



DECISÃO N.º 3/2024-FP/SRMTC

Data: 11/01/2024

Processo de F. P. n.º 109/2023

Relator: Juiz Cons.º Paulo H. Pereira Gouveia

Sessão Semanal Ordinária

Processo de fiscalização prévia n.º 109/2023 (SRMTC)

DECISÃO N.º 3/2024-FP/SRMTC

I – INTRODUÇÃO

A entidade Região Autónoma da Madeira, através da Direção Regional de Informática (DRI), submete à fiscalização prévia do Tribunal de Contas:

- o contrato para a modernização da infraestrutura tecnológica dos centros de dados (*datacenters*) dos órgãos de governo próprio e da Administração Pública Regional (lotes 1 a 4), celebrado entre a REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA, através da Direção Regional de Informática, e a empresa MC – COMPUTADORES, S.A. a 26 de outubro de 2023 pelo preço de 3 599 835,42 € (s/IVA).

A entidade requerente, como consta do presente processo, pronunciou-se sobre as questões a resolver colocadas pelo tribunal e abaixo analisadas.

*

Nada impede o conhecimento do objeto deste processo de fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas.

*

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - FUNDAMENTOS DE FACTO: OS FACTOS RELEVANTES¹ PROVADOS

Com base nos documentos juntos ao presente processo e para o que aqui interessa, está provada a seguinte “matéria de facto”:

1) Em 22/08/2023, mediante despacho do Secretário Regional de Finanças, foi autorizada a abertura de um concurso público com publicidade internacional, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º do CCP, para efeitos de modernização da infraestrutura tecnológica dos centros de dados (*datacenters*) dos órgãos de governo próprio e da Administração Pública Regional em quatro lotes, distribuídos do seguinte modo:

¹ Para a concreta decisão a tomar aqui. Não se trata dos factos (provados e não provados) como num processo de partes (cf. CPC ou CPTA).

a. Lote 1 – Infraestrutura Tecnológica dos Datacenters da Administração Pública Regional.

b. Lote 2 – Datacenter da Administração Pública Regional – Offsite Backup.

c. Lote 3 – Infraestrutura Tecnológica do Datacenter da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira.

d. Lote 4 – Infraestrutura tecnológica da AT-RAM e Direção Regional de Estatística da Madeira.

2) O procedimento de contratação pública em apreço, que mereceu a referência interna na DRI “n.º DRI-32-CP-2023”, foi publicitado mediante anúncio publicado em 24 de agosto de 2023 no Diário da República, II Série, n.º 164, e em 29 de agosto de 2023 no Jornal Oficial da União Europeia, S165.

3) A contratação ora sujeita a visto prévio enquadra-se no Programa de Recuperação e Resiliência (PRR), designadamente no “(...) projeto “P.14 – Centralização e Renovação de datacenters existentes” do Eixo 1 da Componente 19, Investimento 5 da Dimensão Transição Digital do PRR – RAM – DRI”², tendo o respetivo procedimento sido lançado pelo preço base total de 3 600 000,00€³, o qual foi distribuído do seguinte modo:

a. Lote 1 – 2 905 977, 00€;

b. Lote 2 – 79 840,00€;

c. Lote 3 – 497 791,00€;

d. Lote 4 – 116 392,00€.

4) O Contrato de financiamento destinado à concessão do apoio financeiro para efeitos da realização do investimento “C19 – i05 – RAM – Transição Digital da Administração Pública da RAM, sub-investimento C19-I05.01 – Transição Digital da Administração Pública da RAM – DRI” (inserido no Plano de Recuperação e Resiliência) foi celebrado a 05 de maio de 2022 entre o Instituto de Desenvolvimento Regional, IP-RAM (IDR, IP-RAM) e a Direção Regional de Informática.

5) De acordo com o **ponto 5 do Anexo II (Orientação Técnica Específica) ao mencionado Contrato de Financiamento**, constituem **despesas elegíveis** “(...) todas as despesas que se destinem, exclusivamente, à concretização do Investimento contratualizado entre o IDR, IP-RAM e a DRI, desde que estejam em conformidade com o texto do PRR aprovado e com as regras de elegibilidade nesta OTE (...)”, e **despesas não elegíveis**, entre outras:

² Cfr. a Informação n.º INF/2301/2023, de 17/08/2023.

³ Cfr. a cláusula 16.ª do Caderno de Encargos.

“(…)

b) *Os custos normais de funcionamento, não previstos no Investimento contratualizado, bem como **custos de manutenção, e custos relacionados com atividades de tipo periódico ou contínuo;***

(…)” – negritos nossos.

6) Nos termos do ponto 6 do mencionado Anexo II, “[a] *taxa de financiamento do Investimento é de 100% do valor global elegível, até ao limite máximo indicado no ponto 15. **Considera-se valor global elegível a soma dos valores das despesas consideradas elegíveis*** (…)” – negritos nossos.

7) O preço base do presente procedimento foi definido com recurso a uma consulta preliminar ao mercado, invocando-se o artigo 35.º-A do CCP.

8) Os anexos ETF que integraram a consulta preliminar efetuada ao mercado, o caderno de encargos e a proposta do adjudicatário, respeitantes aos lotes 1 (item 26, 27, 28, 29 e 31) e 3 (item 8 e 9), previam, como característica técnica mínima, que os equipamentos/as soluções em causa deveriam “*incluir suporte e manutenção para 36 meses no regime 24 x 7 x 4h*”.

9) Em 03/10/2023, mediante despacho do Secretário Regional de Finanças, todos os lotes objeto do procedimento supramencionado, foram **adjudicados** à empresa MC – Computadores, S.A., pelo preço contratual total de 3 599 835,42€ (s/IVA).

10) **O contrato, outorgado a 26/10/2023, produz efeitos** “(…) *no dia seguinte ao dia em que o cocontratante for notificado pelo contraente público dos emolumentos do Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia, e dos seus efeitos financeiros após o pagamento dos correspondentes emolumentos*” (cfr. a cláusula oitava do contrato), **sendo válido por um prazo de 36 (trinta e seis) meses**, conforme disposto na cláusula segunda do título jurídico ora sujeito a visto.

11) **O objeto contratual** encontra-se definido na cláusula 1.ª do instrumento jurídico ora sujeito a visto, o qual dispõe que:

“1. *O presente contrato tem por objeto principal a Modernização da Infraestrutura Tecnológica dos Centros de Dados (Datacenters) dos Órgãos de Governo Próprio e da Administração Pública Regional, constante dos Lotes 1, 2, 3 e 4 deste procedimento, pela Direção Regional de Informática, nos termos, condições e especificações técnicas e funcionais definidas no Caderno de Encargos com a devida adaptação às exigências operacionais, fiscais e legais em vigor na RAM, durante a vigência do contrato.*

2. **O contrato contempla, ainda, a aquisição de serviços de manutenção e assistência técnica**, nos termos definidos no Caderno de Encargos” – negrito nosso.

12) Assim, de acordo com o n.º 2 da cláusula 3.ª do Caderno de Encargos, durante a execução do contrato, a empresa cocontratante, **obriga-se a:**

“a) Fornecer os bens em estado novo, em rigoroso cumprimento com as especificações técnicas e funcionais definidas e restantes termos e condições exigidos no presente Caderno de Encargos, nos prazos definidos na Cláusula 6.ª e nas quantidades definidas na Cláusula 26.ª;

b) Cumprir com as garantias dos bens fornecidos e serviços prestados, nos termos da Cláusula 10.ª;

*c) **Cumprir rigorosamente com a prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica, durante o período de vigência do contrato**, nas condições definidas nas Cláusula 11.ª e Cláusula 12.ª do presente Caderno de Encargos, sem custos adicionais, condições estas, não oponíveis com quaisquer outras condições mais restritivas por parte dos fabricantes relativamente às prestações dos referidos serviços de manutenção e assistência técnica;*

(...)” – negrito nosso.

13) Relativamente às prestações referentes à aquisição de bens, dispõe o n.º 1 da cláusula 6.ª do Caderno de Encargos, que “[a] entrega dos bens adquiridos no âmbito do presente contrato, deverá ser realizada no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias a contar da data de início da produção de efeitos do contrato”, a qual se inicia após a eventual concessão do visto prévio pelo Tribunal de Contas, conforme mencionado no ponto 9) supra.

14) A componente contratual atinente a prestação de serviços engloba, por um lado, os serviços de instalação dos bens adquiridos, e, por outro lado, os serviços de manutenção e assistência técnica.

15) No que respeita aos serviços de manutenção e assistência técnica, a cláusula 11.ª do Caderno de Encargos determina que:

“1. O contrato a celebrar deverá contemplar os serviços de manutenção e assistência técnica, em conformidade com o previsto na presente Cláusula.

2. O serviço de manutenção e assistência técnica deverá estar operacional, das 08h as 22h, 7 dias por semana, contactável por telefone, correio eletrónico ou sistema informático, e deverá assegurar o registo de todas as ocorrências que lhe sejam notificadas pela entidade adjudicante.

3. Consideram-se incluídos nos serviços de manutenção e assistência técnica:

a) Serviços de manutenção preventiva, constituídos por todos os serviços a praticar de acordo com a periodicidade, condições e especificações definidos pelo fabricante dos bens;

b) Serviços de manutenção corretiva, constituídos por todos os serviços que têm como finalidade a reposição das condições normais de funcionamento dos bens, sempre que ocorram falhas ou avarias.

4. Os serviços de manutenção preventiva e corretiva devem englobar todas as operações de diagnóstico, o fornecimento de componentes e de peças originais e a sua respetiva instalação, nomeadamente:

- a) Operações de diagnóstico e teste;
- b) Atualização de releases de software e firmware dos bens fornecidos / disponibilizados (se aplicável);
- c) Reparação de todas as falhas e avarias;
- d) Fornecimento e colocação em uso de todas as peças e componentes necessários ao bom funcionamento dos bens;
- e) Reinstalação e recolocação das definições em condições normais de uso;
- f) Disponibilização da mão-de-obra necessária;
- g) Substituição dos bens em caso de avaria não reparável;
- h) Todos os encargos relativos ao transporte de produtos e à deslocação de pessoal, bem como à sua eventual acomodação;
- i) Indemnização por prejuízos eventualmente causados a pessoas ou bens decorrentes de produtos defeituosos.

5. As ações de manutenção devem ter lugar no local de funcionamento do bem em causa, na Região Autónoma da Madeira, exceto nos casos em que se verifique ser manifestamente impossível a resolução nesse local do problema.

6. A permanência do cocontratante nas instalações da entidade adjudicante, ou nas entidades onde foram instalados os bens e serviços, que implique paragem dos bens instalados, deve ocorrer fora das horas úteis da entidade adjudicante ou das entidades onde foram instalados os bens e serviços, salvo, quando devidamente autorizado, em situações necessárias à resolução das anomalias verificadas, ou noutras devidamente justificadas.

7. Nos casos em que seja manifestamente impossível a resolução de problemas no local de funcionamento do bem nos termos do número anterior, deve o cocontratante proceder à substituição temporária do mesmo enquanto decorrer a reparação, mediante autorização escrita da entidade adjudicante.

8. Caso a taxa de avaria anual de um componente ou de um bem, de um mesmo lote de fabrico, for igual ou superior a 5% do número total de equipamentos adquiridos desse lote, a mesma será entendida como defeito de fabrico, obrigando-se o cocontratante a substituir o referido componente ou equipamento em todos os bens adquiridos, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias úteis após notificação escrita do contraente público.

9. O cocontratante obriga-se a cumprir os níveis de serviço definidos na Cláusula 12.ª, em termos dos níveis do serviço, prazo de resposta a solicitações e reparação/substituição dos bens, em caso de falha.

10. Caso o cocontratante não tenha iniciado a correção da anomalia ou do defeito detetado nos prazos indicados na Cláusula 12.^a, o contraente público pode recorrer a terceiros para efetuar a reparação em causa, sendo os respetivos custos suportados pelo cocontratante, sem prejuízo da aplicação das penalidades a que haja lugar, nos termos da Cláusula 18.^a, até que a reparação se encontre concluída.

11. Sem prejuízo do referido nos números anteriores, o cocontratante é ainda responsável por outros danos decorrentes da anomalia ou defeito encontrados nos bens durante a vigência do contrato.”

16) A cláusula 12.^a da mesma peça do procedimento, relativa aos “níveis de serviço associados à manutenção e assistência técnica”, **determina que:**

“1. O cocontratante deverá prestar os serviços de manutenção e assistência técnica, durante o período de vigência do contrato, nos seguintes termos:

a) O 1º nível de contacto com as entidades será garantido exclusivamente pela entidade responsável pela gestão da manutenção do presente contrato (DRI);

b) Na impossibilidade de resolução do incidente no 1º nível, o cocontratante (2º nível) será notificado da ocorrência, com todos os dados necessários à resolução da mesma e da respetiva prioridade de resolução atribuída;

c) Finalizada a intervenção o cocontratante deverá enviar à DRI, em formato eletrónico, um relatório detalhado da intervenção realizada. Nesse relatório deverá constar a identificação da ocorrência, a descrição do problema e respetiva resolução, o tempo de resolução, a data e o nome do técnico responsável pela resolução;

d) Os serviços de assistência técnica a prestar pelo 2º nível deverão ser realizados de acordo com os seguintes termos:

i. Prioridade um (P1): uma ocorrência que impede integralmente o funcionamento do bem fornecido / disponibilizado, impedindo o normal decurso das funções desempenhadas por esse bem;

ii. Prioridade dois (P2): uma ocorrência ou questão não enquadradas no nível um, mas que ocorre com frequência e perturba o normal decurso das funções desempenhadas por esse bem;

iii. Prioridade três (P3): outro qualquer tipo de ocorrência ou questão, não enquadradas nem na prioridade um nem na prioridade dois.

2. O nível de prioridade da ocorrência ou da questão é determinado pela entidade responsável pela gestão da manutenção do presente contrato, com base na ponderação da informação prestada pelo responsável ou utilizador do bem, aquando da notificação e da análise da ocorrência.

3. A resposta do cocontratante será dada em função das seguintes prioridades:

a) Para a Prioridade um (P1), o fornecedor deverá afetar os recursos necessários à resposta o mais rapidamente possível, para que a resolução da ocorrência, não ultrapasse as 24 horas, após a receção da notificação;

b) Para a Prioridade dois (P2), o fornecedor deverá afetar os recursos necessários a uma resposta rápida, para que a resolução da ocorrência, não ultrapasse as 48 horas, após a receção da notificação;

c) Para a Prioridade três (P3), o fornecedor deverá afetar os recursos necessários à resposta, para que a resolução da ocorrência, não ultrapasse as 72 horas, após a receção da notificação.”

17) De acordo com a cláusula 17.ª do Caderno de Encargos, bem como com a cláusula quarta do Contrato, relativas ao preço e condições de pagamento:

“1. **Pelo** fornecimento/disponibilização dos bens **e a** prestação dos serviços objeto do contrato, **bem como pelo cumprimento das demais obrigações constantes do presente Caderno de Encargos**, o contraente público deve pagar ao fornecedor o preço nos termos e em conformidade com a proposta adjudicada, acrescido de IVA à taxa legal em vigor na Região Autónoma da Madeira, se este for legalmente devido.

2. O preço referido no número anterior **inclui todos** os custos, encargos e despesas cuja responsabilidade não esteja expressamente atribuída à DRI, **incluindo** as despesas de estadas, alimentação e deslocação de meios humanos, despesas de aquisição, transporte, armazenamento e manutenção de meios materiais bem como quaisquer encargos decorrentes da utilização de marcas registadas, patentes ou licenças.

3. Deverão ser emitidas 2 (duas) faturas, sendo que a 1.ª fatura no valor de 80% do valor adjudicado, deverá ser emitida após a aceitação da totalidade dos bens, e a 2.ª **fatura no valor de 20% do valor adjudicado, após a aceitação dos serviços prestados (se aplicável), nos termos da Cláusula 8.ª, mediante a entrega por parte do cocontratante de um relatório detalhado, com a descrição dos serviços prestados e bens instalados por local, a ser validado pelo contraente público.**

4. A faturação deverá também incluir os serviços de manutenção e assistência técnica associados.

5. O relatório detalhado referido no n.º 3, deverá identificar de forma inequívoca, os serviços prestados e bens instalados por local, e deverá ainda ser acompanhado de um diagrama técnico da infraestrutura de rede de comunicações de dados e voz que identifique a localização dos bens instalados, e as configurações das diferentes soluções implementadas, configurando-se este relatório num instrumento indispensável à formalização dos atos de aceitação por parte do contraente público, nos termos da Cláusula 8.ª.

6. O pagamento das faturas relativas ao objeto do contrato é efetuado no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da sua receção pelo contraente público, as quais só podem ser emitidas após o vencimento da obrigação respetiva, configurando tal prazo a necessidade de validação e confirmação das obrigações, conforme disposto no n.º 4 do artigo 299.º do CCP, em consonância com o n.º 3 do artigo 4.º e n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio.

7. *Em caso de discordância por parte do contraente público, quanto à conformidade dos bens fornecidos / disponibilizados e serviços prestados com as condições do contrato e/ou o valor indicado na fatura, deve este comunicar ao fornecedor, por escrito, os respetivos fundamentos, ficando o fornecedor obrigado a prestar os esclarecimentos necessários e/ou proceder à emissão de nova fatura corrigida, iniciando-se, nessa data, o prazo referido no número anterior” – negritos NOSSOS.*

18) Também a cláusula quarta do contrato determina que:

1. *O encargo total máximo resultante do presente contrato, a suportar pela DRI, é de 3 599 835,42 € (três milhões quinhentos e noventa e nove mil oitocentos e trinta e cinco euros e quarenta e dois cêntimos), a que acresce IVA à taxa legal em vigor.*

2. *O preço referido no número anterior inclui todos os custos, encargos e despesas cuja responsabilidade não esteja expressamente atribuída à DRI, incluindo as despesas de estadas, alimentação e deslocação de meios humanos, despesas de aquisição, transporte, armazenamento e manutenção de meios materiais, bem como quaisquer encargos decorrentes da utilização de marcas registadas, patentes ou licenças.*

3. *Deverão ser emitidas 2 (duas) faturas, sendo que a 1.ª fatura no valor de 80% do valor adjudicado, deverá ser emitida após a aceitação da totalidade dos bens, e a 2.ª fatura no valor de 20% do valor adjudicado, após a aceitação dos serviços prestados (se aplicável), nos termos da Cláusula 8.ª do Caderno de Encargos, mediante a entrega por parte do cocontratante de um relatório detalhado, com a descrição dos serviços prestados e bens instalados por local, a ser validado pela DRI.*

4. A faturação deverá também incluir os serviços de manutenção e assistência técnica associados.

5. *O relatório detalhado referido no n.º 3, deverá identificar de forma inequívoca, os serviços prestados e bens instalados por local, e deverá ainda ser acompanhado de um diagrama técnico da infraestrutura de rede de comunicações de dados e voz que identifique a localização dos bens instalados, e as configurações das diferentes soluções implementadas, configurando-se este relatório num instrumento indispensável à formalização dos atos de aceitação por parte da DRI, nos termos da Cláusula 8.ª do Caderno de Encargos.*

6. *O pagamento das faturas relativas ao objeto do contrato é efetuado no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da sua receção pela DRI, as quais só podem ser emitidas após o vencimento da obrigação respetiva, configurando tal prazo a necessidade de validação e confirmação das obrigações, conforme disposto no n.º 4 do artigo 299.º do CCP, em consonância com o n.º 3 do artigo 4.º e n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio.*

7. *Em caso de discordância por parte da DRI, quanto à conformidade dos bens fornecidos / disponibilizados e serviços prestados com as condições do contrato e/ou o valor indicado na fatura, deve esta comunicar ao cocontratante, por escrito, os respetivos fundamentos, ficando o cocontratante obrigado a prestar os esclarecimentos necessários e/ou proceder à emissão de nova fatura corrigida, iniciando-se, nessa data, o prazo referido no número anterior.*

8. Configura «atraso de pagamento» qualquer falta de pagamento do montante devido no prazo contratual, tendo o cocontratante cumprido as respetivas obrigações, salvo se o atraso não for imputável à DRI, em conformidade com o disposto na alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio.

9. São devidos e aceites «juros de mora», que se vencem automaticamente, sem necessidade de interpelação, após o termo do prazo referido no n.º 6, com a ressalva prevista no n.º 7.”

19) Os encargos decorrentes da presente contratação foram autorizados e escalonados através da Portaria da Secretaria Regional das Finanças n.º 610/2023, de 22 de agosto de 2023, publicada no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, I Série, n.º 155, de 23 de agosto, do seguinte modo:

“Ano económico de 2023.....€2 880 000,00
Ano económico de 2024.....€720 000,00”.

20) Em sede de verificação preliminar neste tribunal, foi a entidade pública interpelada, através do nosso ofício n.º S 4566/2023 de 2023/11/10, para que, entre outros aspetos:

→ Explanasse por que razão os encargos emergentes da presente contratação se encontravam escalonados somente para os anos económicos de 2023 e de 2024, quando o prazo contratual do título jurídico em apreço é de “(...) 36 meses (trinta e seis) (...)”, nos termos da cláusula segunda do contrato;

→ Informasse de que modo foram fixados e redistribuídos os encargos orçamentais para o ano económico em curso, bem como para os anos económicos seguintes, atendendo a que o presente instrumento jurídico foi outorgado pelo preço contratual de 3 599 835,42€ (cfr. a cláusula quarta do contrato).

21) Através do requerimento de resposta n.º 125/2023 de 17 de novembro, a DRI veio informar que:

✓ “(...) Efetivamente, os encargos emergentes da presente contratação encontram-se escalonados somente para os anos económicos de 2023 e de 2024, apesar do prazo contratual do título jurídico em apreço ser de “36 meses (trinta e seis) (...)”, nos termos da cláusula segunda do contrato.

Contudo, não se pode olvidar que, de acordo com o ponto 5 da Orientação Técnica Específica do Anexo II do contrato de financiamento, datado de 3 de maio de 2022, e celebrado entre o Instituto de Desenvolvimento Regional, IP-RAM, e a Direção Regional de Informática, sob a epígrafe “despesas elegíveis e não elegíveis”, as “despesas são elegíveis se realizadas e efetivamente pagas pela DRI ou pelas terceiras entidades com as quais estabeleceu protocolos ou instrumentos análogos entre 1 de fevereiro de 2020 e 30 de junho de 2026, sem prejuízo das demais regras de elegibilidade de despesas, designadamente as constantes de legislação europeia e nacional aplicável”

Por esta razão, optou-se por concentrar nos dois primeiros anos económicos de execução do contrato os correspondentes pagamentos.”

✓ (...) Pese embora o presente instrumento jurídico ter sido outorgado pelo prelo contratual de 3 599 835,42€ (cfr. a cláusula quarta do contrato), a verdade é que, aquando da fixação das condições de pagamento definidas no n.º 3 da cláusula 17.ª do caderno de encargos, era expetável que a aceitação dos bens ocorresse ainda no ano económico de 2023, e que com o referido ato, proceder-se-ia ao pagamento de 80% do valor adjudicado, ou seja 2 879 868,34€. Adicionalmente, e aquando da aceitação dos serviços prestados, que se previu para o ano económico de 2024, proceder-se-ia ao pagamento dos restantes 20% do valor adjudicado, ou seja 719 967,08€, não havendo, assim, lugar a encargos para os restantes anos de execução do contrato.”

22) Considerando que os esclarecimentos prestados, e supracitados, não se mostraram capazes de dissipar as dúvidas anteriormente suscitadas, foi a DRI novamente interpelada, desta feita através do Despacho n.º 27/2023 – FP/SRMTC, proferido em sessão diária de 27 de novembro, para o que ora interessa, a:

→ Indicar qual o fundamento legal que esteve na base da decisão de concentrar os pagamentos dos encargos decorrentes do presente encargo nos dois primeiros anos económicos da sua execução.

→ Demonstrar em que medida a decisão de efetuar os pagamentos do contrato nos anos económicos de 2023 e 2024, se coaduna com o disposto no artigo 292.º do CCP, sob a epígrafe “*adiantamentos de preço*”, considerando que o título jurídico ora sujeito a visto foi outorgado pelo prazo de 36 meses.

23) Nessa decorrência, veio a DRI comunicar, através do requerimento de resposta n.º 133/2023 de 30 de novembro, que:

“a) De facto, o prazo contratual do título jurídico ora sujeito a visto é de 36 meses (cf. a Cláusula segunda do contrato), pois, ele, o título jurídico, contempla, o serviço de manutenção e assistência técnica (cf. o n.º 2 da Cláusula primeira do contrato), por um lado, mas, por outro, a entrega dos bens a adquirir no âmbito do presente contrato, assim como os serviços de instalação, e que é a obrigação principal do cocontratante, deverá ser realizada no prazo máximo de 120 dias a contar da data de início da produção de efeitos do contrato (cf. os n.ºs 1 e 5 a 7 da Cláusula Sexta e o n.º 1 da Cláusula sétima, ambas do caderno de encargos).

*Acontece, porém, que o preço contratual resulta única e exclusivamente da soma dos preços unitários dos bens, assim como dos serviços de instalação, que constituem os lotes definidos na Cláusula 26.ª do caderno de encargos e, bem assim, da proposta de preço apresentada pelo adjudicatário, tal como exigido na alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º do programa do concurso, **uma vez que o custo com o serviço de manutenção e assistência técnica já está incluído no preço dos bens a adquirir.***

Resulta assim do que se vem a dizer que com a entrega da totalidade dos bens pelo cocontratante dentro do prazo contratualmente estipulado, isto é, nos primeiros 120 dias de

execução do contrato, está o contraente público obrigado a efetuar a totalidade do pagamento do preço, isto apesar do cocontratante continuar a estar obrigado a garantir o serviço de manutenção e assistência técnica até ao fim do prazo contratual.

Por conseguinte, e salvo o devido respeito, no âmbito do presente contrato não há, em rigor, pagamento de preço por conta do serviço de manutenção e assistência técnica, uma vez que, como se viu, o custo deste serviço está incluído no preço dos bens.”

b) Relativamente a esta questão, remetemos a resposta para o que se disse no ponto anterior.

*Aprofundando, contudo, sempre se pode salientar que a decisão de efetuar os pagamentos do contrato nos anos económicos de 2023 e 2024, **admitindo-se, sem conceder, que são adiantamentos de preço, ainda assim ele coaduna-se com o disposto no artigo 292.º do CCP, em particular com o disposto nos seus n.ºs 3 e 4, uma vez que o órgão competente para autorizar a correspondente despesa, ou seja, o órgão competente para a decisão de contratar, ao aprovar o caderno de encargos, nomeadamente as condições de pagamento previstas na sua Cláusula 17.ª, decidiu o adiantamento de preço.***

No entanto, salvo o devido respeito, e como já se explicou, não estamos perante adiantamentos de preço.

Para além disso, esclarece-se que o adjudicatário prestou a caução no valor de 2% do preço contratual destinada a garantir o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assumiu com a celebração do contrato, portanto, pelo prazo de 36 meses.”

24) Em Sessão Diária de Visto de 28 de dezembro de 2023, foi decidido *devolver* novamente o contrato, tendo a DRI sido novamente instada, mediante o Despacho n.º 33/2023 – FP/SRMTTC, a (entre outras questões):

→ Demonstrar fundada e comprovadamente, que a opção pela celebração do contrato misto ora sujeito a visto, atendeu ao disposto no n.º 1 do artigo 32.º do Código dos Contratos Públicos (CCP);

→ Explicar a razão pela qual, na fixação do preço base, não foram considerados, individualmente, os preços parciais dos bens a adquirir e os preços parciais dos serviços a prestar em sede do presente contrato;

→ Esclarecer qual o fundamento legal que permite a diluição do preço da prestação de serviços de manutenção e assistência técnica no preço dos bens a adquirir, considerando que tais componentes configuram prestações de tipos contratuais distintos;

→ Esclarecer qual o fundamento legal que esteve na base da decisão de concentrar os pagamentos dos encargos decorrentes do presente contrato, nos dois primeiros anos económicos da sua execução, considerando que o título jurídico ora sujeito a visto foi outorgado pelo prazo de 36 meses (cfr. a cláusula segunda do contrato);

→ Explanar em que medida a opção por concentrar os pagamentos do presente contrato nos dois primeiros anos económicos da sua execução, sem que os serviços de manutenção e assistência técnica tenham sido prestados, permite dar cumprimento ao disposto nos n.ºs 3, 5 e 7 da cláusula 17.ª do Caderno de Encargos, relativos à elaboração de um “(...) relatório detalhado, com a descrição dos serviços prestados (...) a ser validado pelo contraente público”, para efeitos de aceitação e pagamento dos serviços;

→ Clarificar, fundadamente, de que modo a forma de pagamento definida na cláusula 17.ª do caderno de encargos e na cláusula quarta do contrato, que inclui os serviços de manutenção e assistência técnica (ainda não prestados) na faturação dos bens a adquirir, se coaduna com a disciplina fornecida no n.º 3 do artigo 299.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), que determina que as faturas só poderão ser emitidas após o vencimento da obrigação a que respeitam;

25) A esta *devolução*, a entidade pública em apreço apresentou resposta, através do requerimento n.º 2/2024 de 04 de janeiro, tendo alegado:

✓ Quanto à fundamentação da opção pela celebração de um contrato misto, que, tal opção “(...) atendeu ao facto de que as componentes de fornecimento de bens e serviços são técnica e funcionalmente incidíveis, uma vez que se trata da aquisição de uma solução de elevada complexidade, tecnologicamente muito evoluída e extremamente crítica para o correto funcionamento dos sistemas de informação da Administração Pública Regional (APR), já que se trata de uma infraestrutura de Datacenter projetada para funcionar 24/7 com dois Datacenters redundantes onde estarão alojadas todas as aplicações de negócio e sites da APR em alta disponibilidade.

Para além disso, e salvo o merecido respeito, é nosso entendimento que a separação das componentes de fornecimento de bens e serviços poderá trazer graves inconvenientes ao contraente público, na medida em que, em caso de necessidade de suporte, e tratando-se de uma infraestrutura crítica para o funcionamento da APR, o conhecimento técnico da solução, inerente à entidade responsável por toda a instalação da infraestrutura tecnológica, reveste-se de fundamental importância, e que acarreta um know-how técnico da solução com benefícios inteligíveis na prossecução da resolução de problemáticas, que se pretende célere, eficiente e eficaz, com vista à disponibilização imediata da solução em pleno e correto funcionamento.”

✓ Relativamente à eventual desconsideração dos preços parciais dos bens a adquirir e dos serviços a prestar, na fixação do preço base, que “[n]a verdade, na fixação do preço base, foram considerados, individualmente, não só os preços parciais dos bens a adquirir como também os preços parciais dos serviços de instalação a prestar em sede do presente contrato (Lote 1 - Infraestrutura Tecnológica dos Datacenters da APR – Sites Produção Item 25 - Serviços Profissionais do Fabricante para Desenho / Implementação).

Contudo, na fixação do preço base, não foi considerado o preço da prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica, pois, na implementação da infraestrutura tecnológica, a prestação de tais serviços de manutenção e assistência técnica não têm custo adicional para o contraente público.”

✓ Quanto ao fundamento legal que permite a diluição do preço da prestação de serviços de manutenção e assistência técnica no preço dos bens a adquirir, a DRI **informa que, “(...) não podemos falar em diluição do preço da prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica no preço dos bens a adquirir, uma vez que, como se respondeu na questão anterior, a prestação de tais serviços de manutenção e assistência técnica não tem custo adicional para o contraente público.**

Portanto, o que há, isso sim, é a obrigação de pagar o preço pura e simplesmente dos bens a adquirir, por um lado, e, por outro, o preço da prestação dos serviços de instalação.”

✓ No que concerne à fundamentação legal que esteve na base da decisão de concentrar os pagamentos dos encargos decorrentes do presente contrato, nos dois primeiros anos económicos do contrato (2023 e 2024), a Direção Regional em apreço alegou que, “[d]e facto, a concentração dos pagamentos dos encargos decorrentes do presente contrato, nos dois primeiros anos económicos da sua execução, **apesar do título jurídico ora sujeito a visto ter sido outorgado pelo prazo de 36 meses (cfr. a cláusula segunda do contrato), deve-se única e exclusivamente ao facto de que a obrigação de pagamento surge com a entrega dos bens a adquirir no âmbito do presente contrato, bem como com a prestação dos serviços de instalação, e que é a obrigação principal do cocontratante, dever ser realizada no prazo máximo de 120 dias a contar da data de início da produção de efeitos do contrato (cf. os n.os 1 e 5 a 7 da Cláusula Sexta e o n.º 1 da Cláusula sétima, ambas do caderno de encargos).**

*Recorde-se, que o preço contratual resulta única e exclusivamente da soma dos preços unitários dos bens, assim como dos serviços de instalação, que constituem os lotes definidos na Cláusula 26.ª do caderno de encargos e, bem assim, da proposta de preço apresentada pelo adjudicatário, tal como exigido na alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º do programa do concurso, **já que a prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica não tem qualquer custo para o contraente público.***

*Resulta, assim, do que se vem de dizer que com a entrega da totalidade dos bens, assim como a prestação da totalidade dos serviços de instalação pelo cocontratante dentro do prazo contratualmente estipulado, **isto é, nos primeiros 120 dias de execução do contrato, está o contraente público obrigado a efetuar a totalidade do pagamento do preço, isto apesar do cocontratante continuar a estar obrigado a garantir o serviço de manutenção e assistência técnica até ao fim do prazo contratual, obrigação esta sem custo adicional para o contraente público.***

✓ No que respeita ao cumprimento dos n.ºs 3, 5 e 7 da cláusula 17.ª do Caderno de Encargos, relativos à elaboração de um relatório detalhado com a descrição dos serviços prestados para efeitos de aceitação e pagamento dos serviços, a entidade requerente alegou que, “(...) e apesar da redação dos n.os 3, 5 e 7 da cláusula 17.ª do caderno de encargos não ser a mais feliz, ou precisa, a verdade é que ela só faz sentido se estiver a referir-se aos serviços de instalação, pois, é com a instalação destes serviços que a solução implementada entra em pleno funcionamento, o que ocorrerá nos primeiros 120 dias de execução do contrato.

Ora, é com a entrada em pleno funcionamento da solução implementada que o contraente público está em condições de avaliar a conformidade dos bens fornecidos e a prestação dos serviços de instalação, o que sucederá, de acordo com o n.º 1 da cláusula 8.ª do caderno de encargos, no prazo máximo de 15 (quinze) dias a contar da data da disponibilização/entregados bens e a prestação de todos os serviços de instalação, e só estes serviços, pese embora, como se disse, da imprecisão na redação dos n.os 3, 5 e 7 da cláusula 17.ª.

*Neste enquadramento, a concentração dos pagamentos do presente contrato nos dois primeiros anos económicos da sua execução, permite dar cumprimento ao disposto nos n.os 3, 5 e 7 da cláusula 17.ª do caderno de encargos, **uma vez que** os serviços ali referidos são única e exclusivamente os serviços de instalação e não, como já se viu, os serviços de manutenção e assistência técnica que não têm qualquer custo para o contraente público.*

Portanto, é logo após o fornecimento de todos os bens e a prestação de todos os serviços de instalação que a solução implementada entra em pleno funcionamento, altura em que o cocontratante está em condições de entregar o relatório detalhado, com a descrição dos serviços prestados, os de instalação, como já se explicou, a ser validado pelo contraente público, para efeitos de aceitação e pagamento dos bens fornecidos e dos serviços de instalação prestados.

Adicionalmente, é importante salientar que no caso da manutenção e assistência técnica, o relatório detalhado a que o cocontratante está obrigado a entregar ao contraente público é o que está previsto na alínea c) do n.º 1 da cláusula 12.ª do caderno de encargos e não o que está previsto na cláusula 17.ª.”

✓ **Relativamente ao esclarecimento relativo à forma de pagamento definida na cláusula 17.ª do caderno de encargos e na cláusula quarta do contrato, que inclui os serviços de manutenção e assistência técnica (ainda não prestados) na faturação dos bens a adquirir, e à sua adequação ao disposto no n.º 3 do artigo 299.º do CCP, a DRI comunicou que “[a] forma de pagamento definida na cláusula 17.ª do caderno de encargos e na cláusula quarta do contrato, como já se explicou, só inclui os serviços de instalação prestados, pelo que a faturação dos bens a adquirir se coaduna com a disciplina fornecida no n.º 3 do artigo 299.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).**

*Já os serviços de manutenção e assistência técnica, como se viu, por não terem qualquer custo para o contraente público, **não será objeto de faturação.**” – negrito nosso.*

26) Não obstante, e atendendo a que a resposta fornecida pela DRI não esclareceu as dúvidas que haviam sido suscitadas no âmbito da análise ao presente processo de fiscalização prévia, a mencionada entidade pública foi novamente interpelada, desta feita através do Despacho n.º 1/2024 – FP/SRMTTC, proferido em Sessão Diária de Visto de 04 de janeiro de 2024, para que:

a. Esclarecesse “(...) por que motivo, afinal, o preço contratual e seu pagamento se reporta ao prazo (longo) de um contrato de 36 meses em vez dos 120 dias mais 60 dias supostamente em

causa no âmbito das prestações apresentadas como sendo as únicas onerosas ou pagáveis (os bens e a instalação);

por que motivo, afinal, o contrato se reporta ao prazo (longo) de 36 meses em vez de 24 meses (que seria melhor para o operador económico, certamente) ou de 48 meses (que seria melhor para a entidade adjudicante); isto porque a prestação típica do contrato administrativo típico (alegadamente gratuito) “de manutenção e assistência técnica” (contrato de prestação de serviços) tem e terá lógica e necessariamente custos para o operador económico (diferentes para 12 meses, ou para 24 meses ou para 36 ou para 48 meses);

aliás, a esta questão da necessária onerosidade da prestação de serviços se reporta implicitamente a “justificação” ora apresentada para se utilizar o contrato misto, sendo um dos contratos-base (prestação de serviços de manutenção e assistência técnica) aparentemente não oneroso («solução crítica para o funcionamento dos sistemas 24h/7dias»; «necessidade de suporte», «know-how técnico com benefícios na resolução de problemáticas». Isto é, envolve custos para o operador económico, como é notório. Pelo que o preço do contrato inclui necessariamente esses custos com a manutenção e assistência técnica durante determinado prazo, prazo que, caso se tratasse de uma verdadeira prestação contratual típica gratuita, poderia ou deveria ir até muitos anos ou a uma década, em benefício financeiro da Região Autónoma da Madeira, afirmando-se que o mercado respetivo funciona normalmente com assistência técnica e manutenção gratuitas ou não;

b. *Demonstrasse “(...) que os serviços de manutenção e assistência técnica, consagrados na alínea c) da cláusula 3.ª e na cláusula 11.ª do Caderno de Encargos, bem como no n.º 2 da cláusula primeira do presente contrato, podem ser financiados pelo Plano de Recuperação e Resiliência, tendo presente que os “(...) custos de manutenção e custos relacionados com atividades de tipo periódico ou contínuo” constituem despesas não elegíveis para efeitos de obtenção do mencionado financiamento (vide o ponto n.º 5 do Anexo II – Orientação Técnica Específica ao Contrato de Financiamento celebrado entre o Instituto de Desenvolvimento Regional, IP-RAM e a Direção Regional de Informática a 05/05/2022).*

27) Na sequência da mencionada interpelação, e mediante o requerimento de resposta n.º 5/2024 de 08 de janeiro, a DRI informou que:

a) *“Relativamente a esta questão, importa esclarecer que o preço contratual e o seu pagamento se reportam, efetivamente, a um contrato de 36 meses, embora as únicas prestações onerosas ou pagáveis sejam, de facto, os bens e a instalação, obrigações estas que terão de ser cumpridas nos primeiros 120 dias mais 60 dias de execução do contrato. Esclarece-se, ainda, que não é por acaso que se fixou o prazo de 120 dias para a entrega dos bens e a instalação, é que logo que todos os bens sejam entregues e a instalação feita a infraestrutura tecnológica implementada, de raiz, pelo operador económico entra em pleno funcionamento. É, pois, a partir deste momento que o operador económico está em condições de assegurar a manutenção e assistência técnica da infraestrutura tecnológica que ele próprio implementou. **De facto, nesta nova fase de execução do contrato não haverá lugar a pagamentos, já que ela está intrinsecamente ligada à fase da implementação da infraestrutura tecnológica e, diga-se, fases estas executadas***

sempre pelo mesmo operador económico. O mercado funciona assim mesmo. Só assim não será quando este contrato chegar ao seu termo, altura em que haverá a necessidade de celebrar um novo contrato, agora sim, para a aquisição de serviços de manutenção e assistência técnica, contrato esse sem implementação de uma infraestrutura tecnológica, uma vez que ela já estará implementada, tendo a entidade adjudicante forçosamente que pagar um preço ao operador económico, pois se assim não for, nenhum operador económico estará interessado em prestar este serviço sem a contrapartida do justo preço. Mas isto, como se disse, só acontece quando o que está em causa é unicamente a aquisição de serviços de manutenção e assistência técnica, o que não é o caso do contrato ora sujeito a visto.

*Portanto, no caso de implementação de uma nova infraestrutura tecnológica mais a obrigação de manutenção e assistência técnica, **pelo mesmo operador económico**, há racionalidade económica para que o contrato seja executado nos termos em que foi celebrado. Aliás, se não houvesse essa racionalidade económica, estamos certos de que nenhum operador económico estaria interessado em apresentar uma proposta e outorgar o respetivo contrato.*

*Ora, o contrato reporta-se ao prazo de 36 meses porque, de acordo com o mercado, no caso de uma infraestrutura tecnológica, como aquela que se pretende implementar, de raiz, com a subsequente obrigação de manutenção e assistência técnica é aquele o prazo que os operadores económicos consideram adequado. **Concorda-se e aceita-se que a manutenção e assistência técnica tem e terá lógica e necessariamente custos para o operador económico, contudo, na preparação da sua proposta, obviamente que o adjudicatário não deixou de fazer contas a esses custos.** Ainda assim ele achou lógica, e até interesse económico, ao apresentar uma proposta e, depois, em outorgar o contrato ora sujeito a visto. Diga-se, mais uma vez, que não estamos perante uma aquisição de manutenção e assistência técnica, mas sim de implementação de uma nova infraestrutura tecnológica mais a obrigação de manutenção e assistência técnica pelo mesmo operador económico. Também concordamos e aceitamos que os 48 meses seria melhor para a entidade adjudicante, contudo, estamos certos e seguros de que nenhum operador económico estaria disposto, ou interessado, em celebrar um contrato para a implementação de uma infraestrutura tecnológica com a obrigação de manutenção e assistência técnica por 48 meses. É que, na lógica do operador económico, tal prazo extravasa a racionalidade económica. Para além disso, o prazo contratual de 36 meses teve em conta o prazo previsto no n.º 1 do artigo 440.º do CCP, ex vi o n.º 1 do artigo 451.º do mesmo diploma, isto apesar de não estarmos perante uma aquisição de serviços de manutenção e assistência técnica, mas sim de uma obrigação de manutenção de assistência técnica.”*

*b) “Relativamente a esta questão, importa salientar que, como temos vindo de afirmar, e decorre da própria alínea c) do n.º 2 da cláusula 3.ª do Caderno de Encargos, a manutenção e assistência técnica contemplada no contrato ora sujeito a visto não tem custo **adicional** para a entidade adjudicante, pelo que, nessa perspetiva, é irrelevante saber se ela constitui, ou não, despesa elegível para efeitos de obtenção do financiamento pelo Plano de Recuperação e Resiliência.”*

II.2 - FUNDAMENTOS DE DIREITO

A. Bases introdutórias

A.1. A fundamentação da opção jusadministrativa pela celebração de um contrato misto

O título jurídico ora sujeito a visto integra a categoria dos contratos mistos, que, nas palavras de Jorge Andrade da Silva⁴, “(...) são os contratos que têm por objeto prestações correspondentes a dois ou mais dos contratos públicos típicos enunciados no n.º 2 do artigo 16.º, portanto que têm uma natureza jurídica híbrida”.

Assim, e conforme apontado nos pontos 9) a 12) dos factos dados como provados, o presente contrato engloba prestações típicas de um contrato de aquisição de bens (cfr. o previsto na alínea d) do n.º 2 do artigo 16.º do CCP), relativa à aquisição de bens e soluções informáticas, e prestações típicas de contratos de prestações de serviços (previstos na alínea e) do mesmo preceito), as quais se encontram divididas entre a prestação dos serviços de instalação e a prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica.

Nos termos do **n.º 1 do artigo 32.º do CCP**, “[s]ó é permitida a celebração de contratos mistos se as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incidíveis ou, não o sendo, se a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante.”

Assim, e conforme aponta Miguel Assis Raimundo⁵, “(...) a lei adota um **princípio de não celebração de contratos mistos**: a entidade adjudicante terá de demonstrar a necessidade de celebrar o contrato como contrato misto, o que implica demonstrar a necessidade de execução conjunta das respetivas prestações (...)”, acrescentando o mesmo autor que “[e]ste princípio de necessidade de fundamentação acrescida explica-se não apenas pelo (...) perigo de manipulação das regras de escolha do procedimento (...), mas também por uma razão que se prende com a tutela da concorrência: os contratos mistos combinam prestações de diferentes tipos e, por isso, é mais provável que um agente económico que conseguiria realizar uma parte das prestações deixe de concorrer, por não conseguir realizar a outra parte.” – negrito nosso.

⁴In *Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, 11.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, pág. 164.

⁵In *Direito dos Contratos Públicos, Volume 1, Introdução, Regime de Formação*, AAFDL Editora, 2022 Reimpressão, pág. 355.

A medida consagrada no referido n.º 1 do artigo 32.º do CCP traduz-se, portanto, numa “(...) medida de “unbundling” destinada a aumentar a concorrência (...)”.

Também o Tribunal de Contas se pronunciou, mediante o Acórdão n.º 54/2011 – de 27/06/2011 – 1.ª Secção/SS, ainda que no âmbito de um contrato misto de empreitada, no sentido de que, “(...) o apelo a tal modelo [misto] de contrato, ainda segundo imposição legal, obriga a entidade adjudicante a ponderar, com rigor, a demonstração de que a eventual cindibilidade causaria, efetivamente, graves prejuízos para o interesse público, e, a montante, a assegurar, com exigência, que a **incindibilidade referida exhibe relevância passível de consideração.**

Visa-se, afinal, evitar que o recurso à contratação conjunta apenas pretenda evitar a eventual realização de dois concursos, ou, no limite, e exemplificativamente, a de fazer pagar por despesas correntes as de investimento (...) – negrito nosso.

No mesmo sentido, Jorge Andrade da Silva⁶ sublinha que a eventualidade de a separação das prestações do contrato poder vir a causar graves prejuízos para o interesse público em causa “(...) não se satisfaz com uma mera possibilidade de daí resultarem graves prejuízos, **antes devendo constituir uma causa normalmente adequada a produzi-los**” – negritos nossos.

In casu, quando instada a demonstrar, fundada e comprovadamente, que a opção pela celebração do contrato misto ora sujeito a visto atendeu ao disposto no n.º 1 do artigo 32.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), a DRI alegou “(...) que as componentes de fornecimento de bens e serviços são técnica e funcionalmente incindíveis, uma vez que se trata da aquisição de uma solução de elevada complexidade, tecnologicamente muito evoluída e extremamente crítica para o correto funcionamento dos sistemas de informação da Administração Pública Regional (APR), já que se trata de uma infraestrutura de Datacenter projetada para funcionar 24/7 com dois Datacenters redundantes onde estarão alojadas todas as aplicações de negócio e sites da APR em alta disponibilidade.

Tendo acrescentado que, “[p]ara além disso (...) é nosso entendimento que a separação das componentes de fornecimento de bens e serviços poderá trazer graves inconvenientes ao contraente público, na medida em que, em caso de necessidade de suporte, e tratando-se de uma infraestrutura crítica para o funcionamento da APR, o conhecimento técnico da solução, inerente à entidade responsável por toda a instalação da infraestrutura tecnológica, reveste-se de fundamental importância, e que acarreta um know-how técnico da solução com benefícios inteligíveis na prossecução da resolução de

⁶In op. cit., pág. 165.

problemáticas, que se pretende célere, eficiente e eficaz, com vista à disponibilização imediata da solução em pleno e correto funcionamento.”

Não obstante, no presente procedimento pré-contratual, bem como na pronúncia efetuada em sede do processo de fiscalização prévia em apreço, a entidade adjudicante **não logrou demonstrar** que as prestações objeto do contrato relativas à manutenção e assistência técnica são técnica e funcionalmente incidíveis das prestações referentes à aquisição e instalação dos bens, uma vez que se limitou a constatar que a presente contratação visa a “(...) *aquisição de uma solução de elevada complexidade, tecnologicamente muito evoluída e extremamente crítica para o correto funcionamento dos sistemas de informação da Administração Pública Regional (APR), já que se trata de uma infraestrutura de Datacenter projetada para funcionar 24/7 com dois Datacenters redundantes onde estarão alojadas todas as aplicações de negócio e sites da APR em alta disponibilidade*”, alegando ainda que, “(...) *o conhecimento técnico da solução, inerente à entidade responsável por toda a instalação da infraestrutura tecnológica, reveste-se de fundamental importância (...)*”.

Neste sentido, não se vislumbra em que é que a aquisição de bens ora contratualizada se distingue das demais aquisições de bens e soluções informáticas em que os respetivos serviços de manutenção e assistência técnica são, por diversas vezes, contratualizados na decorrência de procedimentos pré-contratuais autónomos, pela circunstância de as suas prestações serem técnica e funcionalmente separáveis e, portanto, não habitualmente suscetíveis de provocar graves prejuízos para a entidade pública.

De igual modo, e não menos importante, encontra-se também evidenciado que a DRI **não demonstrou**, com rigor e exigência, em que medida a celebração de um contrato de manutenção e de assistência técnica autónomo face ao contrato de aquisição e instalação dos bens (como sucede habitualmente), configuraria, na presente situação, uma opção que causaria graves e efetivos prejuízos para o interesse público.

Efetivamente, a entidade pública em causa **limitou-se, apenas, a assumir** (sem comprovar), que a cocontratante seria a única entidade capaz de prestar os correspondentes serviços de manutenção e assistência técnica daquela solução tecnológica, por força de um assumido (mas não comprovadamente exclusivo) “(...) *conhecimento técnico da solução (...)*”, alegadamente “(...) *inerente à entidade responsável por toda a instalação da infraestrutura tecnológica (...)*”.

Sublinhe-se, a este respeito, que a DRI **não demonstra, por um lado**, em que medida os “(...) *benefícios inteligíveis na prossecução da resolução de problemas, que se pretende célere, eficiente e eficaz, com vista à disponibilização imediata da solução*

em pleno e correto funcionamento (...)” não poderiam ser efetivamente acautelados através do recurso a outras entidades especializadas na área, **não comprovando, por outro lado**, quais os efetivos e graves prejuízos que tal hipótese acarreta para o interesse público.

Ademais, ao afirmar que os serviços de manutenção e assistência técnica, alegadamente intrínsecos aos serviços de implementação da infraestrutura tecnológica, são executados, no âmbito do presente contrato, “(...) *pele mesmo operador económico (...)*”, numa lógica de funcionamento do mercado, e que “(...) **só assim não será quando este contrato chegar ao seu termo, altura em que haverá a necessidade de celebrar um novo contrato, agora sim, para a aquisição de serviços de manutenção e assistência técnica**”⁷ (negrito nosso), **a DRI admite paradoxalmente que a prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica poderá vir a ser executada por outro operador económico.**

Não se descortina, assim, qualquer fundamento para admitir que o mesmo não poderia suceder no procedimento atual sem provocar graves e efetivos danos ao interesse público em causa, bem como que esta contratação se afiguraria diferente dos demais contratos de aquisição de bens e soluções informáticas.

Face ao exposto, afigura-se que o recurso ao presente contrato misto não se mostra materialmente sustentado e fundamentado em cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 32.º do CCP.

Eis-nos perante um **indício** sério para chamarmos à colação o n.º 3 do art. 44º da LOPTC.

A.2. A gratuidade/oneridade da prestação de serviços de manutenção e assistência técnica

Nos termos da cláusula primeira do título jurídico ora em análise:

“1. O presente contrato tem por objeto principal a Modernização da Infraestrutura Tecnológica dos Centros de Dados (Datacenters) dos Órgãos de Governo Próprio e da Administração Pública Regional, constante dos Lotes 1, 2, 3 e 4 deste procedimento, pela Direção Regional de Informática, nos termos, condições e especificações técnicas e funcionais definidas no Caderno de Encargos com a devida adaptação às exigências operacionais, fiscais e legais em vigor na RAM, durante a vigência do contrato.

2. O contrato contempla, ainda, a aquisição de serviços de manutenção e assistência técnica, nos termos definidos no Caderno de Encargos” – negrito nosso.

⁷ Cfr. o ponto 27 dos factos provados.

Ademais, de acordo com a alínea c) do n.º 2 da cláusula 3.ª do caderno de encargos, sem prejuízo de outras obrigações previstas na legislação aplicável, no Caderno de Encargos ou nas cláusulas contratuais, **decorre do contrato, entre outras, a obrigação de o cocontratante** “[c]umprir rigorosamente com a prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica, durante o período de vigência do contrato, nas condições definidas na Cláusula 11.ª e Cláusula 12.ª do presente Caderno de Encargos, sem custos adicionais (...)”.

Sublinhe-se que as mencionadas cláusulas 11.ª e 12.ª do Caderno de Encargos⁸ regulam o modo e as condições da prestação do serviço de manutenção e assistência técnica no âmbito da execução contratual, o qual deverá estar operacional “(...) das 08h as 22h, 7 dias por semana, contactável por telefone, correio eletrónico ou sistema informático, e deverá assegurar o registo de todas as ocorrências que lhe sejam notificadas pela entidade adjudicante” (cfr. o n.º 2 da cláusula 11.ª).

Com efeito, de acordo com o n.º 3 da mesma cláusula 11.ª, estão incluídos nos serviços de manutenção e assistência técnica, os:

a) Serviços de manutenção preventiva, constituídos por todos os serviços a praticar de acordo com a periodicidade, condições e especificações definidos pelo fabricante dos bens;

b) Serviços de manutenção corretiva, constituídos por todos os serviços que têm como finalidade a reposição das condições normais de funcionamento dos bens, sempre que ocorram falhas ou avarias”,

os quais englobam, nos termos do n.º 4 da mesma cláusula, “(...) todas as operações de diagnóstico, o fornecimento de componentes e de peças originais e a sua respetiva instalação, nomeadamente:

a) Operações de diagnóstico e teste;

b) Atualização de releases de software e firmware dos bens fornecidos / disponibilizados (se aplicável);

c) Reparação de todas as falhas e avarias;

d) Fornecimento e colocação em uso de todas as peças e componentes necessários ao bom funcionamento dos bens;

e) Reinstalação e recolocação das definições em condições normais de uso;

f) Disponibilização da mão-de-obra necessária;

g) Substituição dos bens em caso de avaria não reparável;

h) Todos os encargos relativos ao transporte de produtos e à deslocação de pessoal, bem como à sua eventual acomodação;

⁸ Referenciada no ponto 15 e 16 dos factos dados como provados.

i) Indemnização por prejuízos eventualmente causados a pessoas ou bens decorrentes de produtos defeituosos.”

Já nos termos do n.º 10 da cláusula 11.ª do Caderno de Encargos, “[c]aso o cocontratante não tenha iniciado a correção da anomalia ou do defeito detetado nos prazos indicados na Cláusula 12.ª, **o contraente público pode recorrer a terceiros para efetuar a reparação em causa, sendo os respetivos custos suportados pelo cocontratante (...)**” – negrito e sublinhado nossos.

Efetivamente, a tipologia (densa e exigente) dos serviços de manutenção e assistência técnica elencados no já aludido n.º 4 da cláusula 11.ª, bem como os exigentes níveis de serviço associados à manutenção e assistência técnica previstos na cláusula 12.ª do Caderno de Encargos, e, ainda, o mecanismo previsto no n.º 10 da mesma cláusula 11.ª, **indiciam claramente que tais serviços não poderão configurar serviços gratuitos**. Envolvem, sempre e necessariamente, custos para qualquer operador económico que os efetue.

Tal constatação é também **confirmada** pela própria entidade pública em causa, uma vez que a mesma afirma que “(...) a manutenção tem e terá lógica e necessariamente custos para o operador económico (...)”, o qual “(...) **na preparação da sua proposta, obviamente que (...) não deixou de fazer contas a esses custos.**” (negrito nosso).⁹

Aliás, consultados os anexos ETF da proposta apresentada pelo adjudicatário, respeitantes aos lotes 1 (item 26,27 28, 29 e 31) e 3 (item 8 e 9), verifica-se que os mesmos previam, como **caraterística técnica mínima**, que o equipamento/a solução “*deverá incluir suporte e manutenção para 36 meses no regime 24 x 7 x 4h*”, o que indicia que, ao propor o seu preço, a empresa adjudicatária teve, necessariamente, em conta tal circunstância.

Acresce que, os serviços de manutenção e assistência técnica foram definidos como **parte do objeto contratual em apreço (vide cláusula primeira do contrato), tendo os mesmos de ser incluídos na faturação** a efetuar em sede da execução do presente contrato, conforme determinado no n.º 4 da cláusula 17.ª do Caderno de Encargos.

Consequentemente, havendo custos para o operador económico, e atendendo à economia de mercado na qual estamos inseridos, bem como à necessária obtenção de lucro por parte das empresas para que possam sobreviver no meio e, assim, permanecer em atividade, bem como ao determinado no cit. n.º 4 da cláusula 17.ª do Caderno de Encargos, **só se vislumbra como plausível que o**

⁹ Cfr. ponto 27 dos factos dados como provados.

preço contratual inclui necessariamente os custos da prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica pelo prazo estabelecido para o efeito – 36 meses.

Eis-nos perante um indício sério para chamarmos à colação o n.º 3 do art. 44.º da LOPTC.

Aliás, a propósito do interesse concorrencial nos contratos públicos, Pedro Costa Gonçalves¹⁰ sublinha que, “[o] contrato de procura pública é um objeto disputado, e tem interesse concorrencial, pelo facto de gerar um **benefício económico para quem vier a celebrá-lo**. Este benefício económico pode ser medido em função do valor do contrato: assim, considerando a perspetiva do beneficiário (adjudicatário), podemos definir o valor do contrato como o **valor do benefício económico que o contrato gera para o adjudicatário**” (negritos nossos).

A este respeito, refira-se que as respostas apresentadas pela DRI no presente processo, a propósito da questão em análise, revelam-se **contraditórias**.

De tudo o exposto, resulta que não poderá deixar de se considerar que os custos dos serviços de manutenção e assistência técnica encontram-se, necessariamente, **incluídos (“diluídos”) no preço global do contrato**, não sendo possível configurá-los, conseqüentemente, como não onerosos/gratuitos para a entidade pública. **O que pode ser decisivo, sob a égide dos arts. 292.º e 299.º n.º 3 do CCP, para a concessão ou recusa do nosso visto prévio.**

A.3. O preço/custo dos serviços de manutenção e assistência técnica no presente contrato misto

Considerando o exposto no ponto anterior, onde se concluiu pela necessária e óbvia onerosidade dos serviços de manutenção e assistência técnica para o contraente público e para o adjudicatário, importa sublinhar que, pese embora tal constatação, a entidade adjudicante não determinou, *in casu*, quais os custos/preços dos serviços de manutenção referenciados no âmbito do presente procedimento, **pelo que, não se encontrando os mesmos devida e transparentemente discriminados, não é possível aferir da sua relevância própria ou autónoma na globalidade do preço do contrato.**

Com efeito, e para o que ora releva, cumpre sublinhar que, em sede do Direito da contratação pública, relevam dois conceitos, de entre outros, que se destacam nesta sede: o conceito de *valor ou custo do contrato*, por um lado, e o conceito de *preço base*, por outro lado.

¹⁰ *In Direito dos Contratos Públicos*, 6.ª Edição, Almedina, págs. 159 e seguintes.

Quanto ao primeiro, e conforme aponta Pedro Costa Gonçalves, o artigo 17.º do CCP, “*opera com o conceito de valor do contrato em dois diferentes sentidos ou aceções (...)*”:

i) nos n.ºs 1, 2 e 9, reporta-se ao benefício económico do contrato para o cocontratante¹¹;

ii) nos n.ºs 3,4,5,6 e 7, refere-se ao custo estimado do contrato para a entidade adjudicante, e os preceitos fornecem indicações sobre o cálculo desse valor (...).”

Relativamente a esta última aceção, o valor do contrato é o “(...) *valor do custo ou do encargo económico que a execução do contrato a celebrar acarreta para a entidade adjudicante*”, o qual corresponde “(...) *a um valor monetário e, em regra, indica a quantidade de euros que a entidade vai desembolsar como contrapartida da execução do contrato pelo cocontratante, ou seja, o preço (...)*”, havendo casos em que o valor/custo do contrato não se esgota no preço “(...) *mas em contrapartidas de outra natureza (...)*”¹².

O valor do contrato, na aceção ora em análise, poderá, então, ser calculado com base em diferentes perspetivas temporais (passadas ou futuras), sendo que, no momento de definição do valor ou custo contratual no momento prévio à abertura de um procedimento, o que está em causa é o cálculo do “(...) *custo que a execução de um contrato pode vir a acarretar para a entidade adjudicante (...)*” (perspetiva futura), a que corresponde o **custo estimado do contrato**.¹³

Para efeitos de cálculo do valor estimado do contrato, Pedro Costa Gonçalves indica como componentes ou elementos determinantes: o “*preço contratual estimado*”, o “*valor de outras prestações*”, o “*valor de pagamentos a realizar por terceiros*”, o “*valor de prorrogações previstas nas peças do procedimento e de outras modificações*”, e o “*valor de eventuais prémios por cumprimento antecipado*”¹⁴, devendo esse cálculo obedecer a um conjunto de diretrizes, sob a égide de uma exigência geral de objetividade.

Tal exigência encontra-se consagrada no n.º 7 do artigo 17.º do CCP, o qual dispõe que “[a] *fixação do valor do contrato deve ser fundamentada com base em critérios objetivos, utilizando, como referência preferencial, os custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante.*” (negrito nosso).

¹¹ Aceção referenciada supra.

¹² *In op.cit.*, págs. 350 e 351.

¹³ *In op.cit.*, pág. 351.

¹⁴ *In op.cit.*, pág. 352 a 354.

Por sua vez, o preço base define-se, nos termos do n.º 1 do artigo 47.º do CCP, como o “(...) *montante máximo que esta entidade se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, incluindo eventuais renovações do contrato.*”

Nas palavras de Pedro Costa Gonçalves, o preço base corresponde, assim, “(...) *a um parâmetro base do caderno de encargos, a que as propostas estão vinculadas (cf. artigo 42.º, n.º 3 e 4), em regra sob pena de exclusão [artigo 70.º, n.º 2, alínea d)]*”, cumprindo, “(...) *assim, a função de enunciar um teto ou limite máximo do preço que a entidade adjudicante está disposta a pagar. Neste sentido, pode dizer-se que se trata de um limite de índole orçamental ou financeira, estabelecido pela própria entidade adjudicante.*

Outra é a função do valor estimado do contrato: como vimos, o sentido deste, que se refere a um valor estimado ou previsto, reside em a entidade adjudicante estimar o custo que vai ter de suportar como contrapartida da execução do contrato. Ora, esse custo pode não se esgotar no preço a pagar, o que explica que os componentes a considerar na fixação do preço base não sejam necessariamente os mesmos que integram o cálculo do valor estimado do contrato.”¹⁵

Não obstante esta diferença, “(...) *existe uma **natural proximidade** entre os critérios de fixação do preço base e do cálculo do valor estimado: a exigência de objetividade aplica-se em ambos os casos (fundamentação com base em critérios objetivos), assim como a indicação de que cumpre essa exigência **o critério de considerar os custos médios unitários: vejam-se os artigos 47.º, n.º 3 e 17.º, n.º 7 (...)***” – negrito nosso.

Efetivamente, o n.º 3 do artigo 47.º do CCP, determina que “[a] *fixação do preço base deve ser fundamentada com base em critérios objetivos, tais como os preços atualizados do mercado obtidos através da consulta preliminar prevista no artigo 35.º-A, ou os **custos médios unitários, resultantes de anteriores procedimentos, para prestações do mesmo tipo***” – negrito nosso.

Atento o exposto, e considerando estarmos perante um contrato misto, é de referir que a opção pela celebração de um modelo (misto) de contrato, **não poderá configurar um mecanismo tendente a desvirtuar e alterar a realidade, modificando a própria autonomia e tipicidade dos contratos públicos previstos no artigo 16.º do CCP**, os quais são habitualmente onerosos, uma vez que implicam, sempre e necessariamente, custos para o operador económico que

¹⁵ *In op.cit.*, pág. 365.

os efetue, e, conseqüentemente, para a entidade pública que beneficie da sua prestação¹⁶.

O próprio artigo 32.º do CCP, ao estipular no seu n.º 6, que “[s]em prejuízo do disposto nos n.ºs 1 a 4, a formação do contrato misto está sujeita ao cumprimento dos trâmites procedimentais e outros requisitos legais específicos, devidamente conjugados, aplicáveis aos vários tipos contratuais abrangidos pelo contrato”, indicia isso mesmo.

Ademais, *in casu*, a determinação dos custos unitários da prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica afigura-se mais relevante, na medida em que a presente contratação é de financiamento pelo PRR, e que os serviços de manutenção e assistência técnica são considerados despesas **não elegíveis** para efeitos de obtenção de tal financiamento, conforme se analisará na parte infra.

Face a tanto, considera-se que a DRI, ao não estipular e exteriorizar os custos unitários das prestações referentes aos serviços de manutenção e assistência técnica não deu cumprimento à objetividade que lhe é exigida pelo n.º 7 do artigo 17.º e pelo n.º 3 do artigo 47.º, ambos do mesmo diploma, para efeitos de determinação do custo estimado do contrato e do preço base, respetivamente.

Eis-nos perante mais um **indício** sério para chamarmos à colação as alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

B. Para o artigo 44º n.º 3 da LOPTC

B.1. As condições de pagamento dos encargos decorrentes da presente contratação

De acordo com o **n.º 3 da cláusula 17.ª do Caderno de Encargos**, o pagamento dos encargos decorrentes da presente contratação, encontra-se estipulado da seguinte forma:

- 80% do valor adjudicado, após a aceitação da totalidade dos bens;
- 20% do valor adjudicado, “(...) após a aceitação dos serviços (de instalação¹⁷) prestados (se aplicável), nos termos da Cláusula 8.ª, mediante a entrega por parte do

¹⁶ Vide o ponto 4.2.2. supra, relativamente ao interesse concorrencial dos contratos públicos.

¹⁷ Conforme comunicado pela entidade requerente, “(...) e apesar da redação dos n.os 3, 5 e 7 da cláusula 17.ª do caderno de encargos não ser a mais feliz, ou precisa, a verdade é que ela só faz sentido se estiver a referir-se aos serviços de instalação, pois, é com a instalação destes serviços que a solução implementada entra em pleno funcionamento, o que ocorrerá nos primeiros 120 dias de execução do contrato (...)” e “(...) é com a entrada em pleno funcionamento da solução implementada que o contraente público está em condições de avaliar a conformidade dos bens e a prestação dos serviços de instalação (...)” – vide ponto 25 dos factos provados.

cocontratante de um relatório detalhado, com a descrição dos serviços prestados e bens instalados por local, a ser validado pelo contraente público”,

devendo tal faturação – a ocorrer até aos primeiros 180 dias dos 36 meses do contrato - incluir os serviços de manutenção e assistência técnica (contrariamente ao informado pela DRI em diversas pronúncias apresentadas em sede do presente processo, no sentido de que tais serviços não seriam objeto de faturação¹⁸) a serem prestados durante os 36 meses, nos termos expressos e claros do n.º 4 da mesma cláusula.

Conforme elucidado no ponto 15) dos factos provados, ainda que o presente instrumento jurídico tenha sido celebrado por um prazo de 36 meses (cfr. a cláusula segunda do contrato), os encargos financeiros decorrentes da presente contratação foram distribuídos somente para os dois primeiros anos económicos de execução contratual (2023 e 2024), uma vez que a entidade adjudicante determinou que os mesmos seriam pagos, na sua totalidade, aquando da entrega dos bens (e respetiva instalação), a qual deveria ocorrer no prazo máximo de 120 dias a contar do início da produção de efeitos do contrato (*vide* o n.º 1 da cláusula 6.ª do Caderno de Encargos), acrescidos dos 60 dias concedidos no n.º 6 da cláusula 17.ª do Caderno de Encargos para efeitos de pagamento das faturas.

Ora, dispõe o **n.º 1 do artigo 292.º do CCP** (sob a epígrafe “*adiantamentos de preço*”), que “[n]o caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pelo contraente público, **este pode efetuar adiantamentos de preço por conta de prestações a realizar ou de atos preparatórios ou acessórios das mesmas quando:**

- a) O valor dos adiantamentos não seja superior a 30% do preço contratual; e
- b) Seja prestada caução de valor igual ou superior aos adiantamentos efetuados, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 88.º e 90.º.”

Considerando o exposto relativamente à óbvia e comum onerosidade dos serviços de manutenção e assistência técnica cits., e uma vez que se afigura notório que o custo e o preço da prestação de tais serviços pelo prazo de 36 meses se encontram “diluídos ou incluídos” (e não discriminados) no custo e no preço globais do contrato (a pagar no prazo de 120 dias, acrescido de 60 dias), devemos concluir que a forma como o Caderno de Encargos, bem como o contrato, foram normativamente densificados, **torna impossível aferir do cumprimento deste normativo legal quanto à importante componente contratual relativa à prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica. Tratou-se de o contratante público, na realidade, contornar o artigo 292º cit.**

¹⁸ Cfr. os pontos 25 e 27 dos factos provados.

Assim, uma vez que se afigura **certo** que **também** tal componente contratual dos serviços de manutenção e assistência técnica será paga **nos primeiros 180 dias de execução contratual sem que** os futuros (e incertos) serviços de manutenção e assistência técnica tenham sido prestados, é de concluir que a cláusula 17.^a do Caderno de Encargos, bem como a cláusula quarta do contrato, **violam o disposto no n.º 1 do artigo 292.º do CCP.**

O mesmo poderá concluir-se, de igual modo, **em relação aos n.ºs 2, 3 e 6 do citado artigo 292.º do CCP**, os quais determinam que:

*“2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, no caso de a despesa inerente ao contrato se realizar em mais de um ano económico, o contraente público **só pode efetuar adiantamentos de preço quando**, até ao final do ano económico no qual são efetuados os adiantamentos, sejam realizadas prestações ou praticados atos preparatórios ou acessórios das mesmas de montante igual ou superior aos valores adiantados.*

3 - Em casos excecionais, podem ser efetuados adiantamentos sem que estejam reunidas as condições previstas nos números anteriores, mediante decisão fundamentada do órgão competente para autorizar a correspondente despesa.

(...)

6 - Os termos concretos da imputação a que se refere o número anterior, incluindo a aplicação das fórmulas que sejam julgadas relevantes, devem ser fixados no contrato.”

Aliás, quando questionada acerca do cumprimento do citado artigo 292.º do CCP, a DRI alegou que, a admitir que se estivesse perante um adiantamento de preço as condições de pagamento definidas no Caderno de Encargos e no contrato, estariam conformes “(…) *com o disposto no artigo 292.º do CCP, em particular com o disposto nos seus n.ºs 3 e 4, uma vez que o órgão competente para autorizar a correspondente despesa, ou seja, o órgão competente para a decisão de contratar, ao aprovar o caderno de encargos, nomeadamente as condições de pagamento previstas na Cláusula 17.^a, decidiu o adiantamento de preço (...)*” (cfr. o ponto 19) dos factos provados). **Não obstante, conforme decorre da própria letra da lei**, a mera aprovação do caderno de encargos pelo órgão competente para autorizar a despesa (correspondente ao órgão competente para a decisão de contratar), não é condição suficiente para dar cumprimento ao disposto no artigo 292.º do CCP.

Estão assim preenchidas as previsões das alíneas b)-2^a parte e c) do n.º 3 do art. 44º da LOPTC.

Por outro lado, a par de o contrato administrativo misto ora em análise violar os n.ºs 1 a 3 e 6 do invocado artigo 292.º do CCP, decorrente da circunstância de o custo e preço da prestação dos serviços de manutenção e assistência técnica pelo

prazo de 36 meses se encontrar diluído no custo e preço globais do presente contrato a pagar nos primeiros 180 dias da sua execução, **este instrumento jurídico viola, de igual modo, o n.º 3 do artigo 299.º do CCP.**

Dispõe o mencionado preceito que, “[c]onstando do contrato data ou prazo de pagamento, os pagamentos devidos pelo contraente público devem ser efetuados no prazo de 30 dias após a entrega das respetivas faturas, **as quais só podem ser emitidas após o vencimento da obrigação a que se referem**” – negrito nosso.

Conforme elucida Jorge Andrade da Silva¹⁹, o “[v]encimento da obrigação é o momento em que, legal ou contratualmente, a obrigação deve ser cumprida pelo devedor. Se a lei fixa um prazo para esse cumprimento ou as partes o convencionaram, é o termo desse prazo que provoca o vencimento da obrigação; se não há prazo fixado, pode o credor exigir esse pagamento quando quiser (...), vencendo-se a obrigação com a interpelação do devedor ao cumprimento”.

Com efeito, **encontra-se contratualmente definido no n.º 4 da cláusula 17.ª do Caderno de Encargos (e da cláusula quarta do contrato) que** as faturas a apresentar em sede da execução do presente título jurídico **devem incluir** os serviços de manutenção e assistência técnica a prestar ao longo dos 36 meses do contrato, serviços cujas obrigações só se vencem quando e se o cocontratante for notificado pelo contraente público das eventuais ocorrências que impliquem a manutenção e assistência técnica dos bens já adquiridos e instalados nos termos das cláusulas 11.ª e 12.ª do Caderno de Encargos.

Assim, os pagamentos de tais serviços deveriam ser suscetíveis de respeitar a regra legal resultante do normativo legal inserido no cit. n.º 3 do artigo 299.º do CCP.

No entanto, paradoxalmente, o contrato em causa impõe a faturação e o pagamento de todo o preço contratual nos primeiros 180 dias de execução do contrato de 36 meses, estabelecendo que todas as faturas que deveriam ser emitidas em sede da prestação (futura e incerta) dos serviços de manutenção e assistência técnica entre o 181.º dia de execução contratual e o último dia dos 36 meses de prazo venham a ser **emitidas antes do vencimento da respetiva obrigação.**

Assim sendo, as regras contratuais que constam da cláusula 17.ª do Caderno de Encargos, bem como da cláusula quarta do contrato, desrespeitam o citado n.º 3 do artigo 299º do CCP.

¹⁹In op.cit, pág. 839.

Portanto, afigura-se que a melhor interpretação jurídica dos factos expostos, bem como do teor da cláusula 17.^a do Caderno de Encargos e da cláusula quarta do Contrato, **nos diz que** tal clausulado viola o artigo 292.º do CCP e, bem assim, o n.º 3 do artigo 299.º do mesmo diploma, uma vez que esse clausulado **possibilita aquilo que os normativos legais referidos visam impedir: a realização de pagamentos e faturações por prestações contratuais (i) ainda não realizadas ou (ii) não realizadas** (e futuras ou eventuais, *in casu*), tudo sem que o interesse público esteja devidamente acautelado²⁰.

Considerando os interesses financeiros que o quadro normativo referenciado protege, conclui-se que os cits. artigos 292.º n.ºs 1, 2, 3 e 6 e 299.º n.º 3, ambos do CCP, configuram **normas legais financeiras**.

Em síntese, (i) a evidente inclusão do “preço e do custo da prestação de serviços de manutenção e assistência técnica devida durante os 36 meses” no “preço e no custo dos primeiros 180 dias do contrato”, (ii) aliada às cláusulas contratuais mencionadas nos factos provados n.º 11 a 13 e 17, traz consigo a previsão contratual do desrespeito pelo disposto nos artigos 292º n.ºs 1, 2, 3 e 6 e 299º n.º 3 do CCP.

Pelo que esse desrespeito constitui fundamento de recusa de visto prévio, nos termos da **alínea b) do n.º 3** do artigo 44.º da LOPTC (*violação direta de normas financeiras*); além de estar preenchida a previsão da **alínea c)** do mesmo n.º 3 (*ilegalidades que podem alterar o resultado financeiro do contrato*).

B.2. O financiamento europeu dos serviços de manutenção e assistência técnica

Conforme informado pelos serviços da DRI na Informação n.º INF/2301/2023 de 17/08/2023, na qual foi emanado o Despacho do Secretário Regional de Finanças de 22/08/2023, referente à decisão de contratar, o financiamento da presente contratação encontra-se “(...) enquadrado no Programa de Recuperação e Resiliência (PRR) (...)”, designadamente “(...) no projeto *P1.4 - Centralização e Renovação de datacenters existentes” do Eixo 1 da Componente 19, Investimento 5 da Dimensão Transição Digital do PRR RAM, subinvestimento “C19-i05.01-RAM - Transição Digital da Administração Pública da RAM DRI” e com Código do Projeto em PIDDAR *52877 - Armazenamento de Informação Digital da AP” (Ficha

²⁰ O qual só se encontrará assegurado quando se encontrem cumpridos os condicionalismos previstos no artigo 292.º do CCP.

de Projeto em anexo à presente Informação Interna), Programa 057 - Recuperação e Resiliência e Medida 102 - Plano de Recuperação e Resiliência.”

Com efeito, para o que ora releva, **veja-se o disposto no ponto 5 do Anexo II (Orientação Técnica Específica)** ao mencionado Contrato de Financiamento, que determina que constituem **despesas elegíveis** “(...) *todas as despesas que se destinem, exclusivamente, à concretização do Investimento contratualizado entre o IDR, IP-RAM e a DRI, desde que estejam em conformidade com o texto do PRR aprovado e com as regras de elegibilidade nesta OTE (...)*”, e **despesas não elegíveis**, entre outras:

“(...)”

*b) Os custos normais de funcionamento, não previstos no Investimento contratualizado, bem como **custos de manutenção, e custos relacionados com atividades de tipo periódico ou contínuo;***

(...)” – negrito nosso.

Já nos termos do ponto 6 do mencionado Anexo II, “[a] *taxa de financiamento do Investimento é de **100% do valor global elegível**, até ao limite máximo indicado no ponto 15. Considera-se **valor global elegível a soma dos valores das despesas consideradas elegíveis (...)***” – negritos nossos.

Assim, ainda que os custos e preços relativos aos serviços de manutenção e assistência técnica se encontrem incluídos (“diluídos”) no custo global e preço global do presente contrato, e não se encontrem devidamente discriminados no presente procedimento, decorre do aludido Anexo II ao Contrato de Financiamento celebrado entre o IDR, IP-RAM e a DRI que os mesmos configuram despesas não elegíveis para efeitos de obtenção do mencionado financiamento, **pelo que a sua “diluição” no preço de despesas elegíveis contorna a limitação imposta pelo citado ponto 5 do Anexo II ao Contrato de Financiamento, traduzindo-se numa maximização indevida e muito arriscada do financiamento pelo PRR.**

Ora, perante isto, não existem dúvidas de que a adjudicante **não dispõe de um modo seguro e real dos meios financeiros necessários** para assegurar a totalidade dos encargos decorrentes da presente contratação, pelo que nos encontramos perante uma situação de **falta real** de financiamento garantido dos encargos assumidos.

Nesta sede, atente-se ao disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 7.º do Contrato de Financiamento, bem como na alínea g) do ponto 10 do respetivo Anexo II, que impõem, como obrigação da primeira outorgante (DRI) perante a

segunda outorgante (IDR, IP-RAM), a **reposição** dos “(...) montantes indevidamente recebidos (...)” e o cumprimento das “(...) sanções administrativas aplicadas”.

Ademais, considerando que os custos e preços relativos à manutenção e assistência técnica não se encontram discriminados no presente contrato, não existem indícios de que tais custos (cujas prestações foram contratualizadas pelo prazo de 36 meses) são efetivamente inferiores aos valores e custos da prestação contratual referente à aquisição de bens (os quais devem ser entregues no prazo máximo de 120 dias a contar do início da produção de efeitos do contrato).

Assim, a presente contratação efetuada nos moldes expostos, **poderá impedir** que a entidade financiadora do presente mecanismo (União Europeia) e as demais entidades responsáveis pelo nível de auditoria e controlo do PRR, possam descortinar, de entre as despesas assumidas, **quais aquelas** que **exatamente** configuram despesas elegíveis e quais as que não o são.

Pelo que, ao diluir os custos e preços dos serviços de manutenção e assistência técnica (não elegíveis) nos custos e preços contratuais globais, a DRI corre o sério risco de ficar totalmente desprovida de financiamento para fazer face aos encargos ora assumidos.

A falta real de fonte de financiamento para fazer face às despesas assumidas pela entidade pública configura uma ilegalidade que pode alterar o resultado financeiro do contrato ora sujeito a visto, situação que configura fundamento da recusa de visto nos termos da cit. alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Mas também é fundamento de recusa do visto por força (i) da parte final do n.º 1 do cit. artigo 44º (*os encargos devem ter cabimento em verba orçamental própria, sendo objetivo da fiscalização prévia verificar isso mesmo*) **conjugado com (ii) a primeira parte da alínea b) do n.º 3 do mesmo artigo 44º** (*o visto deve ser recusado se qualquer ilegalidade detetada implicar encargos sem cabimento em verba orçamental própria*).

No fundo, podemos aqui falar de *falta de cabimento real em verba orçamental própria*. Por oposição a falta de cabimento formal.

É que decorre do **n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 28/92** que nenhuma despesa pode ser efetuada sem que, (i) além de ser legal, (ii) se encontre suficientemente discriminada no Orçamento da Região Autónoma da Madeira e (iii) tenha cabimento no correspondente crédito orçamental, sem prejuízo das exceções legais.

- Vide o Acórdão deste TdC com n.º 22/2012 - de 27.nov – 1ªS/PL.

*

III – DISPOSITIVO

Pelo exposto, (i) ao abrigo das disposições legais citadas, (ii) do n.º 4 do artigo 214.º da Constituição, (iii) dos artigos 44.º a 46.º e 80.º a 82.º da LOPTC e ainda (iv) do artigo 80.º n.º 1-al. a) do RTC como publicado em 2018 e 2021, **o Tribunal de Contas decide recusar o visto prévio ao citado contrato.**

Os emolumentos legalmente devidos são no montante de 20,60 euros.

*

Registe e notifique (também ao Ministério Público).

Publicite-se oportunamente na *Intranet* e no sítio do tribunal na *Internet*.

Funchal, Região Autónoma da Madeira, 11-01-2024.

O JUIZ CONSELHEIRO

Assinado por: **Paulo Heliodoro Pereira Gouveia**
Num. de Identificação: 07667466
Data: 2024.01.11 11:38:16+00'00'

(Paulo H. Pereira Gouveia)

Participei na sessão.

A Assessora

Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

Participei na sessão.

O Assessor

Alberto Miguel Faria Pestana

(Alberto Miguel Faria Pestana)

