

ACÓRDÃO 43/2018 – 20.DEZ-1ª S/SS

DESCRITORES: ACORDO QUADRO / ADJUDICAÇÃO / ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINANCEIRO POR ILEGALIDADE / ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL / APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS / AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS / CADERNO DE ENCARGOS / CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO / LICENÇA DE SOFTWARE / NULIDADE / RECUSA DE VISTO / RESTRIÇÃO DE CONCORRÊNCIA

SUMÁRIO

Processo: 1714/2018

Relator: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

1. De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 21.º do caderno de encargos do Acordo Quadro para Licenciamento de Software e Serviços Conexos (AQ-LS), «nos procedimentos ao abrigo do acordo quadro as entidades adquirentes devem convidar os cocontratantes do lote do acordo quadro ao abrigo do qual será lançado o procedimento, nos termos do artigo 259.º do CCP».
2. O artigo 22.º, n.º 1 do caderno de encargos do AQ-LS concretiza que «A adjudicação é feita ao nível do lote.», ou seja, ainda que o procedimento seja lançado para a aquisição de produtos ou serviços de vários lotes, a adjudicação deve ser feita lote a lote, uma vez que os cocontratantes qualificados para cada lote são diferenciados face aos dos restantes lotes.
3. Ao estabelecer, em linha com o definido na cláusula 30.ª do caderno de encargos, que a adjudicação fosse feita pela globalidade dos lotes, a entidade adjudicante contrariou o disposto no artigo 22.º, n.º 1 do caderno de encargos do AQ-LS.
4. Além de violar o quadro jurídico-normativo a que se autovinculou, a entidade adjudicante, ao exigir a apresentação de proposta para 4 lotes de produtos pertencentes a 3 grupos distintos, limitou a possibilidade de apresentação de propostas por parte das empresas que apenas estariam qualificadas para algum ou alguns dos lotes, mas não para todos os lotes a concurso, o que implica uma distorção da concorrência.

5. A aquisição ao abrigo do AQ-LS, sem que se desse total cumprimento ao determinado nesse acordo-quadro, viola o disposto no artigo 6.º, n.º 1, al. c) do caderno de encargos do AQ-LS que, em matéria de obrigações das entidades adquirentes na gestão do acordo quadro, determina que estas devem «Efetuar os procedimentos aquisitivos segundo as regras definidas no presente acordo quadro».
6. Verificou-se, ainda, a violação do disposto no artigo 257.º, n.º 2 do CCP, segundo o qual «da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos».
7. A adjudicação conjunta de todos os lotes ao mesmo fornecedor, em lugar da adjudicação autónoma, lote a lote, representa uma alteração substancial face ao determinado no AQ-LS.
8. A opção por uma adjudicação agregada dos lotes – em violação das regras estabelecidas no AQ-LS - fez com que apenas dois concorrentes apresentassem proposta, sendo, inclusive, um deles excluído por não apresentar proposta que cobrisse todos os lotes.
9. Esta opção teve impacto direto no resultado final da adjudicação, uma vez que, tendo presente o critério de adjudicação adotado – o do mais baixo preço - e os preços apresentados por ambos os concorrentes, a adjudicação de alguns lotes deveria ter sido feita ao concorrente excluído.
10. A adoção de uma aquisição direta – não sustentada pelo AQ-LS – configura a preterição total do procedimento legalmente exigido, o que, nos termos do artigo 161.º, n.º 2, alínea l) do Código do Procedimento Administrativo, determina a nulidade do referido procedimento e, consequentemente, a nulidade do respetivo contrato.
11. As nulidades referidas constituem fundamento legal para recusa de visto ao contrato em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
12. A preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, em face do quadro normativo estabelecido pelo AQ-LS, associada a uma inevitável “perturbação ou distorção da concorrência”, consubstancia igualmente uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado artigo 44.º da LOPTC, constitui, igualmente, motivo de recusa de visto do referido contrato.

Secção: 1ª S/SS
Data: 20/12/2018
Processo: 1714/2018

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

TRANSITADO EM JULGADO EM 18-01-2019

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

I – RELATÓRIO

1. O Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. (doravante IMT), submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas um contrato de «*Aquisição de Licenças de Software Oracle para suporte ao Plano de Continuidade de Negócio (PCN) para a plataforma operacional digital (POD) do IMT, I.P.*», celebrado, em 28.05.2018, entre essa entidade e «*TIMESTAMP – Sistemas de Informação, S.A.*», pelo valor de 1.199.999,00 € e pelo prazo contado a partir do visto do Tribunal de Contas e até 31.12.2018.
2. Segundo o IMT, a presente aquisição foi feita ao abrigo do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 26.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), tendo por base o «*Acordo Quadro para 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 pelos seguintes lotes: do Grupo 1 – Software de Infraestrutura, o lote 13 – *Application Servers*; do Grupo 3 – Software de Segurança, o lote 31 – *Identity Management*; e do Grupo 4 – Software de Desenvolvimento, o lote 35 – *Database Management System* e o lote 39 – *Enterprise Application Integration*.
3. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de diversas devoluções ao IMT, quer na fase administrativa, quer na fase jurisdicional do processo de



fiscalização prévia, para prestação de esclarecimentos, designadamente em matéria de enquadramento desse concreto contrato no âmbito do referido AQ-LS.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO

4. 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 AQ-LS, da ESPAP, e nos termos do respetivo Caderno de Encargos, no segmento desse Acordo Quadro identificado pelos seguintes lotes: do Grupo 1 – Software de Infraestrutura, o lote 13 – *Application Servers*; do Grupo 3 – Software de Segurança, o lote 31 – *Identity Management*; e do Grupo 4 – Software de Desenvolvimento, o lote 35 – *Database Management System* e o lote 39 – *Enterprise Application Integration*»;
 - b) A aquisição em causa obteve parecer favorável da Agência para a Modernização Administrativa (AMA), datado de 02.04.2018, muito embora do referido parecer conste que ele se restringe à aquisição pretendida «(...) e não invalida a aplicação da disciplina legal aplicável à aquisição, nomeadamente o Código dos Contratos Públicos, devendo o organismo assegurar os princípios da igualdade e da concorrência, com procedimentos pré contratuais que promovam o mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados através de transparência e da publicidade adequada».
 - c) O procedimento em causa foi autorizado por deliberação do conselho diretivo do IMT, de 11.04.2018, exarada sobre a Informação n.º 044300126018331, datada de 12.03.2018, sendo fixado o preço base de 1.200.010,00€, acrescido de IVA à taxa legal;
 - d) Do modelo de ofício convite consta uma cláusula III – Procedimento de Aquisição, com o seguinte teor: «O presente convite é efetuado ao abrigo do



“Acordo Quadro para Licenciamento de Software (AQ-LS-2015)” nos termos do artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aplicando-se-lhe, em tudo o que não estiver especialmente regulado, as disposições do Caderno de Encargos do Acordo Quadro referido»;

e) Do modelo de ofício convite consta ainda uma cláusula VIII – Critério de Adjudicação, com o seguinte teor: *«O critério de adjudicação é o do mais baixo preço, nos termos previstos e definidos no AQ em apreço».*

f) Do caderno de encargos do procedimento do IMT, consta uma cláusula 14.^a – Preço base e preço contratual, cujo n.º 1 tem o seguinte teor:

«1. O preço base do procedimento, corresponde ao preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações objeto do contrato a celebrar, é de €1.200.010,00 (um milhão e duzentos mil e dez euros), a que acresce a taxa legal de IVA em vigor, correspondendo aos seguintes preços base, por lote, e por bem ou serviço:

Quadro 1

Lote do AQ-LS	Preço base total das licenças por lote	Preço dos serviços de instalação e configuração	Preço dos serviços de migração aplicacional
Lote 13	→ € 112 325,23	€ 1 040,11	€ 832,09
Lote 31	→ € 15 797,86	€ 146,29	€ 117,03
Lote 35	€ 1 024 128,38	€ 9 483,23	€ 7 586,58
Lote 39	→ € 28 085,09	€ 260,06	€ 208,05

g) Do referido caderno de encargos consta ainda a cláusula 30.^a – Critério de adjudicação, com o seguinte teor: *«O critério de adjudicação é o do mais baixo preço (de acordo com o definido no AQ) pelo conjunto de todos os lotes, dada a solução técnica a implementar que impossibilita a análise por lote»;*

h) Do anexo II ao caderno de encargos consta a lista de software a adquirir:



Quadro 2

Anexo II
Software a adquirir

Designação Comercial do Produto	Marca	Metric	Qt.	Lote	Nr. Acordo
Weblogic Suite Management Pack 42	Oracle	Processor	5	13	15.31.013.01
Soa Suite Management Pack 43	Oracle	Processor	2	13	15.31.013.01
Weblogic Suite Integration Pack 44	Oracle	Processor	1	13	15.31.013.01
Unified Business Process Management com SOA Suite e WebLogic Suite 19	Oracle	Processor	2	39	15.31.039.01
Weblogic Suite Management Pack	Oracle	Processor	5	13	15.31.013.01
Identity Governance Suite 1	Oracle	Processor	1	31	15.31.031.01
Oracle Database Enterprise Management 26	Oracle	Processor	8	35	15.31.035.01
Oracle database Enterprise Edition Integration 30	Oracle	Processor	8	35	15.31.035.01
Oracle database Enterprise Edition Replication 29	Oracle	Processor	8	35	15.31.035.01
Oracle database Enterprise Edition Option 28	Oracle	Processor	8	35	15.31.035.01
Oracle database Enterprise Edition Option "	Oracle	Processor	8	35	15.31.035.01
Oracle database Enterprise Edition Option "	Oracle	Processor	8	35	15.31.035.01
Oracle database Enterprise Management Suite 27	Oracle	Processor	8	35	15.31.035.01

- i) Do relatório preliminar, datado de 02.05.2018, constata-se que foram apresentadas apenas duas propostas (por parte das empresas TIMESTAMP – Sistemas de Informação, SA e ORAMIX – Sistemas de Informação, SA), tendo sido excluída a proposta apresentada pela empresa ORAMIX «por não cumprir com os atributos que constam do caderno de encargos, nomeadamente em relação ao Lote 13 não apresentam cotação para os produtos Soa Suite Management Pack e Weblogic Suite Integration Pack»;
- j) A adjudicação, por parte do conselho diretivo do IMT, à única proposta admitida (da empresa TIMESTAMP – Sistemas de Informação, SA, pelo preço de 1.199.999,00€) ocorreu em 16.05.2018, conforme se constata pela deliberação exarada na Informação n.º 044300128557177, de 14.05.2018;



- k) O contrato foi devolvido ao IMT, em 02.07.2018, para prestação de esclarecimentos considerados necessários à devida instrução do respetivo processo de fiscalização, tendo aquele instituto, em 06.08.2018, respondido nos seguintes termos:

1. Considerando que o anterior contrato, celebrado a 27/07/2017, fixava como terminus do mesmo o dia 31/12/2017, esclareça de que forma foi assegurado Plano de Continuidade de Negócio para a Plataforma Operacional Digital, no que diz respeito ao licenciamento do Software Oracle.

«O IMT, IP, não tem assegurado o mencionado Plano de Continuidade de Negócio para a referida Plataforma Operacional Digital, no que diz respeito ao licenciamento de Software Oracle. Efetivamente, o contrato anterior terminou a 31/12/2017, pretendendo-se por isso dar início a uma nova aquisição com a celebração do presente contrato, razão pela qual se mostra necessária esta aquisição, carecendo do competente visto, por forma a dar continuidade ao respetivo procedimento de contratação.»

2. Demonstre, documentalmente:

a) Que as regras de contratação estabelecidas no convite e no caderno de encargos do procedimento em apreço respeitaram, na íntegra, os termos previstos no Acordo Quadro “Licenciamento de Software e Serviços Conexos” celebrado pela ESPAP;

«O IMT, IP, promoveu a instrução e abertura do procedimento aquisitivo em apreço, tendo para o efeito procedido à elaboração das peças necessárias, designadamente convite e caderno de encargos, de acordo com o enquadramento legal aplicável, e em respeito do previsto nos documentos da ESPAP, nomeadamente o Manual dos Acordos Quadro (Anexo I), disponibilizado eletronicamente junto do portal referente ao “Catálogo Nacional de Compras Públicas”.

A demonstração do cumprimento das regras da contratação encontra-se reunida no “Mapa comparatístico das peças do procedimento” – Anexo II, pelo qual este IMT, IP, pretende evidenciar a correspondência existente entre as



normas das peças do procedimento n.º 6090018 e as previstas no “Acordo Quadro de Licenciamento de Software e Serviços Conexos” celebrado pela ESPAP, a par com o disposto no Código dos Contratos Públicos (CCP), subsidiariamente aplicável.

Com o supra exposto, o IMT, IP, reúne os documentos que, na perspetiva das regras de contratação estabelecidas no convite e caderno de encargos do procedimento, demonstram, e, no seu entendimento, permitem concluir pelo respeito integral dos termos previstos no Acordo Quadro “Licenciamento de Software e Serviços Conexos”, celebrado pela ESPAP.»

b) Que o convite foi enviado a todos os fornecedores selecionados ao abrigo do AQ.

«Conforme documentação junta ao processo submetido a visto e que ora se anexa ao presente ofício (Anexo III), foi enviado convite a todas as entidades que constam do AQ (leia-se, 65).

Tal convite resultou endereçado aos fornecedores que, ao abrigo do AQ, se apresentaram mediante a pesquisa dos critérios definidos para os Lotes 13, 31, 35 e 39 – software Oracle, que infra se resume, conforme se demonstra na documentação ora junta.»

c) Com que critério foi calculado o preço base do procedimento, relativamente ao contrato em apreço.

«Para cálculo do preço base do procedimento procedeu-se, primeiramente, à consulta ao Acordo Quadro “Licenciamento de Software e Serviços Conexos”. Esta análise teve por base a identificação de produtos Oracle que, em face das necessidades do IMT, IP, melhor resposta dariam à criticidade que os diversos ambientes tecnológicos existentes impõem, a fim de proceder à transformação do universo aplicacional existente na estrutura do instituto, tendo da mesma resultando o apuramento dos seguintes valores máximos (ao abrigo daquele AQ):

(ver quadro 1)



Os valores foram calculados com base nas fichas de cada produto disponíveis no Catálogo de Compras Públicas, de acordo com a seguinte fórmula:

*Valor de licenciamento = Nr. de processadores * preço por core – físico*

*O valor de instalação + configuração = Nr. de processadores * (valor de instalação + (16h * preço hora/homem))*

*O valor de migração = Nr. de processadores * (16h * preço hora/homem)*

Posto isto, e por se tratar de uma contratação idêntica à realizada pelo IMT, IP, no ano transato e atenta à pesquisa junto do Portal BaseGov, relativa a contratos celebrados por entidades públicas – com idêntico objeto, por forma a aferir da melhor vantagem/relação financeira para o Instituto. Mediante o exposto foi fixado o preço base do presente procedimento, uma vez que aquele respeita o Catálogo Nacional de Compras Públicas, atento os valores nele apresentados corresponderem a preços máximos fixados, conforme ao previsto no ponto 6.4.2 do Manual dos Acordos Quadro (pág. 151 a 355): “O preço a propor nos procedimentos lançados ao abrigo do acordo não pode ser superior ao preço máximo de referência estabelecido neste acordo quadro”, o que o IMT, IP, teve em consideração.»

d) Que os preços da proposta adjudicada respeitaram os preços apresentados no âmbito do concurso público que antecedeu a celebração do AQLS, remetendo prova documental.

«A aquisição de software Oracle pelo IMT, IP, inclui, para cada Lote, as especificidades/itens cujo número resulta identificado na tabela anterior. O mesmo se mostra elencado na tabela infra, extraída da proposta apresentada pela empresa Timestamp (cfr. Página 9):

(...) Na pág. 19 da proposta apresentada a adjudicatária apresenta as “Condições financeiras – preço, faturação e pagamento”, indicando, quanto ao preço, que “o preço total desta proposta é de 1.199.999,00€ (um milhão cento e noventa e nove mil novecentos e noventa e nove euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor”, discriminando os seguintes valores por Lote do AQ:

Quadro 3



Preço

O Preço total desta proposta é de 1.199.999,00€ (um milhão cento e noventa e nove mil e novecentos e noventa e nove euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor.

Valores discriminados por lote do AQ LS:

Lote do AQ-LS	Preço das licenças	Preço dos serviços de instalação e configuração	Preço dos serviços de migração aplicacional
Lote 13	112 324,42 €	1 040,00 €	832,00 €
Lote 31	15 797,76 €	146,29 €	117,03 €
Lote 35	1 024 119,04 €	9 483,04 €	7 586,32 €
Lote 39	28 085,00 €	260,06 €	208,04 €

No âmbito do concurso público que antecedeu a celebração do AQLS a empresa fornecedora apresenta os valores constantes nos documentos em anexo (Anexo IV), para cada um dos itens a adquirir, resultando estes em números diferentes dos da proposta apresentada, por se tratarem dos preços máximos que podem ser praticados pelas entidades cocontratantes, tal como definido no ponto 6.1.2, do Manual dos Acordos Quadro, página 110 a 355.»

- l) Posteriormente, o contrato foi novamente devolvido ao IMT, em 14.08.2018, para prestação de novos esclarecimentos, tendo aquele instituto, em 31.10.2018, respondido nos seguintes termos:

1. Esclareça, relativamente a cada um dos lotes, qual a modalidade de aquisição do licenciamento adjudicada, face ao previsto no artigo 23.º do caderno de encargos que antecedeu a celebração do Acordo Quadro “Licenciamento de software e serviços conexos” (adiante designados por caderno de encargos do AQ), justificando a omissão de referência à respetiva modalidade nas peças do procedimento e no contrato. Mais esclareça como se conjuga a referida modalidade com a duração do contrato estabelecida na cláusula segunda do contrato.

«O IMT, I.P. promoveu a instrução e abertura do procedimento aquisitivo em apreço, tendo para o efeito procedido à elaboração das peças necessárias, designadamente convite e caderno de encargos, de acordo com o enquadramento legal aplicável, e em respeito do previsto nos documentos da ESPAP, nomeadamente no Manual dos Acordos Quadro, disponibilizado eletronicamente no “Catálogo Nacional de Compras Públicas”. Para o efeito, a



modalidade de aquisição de licenciamento adjudicada para todos os lotes foi a de “licença perpétua”, uma vez que estamos perante a compra de software e não perante uma subscrição por um período limitado de tempo, passando o software a ser da propriedade do instituto.

Nas peças do procedimento e contrato a modalidade de licença perpétua aparece omissa dado que o software a adquirir apenas permite esta modalidade.

Por se tratar de uma modalidade de aquisição perpétua, a sua duração, cessa com o fornecimento e instalação das referidas licenças, tendo como limite máximo 31 de dezembro de 2018.»

2. Em complemento da questão anterior, esclareça e demonstre que o cálculo do preço base e, conseqüentemente, do preço contratual, teve em consideração uma específica modalidade de licenciamento prevista no referido Acordo Quadro, identificando-a.

«Somos a esclarecer que, para efeitos de cálculo do preço base do procedimento procedeu-se, primeiramente, à consulta ao Acordo Quadro “Licenciamento de Software e Serviços Conexos”, sendo que esta análise teve por base, ainda, a identificação de produtos Oracle que, em face das necessidades do IMT, I.P., melhor resposta dariam à criticidade que os diversos ambientes tecnológicos existentes impõem, a fim de proceder à transformação do universo aplicacional existentes na estrutura deste instituto. Assim, o preço base foi calculado tendo por referência as fichas de cada produto disponíveis no Catálogo de Compras Públicas, de acordo com a seguinte fórmula:

- 1) Valor de licenciamento = Nr. de processadores * preço por core físico*
- 2) O valor de instalação e configuração = Nr. de processadores * (valor de instalação + (16h * preço hora/homem)*
- 3) O valor de migração = Nr. de processadores * (16h * preço hora/homem)*

A proposta adjudicada teve em consideração aquela modalidade de licenciamento perpétua sendo o preço total da proposta de 1.199.999,00€ (um milhão cento e noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove euros)



acrescidos de IVA à taxa legal em vigor, conforme se demonstra no quadro abaixo:»

Quadro 4

Lotes do AQ-LS	Preço das Licenças (1)	Preço dos serviços de instalação e configuração (2)	Preços dos serviços de migração aplicacional (3)	TOTAL
Lote 13	112 324,42 €	1 040,00 €	832,00 €	114 196,42 €
Lote 31	15 797,76 €	146,29 €	117,03 €	16 061,08 €
Lote 35	1 024 119,04 €	9 483,04 €	7 586,32 €	1 041 188,40 €
Lote 39	28 085,00 €	260,06 €	208,04 €	28 573,10 €
TOTAL	1 180 326,22 €	10 949,39 €	8 743,39 €	1 199 999,00 €

3. Tendo em consideração o disposto na cláusula 14.^a do caderno de encargos do presente procedimento, justifique, legalmente, a não especificação do preço unitário base dos produtos a adquirir, dentro de cada lote.

«Em resposta ao solicitado somos a informar que o Preço unitário não foi indicado no caderno de encargos uma vez que, o que se pretendia adjudicar era o mais baixo preço na globalidade dos lotes (de acordo com os termos definidos no Acordo Quadro), isto porque outro tipo de aquisição não seria tecnicamente viável face à complexidade e interdependência entre os lotes, impossibilitando a aquisição de forma individualizada. No entanto, o preço unitário base dos produtos a adquirir é aritmeticamente concretizável.»

4. Na sequência da questão anterior, envie mapa comparativo entre os preços unitários estabelecidos no acordo quadro, preços unitários estabelecidos no âmbito do procedimento e ainda os apresentados pelo adjudicatário e efetivamente contratados.

«Conforme solicitado remete-se mapa comparativo com preços unitários do AQ, preços unitários do procedimento e preço apresentado pelo adjudicatário, evidenciando o preço unitário e o preço global:»

Quadro 5



N.º	Designação Comercial Produto	Lote do AQ	Métrica	Preço Unitário AQ	Preço Unitário Procedimento	Adjudicatário		
						Preço Unitário	Qtd	Preço Proposto
1	Weblogic Suite Management Pack ✓	13	Processor	47 996,00 €	8 786,42 €	8 784,34 €	5	43 921,70 €
2	Soa Suite Management Pack ✓	13	Processor	71 997,00 €	8 786,42 €	8 784,34 €	2	17 568,68 €
3	Weblogic Suite Integration Pack ✓	13	Processor	78 998,00 €	8 786,42 €	8 784,34 €	1	8 784,34 €
4	Unified Business Process Management com SOA Suite e WebLogic Suite	39	Processor	87 880,82 €	14 297,10 €	14 276,55 €	2	28 553,10 €
5	Weblogic Suite Management Pack	13	Processor	47 996,00 €	8 786,42 €	8 784,34 €	5	43 921,70 €
6	Identity Governance Suite ✓	31	Processor	98 865,93 €	16 093,18 €	16 061,08 €	1	16 061,08 €
7	Oracle Database Enterprise Management	35	Processor	76 959,00 €	18 594,45 €	18 592,65 €	8	148 741,20 €
8	Oracle database Enterprise Edition Integration	35	Processor	51 305,00 €	18 594,45 €	18 592,65 €	8	148 741,20 €
9	Oracle database Enterprise Edition Replication	35	Processor	46 569,00 €	18 594,45 €	18 592,65 €	8	148 741,20 €
10	Oracle database Enterprise Option	35	Processor	137 339,00 €	18 594,45 €	18 592,65 €	8	148 741,20 €
11	Oracle database Enterprise Option	35	Processor	137 339,00 €	18 594,45 €	18 592,65 €	8	148 741,20 €
12	Oracle database Enterprise Option	35	Processor	137 339,00 €	18 594,45 €	18 592,65 €	8	148 741,20 €
13	Oracle database Enterprise Management Suite	35	Processor	214 298,00 €	18 594,45 €	18 592,65 €	8	148 741,20 €
TOTAL								1 199 999,00 €

5. Esclareça e demonstre que a minuta do convite foi aprovada pelo órgão competente para a decisão de contratar.

«De acordo com os procedimentos vigentes neste instituto, a manifestação de necessidade é sempre acompanhada de convite e caderno de encargos, nos termos do n.º 2 do art. 40.º do CCP, bem como das peças financeiras (NPD e cabimento). Porém, verifica-se que a falta de aprovação de convite gera uma mera anulabilidade do ato, pelo que poderá o mesmo ser sanável ao abrigo do princípio do aproveitamento dos atos administrativos, o que não conduzirá à recusa de visto. Por outro lado, o convite foi enviado a todos os concorrentes ao mesmo tempo, não tendo sido por estes suscitada qualquer irregularidade, bem como tal facto não gerou quaisquer danos às entidades concorrentes. Tratando-se de um Acordo Quadro, com recurso ao upload das peças do procedimento na plataforma VortalGov, tendo sido assim devidamente publicitadas, e uma vez mais do conhecimento do Conselho Diretivo deste Instituto, somos de entendimento que este mero lapso, não causou qualquer desconformidade nem ao nível dos atos, não afetou o resultado, bem como não incorreu em qualquer violação de normas financeiras.»

6. Esclareça qual foi o prazo fixado para efeitos de apresentação das propostas, bem como demonstre, documentalmente, que convite foi enviado a todos os



concorrentes selecionados para cada lote, indicando a data de envio do mesmo.

«Em resposta e de acordo com elementos anteriormente remetidos a V. Ex^{as} (anexo III), os prazos são indicados diretamente na plataforma e de conhecimento officioso de quem a ela tem acesso, conforme quadro seguinte:

Quadro 6

Prazos	
Fuso Horário	(UTC) Dublin, Edinburgh, Lisbon, Lond
Prazo de validade das propostas apresentadas:	66 (Days)
Publicação na plataforma	13 horas atrás (17/04/2018 18:32:40(UTC) London (GMT Horário de Verão))
Decisão de Contratar	6 Dias atrás (11/04/2018 17:00:00(UTC) D London (GMT Horário de Verão))
Limite de Recepção de Candidaturas/Propostas	8 Dias para terminar (26/04/2018 17:00:00 Lisbon, London (GMT Horário de Verão))
Abertura de Candidaturas/Propostas	9 Dias para terminar (27/04/2018 14:00:00 Lisbon, London (GMT Horário de Verão))
Data Limite para Recepção de Esclarecimentos e Erros e Omissões	5 Dias para terminar (23/04/2018 12:00:00 Lisbon, London (GMT Horário de Verão))

Refere-se ainda que, com a “finalização do procedimento” na plataforma VortalGov (plataforma oficial utilizada para procedimentos de aquisição via Acordos Quadro), o convite e ainda o caderno de encargos foi remetido automaticamente para todas as entidades que aderiram ao Acordo Quadro da Espap para aquele tipo de licenciamento de software, que no caso em apreço foram 65 (sessenta e cinco) as entidades convidadas, conforme evidências em anexo (Anexo I).»

7. Atento o disposto no artigo 22.º do caderno de encargos do AQ e o disposto nas cláusulas 14.ª e 29.ª do caderno de encargos do presente procedimento, justifique legalmente a não adjudicação por lotes, face ao que se exige no n.º 2 do artigo 257.º do Código dos Contratos Públicos, demonstrando ainda por que motivo “a solução técnica a implementar impossibilita a análise por lote”.

«Atenta a complexidade da plataforma que o IMT, I.P. pretende implementar e face à necessidade de instalação e parametrização correta dos diferentes componentes que a compõem, tal não permite que a aquisição seja feita de forma individualizada, bem como, não permite que seja individualizada a sua instalação e configuração. Mais se informa que a articulação/configuração dos



vários componentes ao software Oracle em causa é bastante complexa, o que faz com que cada fornecedor se responsabilize pelo software instalado como um todo e não por partes de instalação, dado que em caso de anomalias seria impossível responsabilizar diferentes fornecedores. Ao individualizar, por lotes, iria fazer com que em caso de alguma anomalia na fase de instalação, configuração ou migração, atualizações futuras, dificilmente se conseguiria apurar qual a entidade responsável por forma a imputar responsabilidades e fazer acionar as garantias e, ou, sendo o caso, imputar as penalidades adequadas.»

8. Atento o disposto no n.º 3 do artigo 2.º do caderno de encargos do AQ justifique, ainda, porque motivo não foi adotado o Lote 68, face à respetiva especificidade.

«Dada a solução técnica que pretendemos implementar, somos a referir que o software a adquirir pretendeu-se que fosse contratualizado de forma individualizada (Lote a lote) e não por meio de “pacotes” de software como está previsto no Lote 68. Isto porque no Lote 68 estão incluídos outros produtos de software que não se adequam às necessidades deste Instituto, face à solução a implementar.

Importa ainda referir que em relação ao preço proposto indicado no AQ, pela aquisição individualizada ou por Pacote, os valores são significativamente diferentes como podemos demonstrar no exemplo seguinte para uma aquisição de um produto via Lote 31 e o produto via Lote 68 que não serão utilizados todos os elementos que o integram, representando assim um custo mais elevado, conforme anexo II e anexo III que se junta.»

9. Na sequência das questões anteriores justifique, legalmente, a exclusão da proposta da concorrente “Oramix – Sistemas de Informação, S.A.” dos lotes 31, 35 e 39, quando o respetivo preço era o mais baixo.

«A exclusão da concorrente Oramix, apesar do preço ser o mais baixo, ocorreu porque em face das necessidades do IMT, I.P. a mesma não respondeu em conformidade com o que foi pedido no caderno de encargos. Tanto assim é



que, aquando notificada do relatório preliminar, a Oramix não contestou a sua exclusão.»

- m) Finalmente, por ainda subsistirem algumas dúvidas, o contrato foi novamente devolvido ao IMT, em 09.11.2018, para prestação de novos esclarecimentos, tendo aquele instituto, em 12.12.2018, respondido nos seguintes termos:

1. Demonstre, documentalmente, que todos os fornecedores convidados se encontram qualificados no Acordo Quadro da ESPAP para os Lotes 13, 31, 35 e 39, tendo assim condições para poder apresentar proposta para todos os produtos pretendidos e em todos os Lotes a concurso.

«De acordo com os documentos n.ºs 1 a 6, que se anexam, é possível apurar que os fornecedores convidados teriam condições para apresentar propostas para os produtos constantes do AQ no que diz respeito aos Lotes 13,31, 35 e 39”.»

2. Em caso negativo, esclareça como se considera legalmente admissível a restrição da concorrência resultante da exigência imposta pelo critério de adjudicação estabelecido na cláusula 29.ª do caderno de encargos do procedimento.

«Face ao respondido na questão anterior consideramos que esta questão já se encontra esclarecida».

3. Sem prejuízo da resposta às questões anteriores, justifique legalmente a alteração do critério de adjudicação estabelecido no presente procedimento (adjudicação no conjunto de todos os Lotes) face ao estabelecido na cláusula 22.ª do Acordo Quadro (adjudicação por Lote), em violação do disposto no n.º 2 do artigo 257.º do CCP.

«O critério de adjudicação estabelecido no presente procedimento, o do mais baixo preço, com a ressalva, atenta à solução técnica a implementar, não configura em nosso entender uma alteração do previsto na cláusula 22.ª do AQ, uma vez que tal não se traduz numa alteração substancial das condições consagradas no AQ, por não terem sido alteradas as características dos bens e



dos serviços a adquirir ao abrigo do AQ, bem como do estabelecido em sede da aplicação do Código dos Contratos Públicos.

Em abono desta conclusão importa assinalar que a solução consagrada foi no sentido de assegurar que todos os cocontratantes dos lotes em causa tivessem acesso completo ao presente procedimento e nesse sentido não colocar entraves materiais a qualquer um dos princípios que regem a contratação pública.

Conforme anteriormente referido na questão 1., o convite foi enviado a todas as entidades - cfr. documentos n.º 1 a 6 -, tanto assim é que, no prazo destinado para o pedido de esclarecimentos nenhum dos cocontratantes colocou quaisquer questões ou assinalou a existência de algum entrave à apresentação de propostas. Bem como, após o decurso da tramitação do presente procedimento, nenhuma das entidades apresentou reclamação ao Relatório Preliminar em sede de audiência prévia dos interessados.

A inexistência de pedidos de esclarecimentos e de reclamações é revelador de que a solução técnica que este Instituto pretende implementar não suscitou qualquer dúvida perante os potenciais fornecedores dado que, tecnologicamente a interdependência entre diferentes produtos inviabilizaria a adoção de outra solução.

Acresce que, o IMT, I.P. está neste momento a terminar a implementação da Plataforma Operacional Digital (POD) pelo que, urge que se inicie, desde já, a implementação do Plano de Recuperação de Desastres (PRD) da Plataforma do IMT, I.P. de modo a salvaguardar as Plataformas Online deste Instituto em caso de desastre ou falha.

Esta plataforma de Disaster Recovery irá permitir criar a redundância à arquitetura existente destacando-se a (i) uniformização tecnológica (simplificar a implementação das tecnologias de suporte à redundância do sistema no seu todo); (ii) segurança (implementar medidas para cumprir com o novo Regulamento Europeu de Privacidade de dados-Regulamento (DE) 2016/679, implementando mecanismos de segurança de dados que admitam a separação das funções de administração e gestão dos dados, e que permita auditar o acesso às bases de dados).

Esta plataforma de contingência que presentemente urge implementar terá também a capacidade de suportar serviços complementares que o IMT, I.P.



necessita de implementar nos ambientes de Produção da Plataforma Operacional Digital.

Ora, num contexto em que, atentas as funcionalidades da solução a implementar bem como a sua interdependência, ficou demonstrado que seria impossível adotar uma solução técnica diversa da consagrada no caderno de encargos, ao mesmo tempo, todos os cocontratantes dos lotes abrangidos estavam em condições de apresentar propostas no procedimento pelo que, parece não haver razões materiais que militem no sentido da invalidade do procedimento.

Com efeito, a possibilidade de avaliar, no quadro do critério do preço mais baixo, propostas que compreendam produtos dos quatro lotes em apreço do AQ, não prejudicando, no caso concreto, o princípio da concorrência nem limitando o universo de potenciais concorrentes, encontra amparo em princípios relevantes do ordenamento jurídico-administrativo, como sejam o do aproveitamento do procedimento e da atividade contratual da administração, da eficiência administrativa e da proporcionalidade.

Em suma, e não se verificando, no caso concreto, qualquer violação dos princípios da concorrência, transparência e imparcialidade, nem tão pouco a alteração das regras do AQ, no que diz respeito ao objeto, termos, nem condições do AQ entendemos que não foi violado o disposto no n.º 2 do artigo 257.º do CCP, pelo que não deverá ser vedada a este Instituto a possibilidade de proceder à aquisição do licenciamento que melhor se adequa às necessidades de interesse público que o Procedimento visa acautelar ».

– DE DIREITO

5. Considerando-se assente a matéria de facto, cumpre, com base nela, apreciar as questões legais que o contrato em análise suscita.

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

6. A aquisição feita pelo IMT tem na sua base o Acordo-Quadro de Licenciamento de Software e Serviços Conexos (AQ-LS), que entrou em vigor em 13.04.2015,



celebrado pela Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (ESPAP), ao abrigo do disposto no artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹.

7. Este AQ-LS é constituído por vários lotes, relevando para o caso em apreço os lotes 13 – *Application Servers* (do Grupo 1 – Software de Infraestrutura), 31 – *Identity Management* (do Grupo 3 – Software de Segurança), 35 – *Database Management System* e 39 – *Enterprise Application Integration* (do Grupo 4 – Software de Desenvolvimento).
8. Com relevância para a questão em análise destacam-se as seguintes cláusulas do Caderno de Encargos do AQ-LS:
 - a) Artigo 2.º (Identificação e objeto do acordo quadro) – n.º 1 - «*O acordo quadro tem por objeto o licenciamento de software, em modalidade de aquisição perpétua, subscrição ou aluguer operacional, bem como, independentemente da modalidade, dos respetivos serviços conexos de instalação, migração tecnológica e assistência pós-venda, em todo o território nacional*».
 - b) Artigo 2.º (Identificação e objeto do acordo quadro) – n.º 5 - «*O presente acordo quadro disciplina as relações contratuais futuras a estabelecer entre os cocontratantes e a ESPAP, UMC, entidades adquirentes vinculadas e voluntárias*».
 - c) Artigo 5.º (Obrigação dos cocontratantes) – alínea a) - «*Apresentar proposta a todos os convites lançados ao abrigo do presente acordo quadro, desde que as soluções tecnológicas que possam oferecer cumpram com as especificações técnicas exigidas e estejam em condições de prestar os serviços nos prazos exigidos*».

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



- d) Artigo 6.º (Obrigações das entidades adquirentes na gestão do acordo quadro) – n.º 1, alínea c) - *«Efetuar os procedimentos aquisitivos segundo as regras definidas no presente acordo quadro».*
- e) Artigo 22.º (Critério de adjudicação nos procedimentos ao abrigo do acordo quadro) – n.º 1 - *«A adjudicação é feita ao nível do lote.»*

B) O contrato de aquisição de licenças de software

- 9. A aquisição de licenças de software pelo IMT foi, conforme referido em §4.c), autorizada por deliberação do respetivo conselho diretivo, em 11.04.2018.
- 10. Do convite à apresentação de propostas, enviado aos cocontratantes do AQ-LS, destacam-se, pela sua relevância no caso controvertido, as seguintes cláusulas:
 - a) Cláusula III – Procedimento de Aquisição: *«O presente convite é efetuado ao abrigo do “Acordo Quadro para Licenciamento de Software (AQ-LS-2015)” nos termos do artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aplicando-se-lhe, em tudo o que não estiver especialmente regulado, as disposições do Caderno de Encargos do Acordo Quadro referido»;*
 - b) Cláusula VIII – Critério de Adjudicação: *«O critério de adjudicação é o do mais baixo preço, nos termos previstos e definidos no AQ em apreço».*
- 11. Por outro lado, do caderno de encargos do procedimento aquisitivo do IMT consta a cláusula 30.^a – Critério de adjudicação, segundo a qual *«O critério de adjudicação é o do mais baixo preço (de acordo com o definido no AQ) pelo conjunto de todos os lotes, dada a solução técnica a implementar que impossibilita a análise por lote».*
- 12. Não obstante a entidade fiscalizada alegue que foram convidadas todas as empresas cocontratantes do AQ-LS (leia-se, 65), a verdade é que nem todos os fornecedores qualificados no AQ-LS teriam condições para apresentar proposta para todos os produtos pretendidos pela entidade fiscalizada, dentro de cada Lote.



Vejamos a título de exemplo:

Para o produto *Weblogic suite integration Pack*, que corresponde a um dos produtos que integram o Lote 13, conforme se verifica pela imagem infra, apenas se encontram qualificados para apresentar proposta os fornecedores TIMESTAMP e WINTRUST.

Início » AQ Licenciamento de Software (2015)
:: Software de Infraestrutura > Application Servers

Documentação
Manual dos Acordos Quadro (2018-10-01)

Crítérios de Pesquisa (mostrar avançados)
Nr. Acordo: (Todos) Num.: oracle Pesquisar: LimparPesquisar

Artigos 201-214 de 214 registos

Num.	Nr. Acordo	Co-contratante	Designação Comercial do Produto	Part Number	Marca	Versão
<input type="checkbox"/>	32	15.31.013.01	EVERGLEE	WebLogic Suite com WebLogic Server Management Pack e Cloud Management Pack for Middleware	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	27	15.31.013.01	ORAMIX	WebLogic Suite com WebLogic Server Management Pack e Cloud Management Pack for Middleware	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	32	15.31.013.01	WINTRUST	WebLogic Suite com WebLogic Server Management Pack e Cloud Management Pack for Middleware	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	41	15.31.013.01	TIMESTAMP-SI	WebLogic Suite com WebLogic Server Management Pack, Application Replay Pack e Real User Experience Insight (RUEI)	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	50	15.31.013.01	GLINTT-GIT	WebLogic Suite com WebLogic Server Management Pack, Application Replay Pack e Real User Experience Insight (RUEI)	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	13	15.31.013.04	IDW	WebLogic Suite com WebLogic Server Management Pack, Application Replay Pack e Real User Experience Insight (RUEI)	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	36	15.31.013.01	ORAMIX	WebLogic Suite com WebLogic Server Management Pack, Application Replay Pack e Real User Experience Insight (RUEI)	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	41	15.31.013.01	WINTRUST	WebLogic Suite com WebLogic Server Management Pack, Application Replay Pack e Real User Experience Insight (RUEI)	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	44	15.31.013.01	WINTRUST	Weblogic Suite Integration Pack	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	44	15.31.013.42	TIMESTAMP-BIW	Weblogic Suite Integration Pack	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	44	15.31.013.01	TIMESTAMP-SI	Weblogic Suite Integration Pack	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	42	15.31.013.01	TIMESTAMP-SI	Weblogic Suite Management Pack	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	42	15.31.013.01	WINTRUST	Weblogic Suite Management Pack	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	42	15.31.013.42	TIMESTAMP-BIW	Weblogic Suite Management Pack	Oracle	12c

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11

Comparação (Max. 5)
Adicionar artigos seleccionados Não existem artigos a comparar.

Também para o produto *Oracle Database Enterprise Edition Integration*, que corresponde a um dos produtos que integram o Lote 35, conforme se verifica pela imagem infra, apenas se encontram qualificados para apresentar proposta os mesmos fornecedores TIMESTAMP e WINTRUST.



Documentação
Manual dos Acordos Quadro (2018-10-01)

Critérios de Pesquisa (mostrar avançados)
Nr. Acordo: (Todos) ▼ Num.: Pesquisa: LimparPesquisar

Oracle Database Enterprise Ed

Artigos 41-51 de 51 registos

Num.	Nr. Acordo	Co-contratante	Designação Comercial do Produto	Part Number	Marca	Versão
<input type="checkbox"/>	23	15.31.035.01	AXIANSEU	Oracle Database Enterprise Edition com Real Application Clusters	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	21	15.31.035.01	Altran	Oracle Database Enterprise Edition com Real Application Clusters	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	21	15.31.035.01	TIMESTAMP-SI	Oracle Database Enterprise Edition com Real Application Clusters	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	43	15.31.035.01	IECI	Oracle Database Enterprise Edition com Real Application Clusters	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	5	15.31.035.01	ITEN	Oracle Database Enterprise Edition com Real Application Clusters	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	30	15.31.035.26	TIMESTAMP-BIW	Oracle Database Enterprise Edition Integration	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	30	15.31.035.01	WINTRUST	Oracle Database Enterprise Edition Integration	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	30	15.31.035.01	TIMESTAMP-SI	Oracle Database Enterprise Edition Integration	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	29	15.31.035.01	TIMESTAMP-SI	Oracle Database Enterprise Edition Replication	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	29	15.31.035.26	TIMESTAMP-BIW	Oracle Database Enterprise Edition Replication	Oracle	12c
<input type="checkbox"/>	29	15.31.035.01	WINTRUST	Oracle Database Enterprise Edition Replication	Oracle	12c

1 2 3

Saliente-se, aliás, que a fornecedora adjudicatária **TIMESTAMP** e a empresa **WINTRUST** eram as únicas empresas que podiam concorrer para todos os produtos pretendidos pelo IMT dentro de cada Lote a concurso, donde resulta que nem todos os fornecedores qualificados estavam, ao contrário do referido pelo IMT, em condições de apresentar proposta para o conjunto de lotes a concurso, o que, na prática, pode ter tido por consequência, uma restrição da concorrência.

13. Em linha com o que antecede, a verdade é que apenas foram recebidas duas propostas, uma da citada empresa **TIMESTAMP – Sistemas de Informação, SA**, com o preço de 1.199.999,00€, e outra da empresa **ORAMIX - Sistemas de Informação, SA**, com o preço de 1.196.299,43€².
14. No entanto, a proposta da empresa **ORAMIX** foi excluída, ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP, com o fundamento de que a empresa não apresentou proposta para todos os lotes em concurso, concretamente, para o Lote 13, uma vez que não apresentou cotação para os produtos “*Soa Suite Management Pack*” e “*Weblogic Suite Integration*”.
15. Consequentemente, e como consta do Relatório Final do Júri, datado de 10.05.2018, foi proposta a adjudicação das prestações em causa à empresa **TIMESTAMP –**

² Não obstante a proposta da **ORAMIX** não cobrisse a totalidade do Lote 13.



Sistemas de Informação, SA, pelo valor de 1.199.999,00€, a qual mereceu despacho de concordância por parte do conselho diretivo do IMT, em 16.05.2018.

C) A desconformidade entre o AQ-LS e o procedimento aquisitivo lançado pelo IMT

16. Relacionando os requisitos constantes do AQ-LS com o procedimento aquisitivo lançado pelo IMT, verificamos existir uma clara desconformidade ao nível do processo adjudicatório com reflexo direto na escolha da entidade contratada.
17. Com efeito, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 21.º do caderno de encargos do AQ-LS, *«nos procedimentos ao abrigo do acordo quadro as entidades adquirentes devem convidar os cocontratantes do lote do acordo quadro ao abrigo do qual será lançado o procedimento, nos termos do artigo 259.º do CCP»*.
18. Por outro lado, o artigo 22.º, n.º 1 do caderno de encargos do AQ-LS concretiza que *«A adjudicação é feita ao nível do lote.»*. Daqui se infere, sem qualquer dúvida, que, ainda que o procedimento seja lançado para a aquisição de produtos ou serviços de vários lotes, a adjudicação deve ser feita lote a lote, uma vez que os cocontratantes qualificados para cada lote são diferenciados face aos dos restantes lotes.
19. Esse foi, aliás, o esclarecimento prestado pela ESPAP a um dos concorrentes do AQ-LS que, perante a questão “É correto o entendimento de que é permitido concorrer a apenas alguns lotes em cada grupo?”, respondeu, “sim”.³
20. No entanto, o IMT optou, em linha com o definido na cláusula 30.^a do seu caderno de encargos, por estabelecer que a adjudicação seria feita pela globalidade dos lotes, contrariando, desse modo, e frontalmente, o disposto no artigo 22.º, n.º 1 do caderno de encargos do AQ-LS.
21. Tal decisão, para além de, na perspetiva meramente formal, violar o quadro jurídico-normativo a que se autovinculou, teve ainda, como já se sublinhou, uma

³ Informação disponível em https://www.espap.pt/Documents/servicos/compras/AQ_LS2013_EsclarecimentoseRetificacoes_.l.pdf



implicação direta na distorção da concorrência. É que, ao exigir a apresentação de proposta para 4 lotes de produtos pertencentes a 3 grupos distintos (dado que a adjudicação seria feita em bloco), a entidade adjudicante limitou, de forma drástica, a possibilidade de apresentação de propostas por parte das empresas que apenas estariam qualificadas para algum ou alguns dos lotes, mas não para todos os lotes a concurso, como aliás, se viu, de forma efetiva, com a exclusão de uma dessas empresas.

- 22.** Questionado sobre o assunto, o IMT justificou a adjudicação conjunta de todos os lotes com o argumento de “a solução técnica a implementar impossibilita(r) a análise por lote”.

Tal argumento não colhe uma vez que o próprio AQ-LS apresenta solução para esse tipo de situações, ao prever um Lote 68 (Pacotes de software), cujo objetivo é precisamente o de agregar as necessidades, conforme se pode ler no n.º 3 do artigo 2.º do caderno de encargos do AQ-LS: *«O lote 68 compreende produtos de software que foram propostos nos lotes 1 a 67 e que, por estarem relacionados entre si, são usualmente adquiridos em conjunto.»*. Em suma, se o IMT pretendesse, em cumprimento do AQ-LS, adjudicar, em conjunto, os produtos constantes dos citados lotes 13, 31, 35 e 39, deveria ter submetido à concorrência esses produtos enquadrados no Lote 68 (pacotes de software), e não, de forma autónoma, como fez.

- 23.** Questionado porque não foi adotada uma aquisição através do lote 68, respondeu o IMT que *«Dada a solução técnica que pretendemos implementar, somos a referir que o software a adquirir pretendeu-se que fosse contratualizado de forma individualizada (Lote a Lote) e não por meio de “pacotes” de software como está previsto no Lote 68. Isto porque no Lote 68 estão incluídos outros produtos de software que não se adequam às necessidades deste Instituto, face à solução a implementar»*. Tal argumento não é, porém, satisfatório, uma vez que, como referimos, o lote 68 poderia ser “construído” pela entidade adjudicante, à sua medida, tendo por referência os produtos e serviços discriminados nos antecedentes lotes 1 a 67.



24. Assim, ao efetuar a aquisição ao abrigo daquele AQ-LS, sem que, porém, se desse total cumprimento ao determinado nesse acordo-quadro, verificou-se, de forma objetiva, a violação, por parte do IMT, do disposto no artigo 6.º, n.º 1, al. c) do Caderno de Encargos do AQ-LS que, em matéria de obrigações das entidades adquirentes na gestão do acordo quadro, determina que estas devem *«Efetuar os procedimentos aquisitivos segundo as regras definidas no presente acordo quadro»*.
25. Verificou-se, conseqüentemente, a violação do disposto no artigo 257.º, n.º 2 do CCP segundo o qual *«da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos»*.
26. Acresce que o IMT poderia, em alternativa, ter optado por efetuar a aquisição fora desse acordo quadro, nos termos admitidos pelo artigo 5.º, n.º 4, parte final, do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, o que seria permitido, desde que obtida a prévia autorização expressa do Ministro das Finanças.
27. A adjudicação conjunta de todos os lotes ao mesmo fornecedor, em lugar da adjudicação autónoma, lote a lote, representa uma alteração substancial face ao determinado no AQ-LS.
28. Sobre o conceito de “alteração substancial” este Tribunal de Contas já teve ocasião de se pronunciar em anteriores arestos, tais como o Acórdão n.ºs 01/2018 – 9.JAN - 1.ª S/SS, mantido pelo Acórdão n.º 8/2018 – 2.MAI/1.ª S-PL, o Acórdão n.º 28/2010, de 3.NOV – 1.ª S/PL, ou ainda o Acórdão n.º 7/2015-9.JUN-1.ª S/SS, segundo o qual *«qualquer alteração relativa a parâmetros base de aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência devem ser considerados alterações substanciais do caderno de encargos»*.
29. Também a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem considerado que se está perante uma “alteração substancial” quando tenham sido introduzidas no procedimento condições que impactam no número de concorrentes, seja pela sua atração, seja pelo seu afastamento do procedimento



aquisitivo⁴. E esse é o caso, na questão em análise, uma vez que, como já se referiu, a opção por uma adjudicação agregada dos lotes – em violação das regras estabelecidas no AQ-LS - fez com que apenas dois concorrentes apresentassem proposta, sendo, inclusive, um deles excluído por não apresentar proposta que cobrisse todos os lotes.

30. Ademais, é possível, no caso concreto, concluir que esta opção do IMT teve impacto direto no resultado final da adjudicação, uma vez que, tendo presente o critério de adjudicação adotado – o do mais baixo preço - e os preços apresentados por ambos os concorrentes (conforme se ilustra no quadro seguinte), a adjudicação dos lotes 31, 35 e 39 deveria ter sido feita ao concorrente excluído, ORAMIX – Sistemas de Informação, S.A.

Quadro 7

Lote	ORAMIX			TIMESTAMP		
	Preço das Licenças	Preços dos serviços de instalação e configuração	Preços dos serviços de migração aplicacional	Preço das Licenças	Preços dos serviços de instalação e configuração	Preços dos serviços de migração aplicacional
31	€ 15 792,00	€ 146,29	€ 117,03	€ 15 797,76	€ 146,29	€ 117,03
35	€ 1 023 932,00	€ 9 400,00	€ 7 500,00	€ 1 024 119,04	€ 9 483,04	€ 7 586,32
39	€ 28 037,00	€ 260,06	€ 208,05	€ 28 085,00	€ 260,06	€ 208,04
PARCIAL	€ 1 067 761,00	€ 9 806,35	€ 7 825,08	€ 1 068 001,80	€ 9 889,39	€ 7 911,39
TOTAL	€ 1 085 392,43			€ 1 085 802,58		

D) Consequências geradas pela desconformidade entre o AQ-LS e o procedimento aquisitivo lançado pelo IMT

31. Resulta, pois, de todo o processado que, no caso em análise, estamos perante um contrato público celebrado em resultado de um procedimento aquisitivo que,

⁴ Nesse sentido vide, a título de exemplo, o Acórdão de 05.10.2000, proferido no Processo C-337/98, Comissão/França, do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), onde se advoga que a modificação substancial que envolva o objeto do contrato deve ser equiparada à celebração de um novo contrato, implicando novo concurso, ou o Acórdão *Pressetext*, de 19.06.2008, no qual se realça que as alterações introduzidas ao contrato público no decurso da sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato quando apresentem características substancialmente diferentes das contidas no contrato inicial.



apesar de formalmente anunciar a sua conformação com o AQ-LS da ESPAP, não respeitou, em substância, essa disciplina jurídico-legal, mormente porque o critério de adjudicação adotado (“*o do mais baixo preço, pelo conjunto de todos os lotes*”) não cumpriu o preceituado no artigo 22.º, n.º 1 do caderno de encargos do AQ-LS, segundo o qual a adjudicação deveria ter sido feita lote a lote.

32. Estamos, assim, perante uma verdadeira alteração substancial das condições contratuais face às previstas no AQ-LS, representando tal alteração uma violação do disposto no artigo 257.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, segundo o qual *«da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos»*.
33. Consequentemente, a aquisição em causa não poderá acomodar-se no AQ-LS, pelo que se subsume, na prática, a uma aquisição direta, da qual resultou um contrato que *«(...) apesar de se acolher formalmente ao AQ-LS, está já situado à margem dele, ao adotar um modelo contratual que lhe escapa (...)»*.
34. Ora, a adoção de uma aquisição direta – porque não sustentada pelo AQ-LS – configura, tal como defendido em anteriores arestos deste Tribunal, a preterição total do procedimento legalmente exigido, o que, nos termos do artigo 161.º, n.º 2, alínea l) do Código do Procedimento Administrativo, determina a nulidade do referido procedimento, sendo, conseqüentemente, nulo o contrato dele derivado.
35. Acresce que o IMT, enquanto entidade compradora vinculada ao Sistema Nacional das Compras Públicas (SNCP), nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, estava, por força do n.º 4 do artigo 5.º do mesmo diploma, obrigado a efetuar a aquisição em análise em estrito cumprimento do disposto no AQ-LS, o que, como vimos, não sucedeu, sendo que poderia, em alternativa, ter efetuado essa aquisição fora do acordo quadro, nos termos admitidos pelo artigo 5.º, n.º 4, parte final, do citado Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, o que seria permitido, desde que obtida a prévia autorização expressa do Ministro das Finanças, o que também não se verificou.

Consequentemente, estabelece o n.º 6 do citado artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro que *«São nulos os contratos relativos a obras, bens móveis e serviços celebrados em violação do disposto no n.º 4, sem prejuízo da*



responsabilidade disciplinar, civil e financeira que ao caso couber, nos termos gerais de direito».

36. As nulidades suprarreferidas constituem fundamento legal para recusa de visto ao contrato em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
37. Por outro lado, a preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, em face do quadro normativo estabelecido pelo AQ-LS, associada a uma inevitável “perturbação ou distorção da concorrência”, objetivamente visível na exclusão de uma proposta que, por aplicação do critério de adjudicação, poderia ser a adjudicatária em alguns dos lotes a concurso, consubstancia igualmente uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado artigo 44.º da LOPTC, constitui, igualmente, motivo de recusa de visto do referido contrato.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto nas alíneas a) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato identificado em §1.

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, 20 de dezembro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Fernando Oliveira Silva, relator)



(Mário Mendes Serrano)

(Paulo Dá Mesquita)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto,
