



DECISÃO N.º 01/2013 – SRATC

Processo n.º 082/2012

1. Foi presente, para fiscalização prévia da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, o *contrato de fornecimento de equipamentos e materiais para a realização de análises clínicas*, celebrado em 31-10-2012, entre o Hospital do Divino Espírito Santo de Ponta Delgada (HDES), E.P.E., e a Farmaçor – Comércio de Produtos Químico-Farmacêuticos dos Açores, S.A., pelo preço de € 2 087 615,89, acrescido de IVA, e com o prazo de execução de 4 anos.
2. Suscitaram-se, porém, dúvidas quanto à fixação do prazo do contrato.
3. Para além dos factos referidos no ponto 1. relevam, ainda, os seguintes:
 - 3.1. Em informação de 21-06-2011, a Direção de Serviços de Aprovisionamento do HDES propôs a abertura de concurso público com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) com vista ao fornecimento de equipamentos e materiais para realização de análises clínicas, bem como a aprovação das peças do procedimento, referindo, quanto ao prazo do fornecimento, que se torna «...necessário adquirir os bens acima referidos, pelo prazo de 3 anos, com possibilidade de renovação por mais um ano», acrescentando, no ponto 2.:

A fixação de um prazo de vigência do contrato a celebrar superior a três anos em virtude de o serviço contratado incluir a cedência de equipamentos, para a realização das análises clínicas, cuja amortização no prazo de três anos penalizam o preço global da prestação.
 - 3.2. A proposta foi aprovada por deliberação do Conselho de Administração do HDES, de 22-06-2011.
 - 3.3. No tocante ao prazo do fornecimento, o caderno de encargos estipula:

Cláusula 3.ª

Prazo

[...] O fornecimento objecto do presente concurso tem a duração de 3 anos, a contar da data da adjudicação ou do visto do tribunal de contas, com possibilidade de renova-



ção por mais um ano[...], se nenhuma das partes o denunciar, até ao limite máximo de quatro anos.

- 3.4.** No documento relativo às cláusulas técnicas, que integra as peças do procedimento, no ponto 1, que tem como epígrafe *Introdução*, pode-se ler: «O Hospital do Divino Espírito Santo de Ponta Delgada, EPE (HDES) pretende contratar o fornecimento de meios para a realização de análises clínicas pelo período de 3 anos, com possibilidade de prorrogação por mais 1 ano».
- 3.5.** No anúncio publicitado em JOUE¹, no ponto relativo à duração do contrato ou prazo para a sua execução, estabelece-se: «período em dias 365 (a contar da data da adjudicação)».
- 3.6.** No anúncio publicitado em Diário da República², no ponto relativo ao prazo de execução do contrato, fixa-se: «Prazo contratual de 48 meses a contar da celebração do contrato».
- 3.7.** No decurso do procedimento concursal, o concorrente Farmaçor pediu esclarecimentos sobre:
- 5- No anexo 2 – Lista e quantidades de parâmetros a concurso**
As quantidades a concurso apresentadas são para os 4 anos?
Essas mesmas quantidades já incluem 3 níveis de controlos p/ todos os parâmetros, p/ os 4 anos?³
- 3.8.** Ao que foi respondido pelo HDES que «[o]s valores apresentados são para 4 anos e incluem os controlos de 3 níveis que se estima realizar no mesmo período»⁴.
- 3.9.** A proposta escolhida compromete-se com um período de fornecimento de 48 meses⁵.
- 3.10.** Finalmente, na cláusula terceira do contrato celebrado, convencionou-se: «O segundo outorgante obriga-se a fornecer os bens objecto do presente contrato pelo prazo de 4 (quatro) anos».
- 3.11.** O processo de fiscalização prévia foi devolvido a fim de que o HDES esclarecesse:
- (...) o prazo do fornecimento publicitado no ponto II.3) da secção II do anúncio de concurso 2011/S 127-211008, publicado no suplemento do Jornal Oficial da União

¹ Anúncio de concurso n.º 2011/S 127-211008, de 06-07-2011.

² Anúncio de procedimento n.º 3313/2011, publicado no Diário da República, II Série, n.º 126, de 04-07-2011.

³ Pedido de esclarecimentos de 19-07-2011.

⁴ Resposta ao pedido de esclarecimentos, remetida aos interessados através de mensagem de correio eletrónico, de 05-09-2011.

⁵ *Cfr.* acto de compromisso da proposta base, de 29-09-2011, apresentado pela adjudicatária.



Europeia (JOUE) n.º 127, de 06-07-2011 (“*Período em dias 365 dias*”), face à indispensabilidade de um prazo de vigência do contrato superior a três anos (“*três anos com a possibilidade de renovação por mais um*”), expressa na informação em que se fundamentou a deliberação do Conselho de Administração, de 22-06-2011, que determinou a abertura do procedimento, e ao prazo de quatro anos que veio a ser fixado na cláusula terceira do contrato, o que, atendendo aos condicionalismos indicados na mencionada informação, afigura-se suscetível de afastar os potenciais interessados a quem se dirige a publicitação no JOUE.⁶

3.12. Solicitou-se, ainda, o envio do «[c]omprovativo da publicação no JOUE da decisão de prorrogação do prazo fixado para a apresentação das propostas, nos termos dos artigos 64.º, n.º 4, e 131.º, n.ºs 1 a 3 do CCP»⁷.

3.13. Em resposta, a Presidente do Conselho de Administração do HDES alegou:

1 – O conteúdo do anúncio publicitado no JOUE, diverge do conteúdo da mesma publicação no Diário da República. Porém, a publicitação no Diário da República II Série (n.º 126 de 4 de julho de 2011) está correta, sendo que a respetiva reprodução no Jornal das Comunidades é automática (ver ponto 16 do anúncio no DR), ou seja, aquela divergência é alheia a este Hospital, sendo que apenas agora com a vossa comunicação detetamos a sua existência.

Ainda assim entendemos que este lapso não afastou qualquer concorrente, porquanto, para o objeto do concurso, existe um reduzido n.º de empresas no mercado mundial, sendo que todas elas estão representadas em Portugal e apresentaram proposta.

2 – A publicitação no JOUE da prorrogação do prazo, é automática com a respetiva publicitação no DR (ver ponto 16 do anúncio no DR II Série, n.º 184 de 23/09/2011), Contudo apesar de várias tentativas não encontramos a referida publicação, o que nos leva a supor que poderá ter ocorrido um lapso, apesar do HDES ter efetuado o procedimento correto. Acresce que simultaneamente com a decisão de prorrogação, a todos os concorrentes que já haviam levantado o Caderno de Encargos, foi enviado um ofício comunicando aquele fato.⁸

4. Do descrito nos pontos 3.1. a 3.10., *supra*, conclui-se que se verificaram divergências relativamente ao prazo do fornecimento em causa em documentos essenciais do procedimento, com uma variação temporal de relevo: 365 dias, três anos (com a possibilidade de prorrogação por mais um) e quatro anos.

Na decisão de contratar, o conselho de administração do HDES fixou o prazo de três anos com a possibilidade de prorrogação por mais um, em consonância com o caderno de

⁶ Ofício n.º 1659-UAT I, de 21-11-2012.

⁷ *Idem*.

⁸ Ofício n.º S-HDES/2012/2311, de 14-12-2012.



encargos aprovado no mesmo ato. As publicações efetuadas, pelo contrário, divulgam prazos completamente diferentes: no anúncio publicado no Diário da República, o prazo do fornecimento seria, à partida, de 48 meses; no Jornal Oficial da União Europeia, o fornecimento posto a concurso seria por apenas 365 dias. Acresce que, na fase de esclarecimentos sobre as peças do procedimento, são dadas aos interessados informações que pressupõem um prazo de quatro anos, quando o caderno de encargos fixava o prazo de três anos, suscetível de prorrogação por mais um. Finalmente, no contrato fixa-se *ab initio* o prazo de quatro anos, contrariando o caderno de encargos.

O prazo do fornecimento constitui um elemento essencial. Não é indiferente para o valor das propostas, ou até para a decisão dos potenciais interessados se apresentarem a concurso, que o prazo seja de um ano, três anos, suscetível de prorrogação por mais um, ou quatro anos.

Na própria proposta de abertura do procedimento refere-se a importância do prazo neste tipo de fornecimento na medida em que inclui «... a cedência de equipamentos, para a realização das análises clínicas, cuja amortização no prazo de três anos penalizam o preço global da prestação»⁹.

5. Deste modo, quem tomou conhecimento do concurso por via do Jornal Oficial da União Europeia pode ter-se desinteressado de concorrer por causa do prazo do fornecimento aí divulgado.

Além disso houve uma prorrogação do prazo de apresentação das propostas que não se demonstra ter sido publicitada no JOUE, o que também pode afastar potenciais interessados em concorrer utilizando o alargamento do prazo para o efeito.

O anúncio não indica corretamente a duração do contrato, conforme exige o modelo constante do anexo II do Regulamento (CE) n.º 1564/2005, da Comissão, de 7 de setembro, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1792/2006, da Comissão, de 23 de outubro, com inobservância do disposto no n.º 1 do artigo 131.º do CCP. A falta de publicação do aviso das decisões de prorrogação do prazo fixado para a apresentação das propostas viola, por seu turno, o disposto no n.º 4 do artigo 64.º do CCP.

⁹ V. ponto 3.1., *supra*.



Não cabe aqui averiguar se houve mero lapso, como alega a Presidente do Conselho de Administração do HDES, ou se houve intenção de afastar potenciais concorrentes.

Trata-se de constatar, objetivamente, que o concurso divulgado no JOUE não corresponde, num elemento essencial, ao contrato que veio a ser celebrado.

6. Ora, a contratação pública rege-se, entre outros, pelos princípios da transparência e da concorrência (artigo 1.º, n.º 4, do CCP), sendo que «[d]estes princípios decorre que o critério de escolha do co-contratante da administração e as condições essenciais do contrato que se pretende celebrar devem ser definidos e ser dados a conhecer a todos os interessados previamente à apresentação das propostas (...), devendo ainda a administração garantir uma adequada publicidade da sua intenção de contratar (...)»¹⁰.

Sendo ainda de sublinhar que «a publicidade, que tem a sua máxima expressão nos procedimentos abertos, constitui, por isso, uma “obrigação” pressuposta pela igualdade, sob pena de esta ser “*letra morta*”. Isto é, sem publicidade, sem procedimentos abertos, acessíveis a todos os interessados, não há igualdade»¹¹.

7. O conjunto de circunstâncias que rodearam a divulgação do concurso veio prejudicar a obtenção do melhor resultado financeiro da contratação em causa, já que restringiu o universo de potenciais concorrentes.

Assim, em vez da possibilidade, proporcionada pelo concurso público, de escolher de entre um conjunto alargado de propostas a que fosse economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante acabou por limitar as empresas interessadas em apresentar propostas, com a consequente suscetibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato.

8. Em conclusão:

- a) O prazo do fornecimento, fixado no caderno de encargos, é de três anos, com a possibilidade de prorrogação por mais um ano, no entanto, os anúncios efetuados divergem quanto a este elemento, indicando ora 365 dias (Jornal Oficial da União Europeia), ora 48 meses (Diário da República);

¹⁰ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Actividade administrativa*, D. Quixote, 2009, Tomo III, p. 337.

¹¹ Como tem sido considerado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *cfr.*, CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, p. 153 e 154.



- b) Esta divergência é suscetível de reduzir o universo concorrencial, já que as empresas que apenas consultassem o JOUE, perante um prazo tão curto, não teriam qualquer motivação para apresentar propostas, por o fornecimento envolver a cedência de equipamentos, segundo o próprio entendimento da entidade adjudicante manifestado na decisão de contratar;
- c) Tal ilegalidade, por violação do disposto no n.º 1 do artigo 131.º, é, assim, suscetível de alterar o resultado financeiro da contratação em causa;
- d) Como também é suscetível de alterar o resultado financeiro a falta de publicação no JOUE do aviso das decisões de prorrogação do prazo de apresentação das propostas, em incumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 64.º do CCP.
9. Nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, constitui fundamento da recusa do visto a ilegalidade que altere ou possa alterar o resultado financeiro.
- Assim, o Juiz da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em sessão ordinária, ouvidos o Ministério Público e os Assessores, decide, com os fundamentos expostos, recusar o visto ao contrato em referência.

Emolumentos: € 20,60.

Notifique-se.



Tribunal de Contas
Secção Regional dos Açores

DECISÃO N.º 01/2013 – SRATC (Processo n.º 082/2012)

Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas, em 22 de Janeiro de 2013

O JUIZ CONSELHEIRO

(Nuno Lobo Ferreira)

O ASSESSOR

(Fernando Flor de Lima)

O ASSESSOR

(Carlos Bedo)

Fui presente
O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(João Paulo Ferraz Carreira)