com referência a uma data anterior à da correspondente adjudicação, por antes dela



Tribunal de Contas

não se verificarem os pressupostos indispensáveis dessa adjudicação e, consequentemente, da contratação.

No caso, e ainda que sempre se deveria dar por verificado um falseamento da concorrência que obstaria à retroactividade, nem sequer se vislumbram razões de *direito público* que imponham a retroactividade, em excepção ao princípio referido.

Independentemente das razões que fizeram alongar o procedimento, só em 20 de Dezembro de 2011 o adjudicatário é escolhido.

Acresce que, na situação concreta, e de acordo com o que o próprio IFAP informa¹³, não houve prestação de serviços pelo adjudicatário enquanto o contrato de assistência técnica não voltou a ser activado.

Pelo que a um contrato, activado em 30 de Dezembro, e vigorando por apenas um dia, corresponderia um pagamento relativo a um ano, sem contraprestação efectiva.

Não há, pois, fundamento legal para a retroactividade estipulada, estando violado o disposto no artigo 287º do CCP.

2. Da relevância das ilegalidades verificadas

A violação do nº 2 do artigo 287º do CCP e o pagamento sem contraprestação configuram uma situação propiciadora de alteração dos resultados financeiros que se poderiam e deveriam ter obtido no procedimento de formação do contrato.

Ora, as ilegalidades que alterem, ou possam alterar, o resultado financeiro dos procedimentos e dos contratos constituem fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “*Ilegalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro.

¹³ Vide alínea d) do probatório.



IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas¹⁴.

Lisboa, 17 de Janeiro de 2012

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Manuel Mota Botelho)

(João Figueiredo)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(José Vicente)

¹⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de Agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril.