

PROCESSO N° 4/2010 - AUDIT. 1ª S

RELATÓRIO N° 14/2010



Instituto Português de Oncologia do Porto
Francisco Gentil, EPE

*Concurso Público Internacional
N° 180001/2007*

★★★

*Fornecimento e Instalação de
Sistema de Digitalização,
Arquivo e Distribuição de
Imagem Radiológica*



TRIBUNAL DE CONTAS
LISBOA
2010



ÍNDICE

CAPÍTULO I

I – INTRODUÇÃO	3
II – ENQUADRAMENTO LEGAL E INSTITUCIONAL	
a) Natureza da entidade	5
b) Sujeição dos contratos da entidade a fiscalização prévia do Tribunal de Contas	8

CAPÍTULO II

II.1. MATÉRIAS ANALISADAS E FACTOS APURADOS NO DECURSO DA AUDITORIA

II.1.1. Procedimento prévio e legislação aplicável	14
II.1.2. Execução contratual: execução material versus execução financeira	20
II.1.3. Efeitos financeiros antes do visto	22

CAPÍTULO III

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO	31
--------------------------------------	-----------

CAPÍTULO IV

CONCLUSÕES	32
-------------------	-----------

CAPÍTULO V

DECISÃO	36
----------------	-----------

FICHA TÉCNICA	38
----------------------	-----------



Tribunal de Contas



CAPÍTULO I

I. INTRODUÇÃO

Em 27.02.2008, foi submetido à apreciação do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia, o contrato celebrado **em 20.02.2008** entre o Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E. (IPO), e a empresa SECTRA – Medical Systems, S. L., destinado ao fornecimento e instalação de um Sistema de Digitalização, Arquivo e Distribuição de Imagem Radiológica (Sistema RIS/PACS), no valor de 1.605.800 € (sem IVA) a pagar como contrapartida das seguintes prestações: fornecimento e instalação de hardware; fornecimento e instalação de software; configuração do sistema e formação dos utilizadores.¹

Na sequência da análise efectuada ao processo foram solicitados vários esclarecimentos e documentação, numa primeira fase, por iniciativa dos serviços da Direcção-Geral do Tribunal de Contas encarregues dessa análise, e numa segunda fase, mediante despacho judicial proferido em sessão diária de visto de 09.05.2008.²

As questões relativamente às quais foram solicitadas informações e esclarecimentos reportavam-se, essencialmente, à eventual existência de efeitos financeiros antecipados e a irregularidades na condução do procedimento concursal que precedeu a celebração do contrato.

O IPO em 16.01.2009,³ veio informar que àquela data já tinham sido efectuados pagamentos no valor de 1.605.800,00 €, ou seja, a totalidade do preço estipulado no contrato, entendendo, por isso, que esse facto prejudicava eventuais esclarecimentos relativamente às outras matérias questionadas.

Considerando que aquando do envio da sua resposta o IPO não remeteu, de novo, o contrato em apreço, o qual, constitui nos termos legais o documento a sujeitar a fiscalização prévia (artigo 46º, nº1, alínea b) da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, na redacção da Lei nº 48/2006 de 29 de Agosto), inviabilizando, deste modo, a

¹ Registado na Direcção-Geral do Tribunal de Contas com o nº 264/2008.

² Comunicado ao IPO através do ofício da Direcção-Geral do Tribunal de Contas com a referência DECOP/UATIII/2261/08, de 09.05.2008.

³ Ofício com a referência CA/MS – 16, completado com o ofício com a referência 24/CA de 23.01.2009.



Tribunal de Contas

possibilidade legal de o Tribunal de Contas, nessa sede, se pronunciar acerca da legalidade do referido contrato, foi decidido através de despacho judicial proferido em sessão diária de visto de 9 de Março de 2009, que se procedesse no âmbito da fiscalização concomitante a cargo da 1ª Secção deste Tribunal, a uma acção que possibilitasse a adequada identificação de eventuais ilícitos verificados no processo em análise, circunstâncias em que os mesmos ocorreram e respectivos responsáveis.

Para cumprimento destes objectivos, afectou-se uma equipa pertencente ao Departamento de Controlo Concomitante, a qual se deslocou ao Instituto Português de Oncologia do Porto nos dias 29 e 30 de Abril de 2009, tendo aí estabelecido contactos com diversos dirigentes e técnicos dessa instituição, a fim de esclarecer todas as questões controvertidas.

Uma vez apuradas as circunstâncias em que se desenrolou o processo que culminou com a celebração e a execução do contrato com a empresa SECTRA, para o fornecimento e instalação do Sistema RIS/PACS, elaborou-se o respectivo Relato de Auditoria, no qual se procedeu ao enquadramento jurídico dos factos revelados e à identificação dos seus responsáveis.

Para os efeitos do artigo 13º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, foi o mencionado Relato notificado aos aí indiciados responsáveis, Presidente do Conselho de Administração do IPO, José Maria Laranja Pontes, vogais do Conselho de Administração, Cristina Resende e Ana Strecht Monteiro, e ainda, ao ex-vogal do Conselho de Administração, Pedro Esteves.⁴

Os responsáveis acima identificados pronunciaram-se sobre o conteúdo do relato e, especificamente, sobre os factos cuja responsabilidade lhes era imputada, dentro do prazo fixado para o efeito (15 dias úteis)⁵ e de forma individual, tendo as respectivas pronúncias sido tomadas em consideração na elaboração do presente relatório.

⁴ Ofícios da Direcção-Geral do Tribunal de Contas nºs 2158 a 2161, todos de 10.02.2010.

⁵ Despacho proferido em 08.02.2010, na Informação nº 129/09 – DCC, de 9 de Junho.



II. ENQUADRAMENTO LEGAL E INSTITUCIONAL

a) Natureza da entidade

O Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E., cujos estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro⁶, é a entidade jurídica que nos termos do Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, sucedeu ao Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil – Centro Regional de Oncologia do Porto, S.A, o qual, por sua vez, tinha resultado da transformação operada pelo Decreto-Lei n.º 282/2002, de 10 de Dezembro, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, do Centro Regional do Porto do Instituto Português de Oncologia de Francisco Gentil, criado pelo Decreto-Lei n.º 178/77, de 3 de Maio, e que funcionou em regime de instalação até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 445/85, de 24 de Outubro.

De acordo com o disposto no artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, o Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E. é uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, regendo-se pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais previsto no Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro⁷, com as especificidades constantes do próprio Decreto-Lei n.º 233/2005 e dos seus estatutos e, ainda, pelo estatuído nos respectivos regulamentos internos e pelas normas em vigor para o Serviço Nacional de Saúde, neste caso desde que compatíveis com o disposto no citado diploma legal.

Do quadro legal aplicável salientam-se os seguintes aspectos, comuns, aliás, a todos os hospitais EPE:

- ✚ A definição da prestação de cuidados de saúde à população como seu objecto principal;
- ✚ A consagração, como órgãos sociais, de um conselho de administração, de um fiscal único e de um conselho consultivo;

⁶ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 50-A/2007, de 28 de Fevereiro.

⁷ Republicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.



Tribunal de Contas

- ✚ A consagração, como vogais obrigatórios do conselho de administração, do director clínico e do enfermeiro-director;
- ✚ A sujeição a superintendência do Ministro da Saúde e a tutela deste e do Ministro das Finanças;
- ✚ O financiamento nos termos da Base XXXIII da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro;
- ✚ O pagamento dos actos e actividades através de contratos-programa a celebrar com o Ministério da Saúde, tendo como referencial os preços praticados no mercado para os diversos actos clínicos;
- ✚ O capital estatutário detido pelo Estado e a constituição obrigatória de uma reserva legal e de uma reserva para investimentos;
- ✚ A sujeição ao Plano Oficial de Contabilidade do Ministério da Saúde, com as adaptações fixadas em despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Saúde;⁸
- ✚ A fixação de um conjunto de instrumentos de gestão previsional a utilizar na gestão financeira e patrimonial (*planos plurianuais e anuais de actividades, de investimento e financeiros, com um horizonte de três anos, orçamento anual de investimento, orçamento anual de exploração, desdobrado em orçamento de proveitos e orçamento de custos, orçamento anual de tesouraria, balanço previsional, contratos-programa externos e contratos-programa internos*);
- ✚ A fixação de um conjunto de instrumentos de prestação de contas que deve ter lugar, anualmente e por referência a 31 de Dezembro de cada ano (*relatório do conselho de administração e proposta de aplicação dos resultados, relatório sobre a execução anual do plano plurianual de investimentos, balanço e demonstração de resultados, demonstração de*

⁸ Despacho n.º 17 164/2006, publicado no Diário da República, 2ª Série, n.º 164, de 25.08.2006.



fluxos de caixa, relação dos empréstimos contraídos a médio e longo prazos, certificação legal de contas e relatório e parecer do fiscal único);

- ✚ De acordo com o artigo 13º, nº 1, do Decreto-Lei nº 233/2005, de 29 de Dezembro, a aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos hospitais EPE, regia-se, à data,⁹ pelas normas de **direito privado**, sem prejuízo da aplicação do regime do direito comunitário relativo à contratação pública;
- ✚ Por seu turno, o nº 2 daquele mesmo preceito impunha que os regulamentos internos das referidas entidades garantissem o disposto no seu nº 1, bem como, sempre, o cumprimento dos princípios da livre concorrência, transparência e boa gestão, designadamente a fundamentação das decisões tomadas;
- ✚ Neste sentido, o artigo 74º, nº 1, do Regulamento Interno do IPO¹⁰, dispunha que “A contratação de bens e serviços rege-se pelas normas de direito privado, sem prejuízo da aplicação do regime do direito comunitário relativo à contratação pública”, adiantando-se no nº 3 da norma citada que, relativamente às empreitadas a respectiva contratação “(...) rege-se pelas normas estabelecidas no Decreto-Lei 59/99, de 2 de Março”.

Resulta do exposto e com relevância para a matéria a auditar que, até ao início de vigência do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, ocorrida em 30.07.2008, a aquisição de bens móveis e serviços e a contratação de empreitadas por parte dos hospitais EPE só estavam sujeitas, respectivamente, ao regime do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, e do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, quando o valor estimado dos contratos excedesse os limiares comunitários.¹¹

⁹ A situação deve ser reponderada em face da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, atenta a revogação daquela norma pela alínea o) do nº 1 do artigo 14º do Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro e o disposto no nº 6 do artigo 5º do referido Código dos Contratos Públicos.

¹⁰ O qual, de acordo com os elementos disponíveis, terá sido aprovado em Abril de 2006.

¹¹ Sem embargo da possibilidade de as referidas entidades poderem, mesmo abaixo de tais valores, discricionariamente, observar os diplomas citados, ou deverem, vinculadamente, cumpri-los, quando tal se achasse consagrado no respectivo regulamento interno.



b) Sujeição dos contratos da entidade a fiscalização prévia do Tribunal de Contas

No que respeita ao exercício da competência de fiscalização financeira constitucionalmente atribuída ao Tribunal de Contas, o Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, enquanto entidade pública empresarial, está sujeito à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, por força do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto¹².

Por outro lado e nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea c), da aludida LOPTC, na redacção introduzida pela referida Lei n.º 48/2006, a fiscalização prévia passou a incidir também sobre “(...) os actos e contratos (...) das entidades de qualquer natureza criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública, com encargos suportados por transferência do orçamento da entidade que as criou, sempre que daí resulte a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas (...)”.

Resulta desta norma que, em determinadas circunstâncias, as entidades referidas no n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC (como é o caso das entidades públicas empresárias) estão sujeitas ao controlo prévio do Tribunal de Contas.

Em termos históricos, esteve subjacente à alteração legislativa introduzida a constatação de um movimento de criação de entidades públicas sob diversas formas – designadamente empresariais – de que resultava a subtracção de actos e contratos à fiscalização prévia¹³.

¹² Na vigência da redacção inicial da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto, apenas estava sujeito aos poderes de controlo financeiro do Tribunal e não à sua jurisdição.

¹³ Vd., designadamente, a exposição de motivos da proposta de Lei n.º 73/X: “No que respeita à fiscalização prévia estende-se o seu âmbito a novas entidades que, por não estarem até à data sob a jurisdição do Tribunal, eram frequentemente utilizadas e instrumentalizadas como mecanismo de fuga a estes poderes” e a intervenção do Secretário de Estado do Tesouro e das Finanças no plenário da Assembleia da República, em 24 de Junho de 2006: “ (...) clarifica-se o âmbito da fiscalização prévia, face a entidades que apenas formalmente são empresariais, mas que exercem funções de natureza administrativa”.



Como foi já também sublinhado, designadamente pelo Presidente do Tribunal de Contas, Dr. Guilherme d'Oliveira Martins¹⁴ e pelo Conselheiro Dr. Lídio de Magalhães¹⁵, com esta alteração pretendeu-se manter a obrigatoriedade de visto prévio para as operações efectuadas com a utilização de dinheiros públicos (oriundos de orçamentos públicos) por parte de entidades que desenvolvam funções administrativas, independentemente da natureza ou da forma jurídica da entidade que as realiza, desse modo se combatendo a fuga a essa forma de controlo.

Foi, portanto, objectivo do legislador e constitui finalidade da norma reconduzir certas entidades que, formalmente, se enquadram no n.º 2 do artigo 2.º, da LOPTC, designadamente certas entidades sob a forma de empresas públicas, à submissão à fiscalização prévia.

Isso não significa que o legislador tenha querido contrariar a criação destas entidades, tanto mais que a adopção de mecanismos alternativos de funcionamento e gestão pode ser favorável a uma melhor gestão pública. Quer tão-só dizer que se pretendeu que o controlo prévio do Tribunal de Contas se mantivesse nos casos em que, apesar das alterações de natureza formal, as características fundamentais dos actos de gestão pública permanecessem: aqueles em que se continuam a desenvolver funções administrativas com necessidade de financiamento público.

Tendo presente a finalidade da norma, devem interpretar-se da forma mais adequada à realização dessa finalidade os critérios fixados para a determinação das entidades que, estando incluídas no universo fixado no n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC, têm os seus actos e contratos sujeitos a fiscalização prévia nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea c).

O primeiro dos critérios é que estejamos perante uma entidade criada pelo Estado ou por qualquer outra entidade pública, para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo da Administração Pública.

¹⁴ Cfr. Revista do Tribunal de Contas, n.º 46, de Julho/Dezembro de 2006.

¹⁵ In “A fiscalização prévia do Tribunal de Contas na Lei n.º 48/2006” in Revista de Administração Local, Julho de 2007.



Tribunal de Contas

Ora, são funções administrativas as actividades que, em cumprimento de lei, são asseguradas pelo Estado ou por outras pessoas colectivas públicas para satisfação regular de necessidades colectivas de natureza económico-social, com subordinação aos interesses gerais. No Estado, tais funções são desenvolvidas na dependência do Governo e, nas demais pessoas colectivas públicas na dependência dos respectivos órgãos e, neste caso, com frequência, o Governo mantém poderes de tutela e de superintendência. Como refere João Caupers *“função administrativa é aquela que, no respeito pelo quadro legal e sob a direcção dos representantes da colectividade, desenvolve as actividades necessárias à satisfação de necessidades colectivas”*.

Tem este Tribunal entendido¹⁶ que o preenchimento deste requisito implica que as necessidades colectivas a satisfazer:

- Estivessem antes já identificadas como tal;
- Estivessem antes cometidas a órgão ou serviço integrado no sector público administrativo;
- Mantenham um conteúdo materialmente administrativo¹⁷.

Ora, não há dúvida de que os Hospitais, EPE, são entidades criadas pelo Estado que preenchem estas características, na medida em que a sua actividade, à semelhança do que acontece com todos os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde, se destina à satisfação de necessidades

¹⁶ Cfr., designadamente, as decisões seguidamente identificadas, proferidas nos processos relativos às Subconcessões de Auto-estradas remetidos a fiscalização prévia deste Tribunal pela Estradas de Portugal, SA.: Processo nº 32/09, “Subconcessão do Auto-estrada Transmontana”, decisão proferida em sessão diária de visto (s.d.v.) de 9 de Julho de 2009; Processo nº 585/09, “Subconcessão do Litoral Oeste”, decisão proferida em s.d.v. de 9 de Julho de 2009; Processo nº 361/09, “Subconcessão da Auto-estrada do Baixo Alentejo”, decisão proferida em s.d.v. de 8 de Julho de 2009; Processo nº 1787/08, “Subconcessão do Douro Interior”, decisão proferida em s.d.v. de 7 de Julho de 2009; Processo nº 337/09, “Subconcessão do Baixo Tejo”, decisão proferida em s.d.v. de 7 de Julho de 2009.

¹⁷ Funções materialmente administrativas são as que, no seu desenvolvimento, reúnem, de entre outras, as seguintes características:

- a) Subordinam-se prioritariamente a preocupações de boa prestação de serviços de interesse geral e não a fins lucrativos;
- b) Dão origem a oferta de bens e a prestação de serviços, em regra não sujeitas ao funcionamento do mercado e à concorrência;
- c) Não têm potencial de geração de receitas de natureza mercantil que permitam às entidades que as asseguram assumir integralmente, por si, todos os riscos inerentes àquele desenvolvimento e à sua própria subsistência. Isto é: em última instância, há um ente público que assegura que aquelas funções são efectivamente asseguradas, porque correspondem a interesses gerais impreteríveis;
- d) Na sua execução, é feito apelo ao exercício de poderes de autoridade.



colectivas no domínio da saúde, há muito identificadas, original e tradicionalmente e ainda hoje garantidas por entidades inseridas no sector público administrativo, tendo essa actividade uma natureza não mercantil.

Efectivamente, trata-se de uma actividade exercida em condições que não permitem a auto-sustentação financeira das entidades que a desenvolvem.

É, por isso, que os Hospitais EPE, apesar de assumirem uma forma empresarial, *“apenas formalmente são empresariais”*.

Este aspecto leva-nos ao segundo critério, intrinsecamente ligado ao primeiro.

Exige a lei, para que a entidade se considere submetida aos poderes de controlo prévio deste Tribunal, que os seus encargos sejam *“suportados por transferência do orçamento da entidade que os criou”*.

A jurisprudência deste Tribunal aponta para que esta expressão deve ser entendida no sentido de que o financiamento da entidade em causa há-de incluir fluxos financeiros entre o orçamento da entidade criadora pública e o orçamento da entidade criada, deste modo se suprimindo a incapacidade da entidade para se auto-sustentar, em virtude da natureza não mercantil da sua actividade.

Esses fluxos financeiros são, hoje, de natureza variada e a necessidade de preservar o efeito útil da norma, de forma a não trair ou contornar a sua finalidade, impõe que se adopte um sentido abrangente de transferência que, enquanto fluxo financeiro e/ou jurídico, titule um *“efectivo financiamento público”*.

Para este efeito devem, pois, relevar, todos os fluxos de recursos financeiros públicos da entidade criadora para a entidade criada, contribuindo para o seu funcionamento e, em geral, para as suas actividades, independentemente das soluções técnicas adoptadas. Trata-se de fluxos financeiros ou financiamentos que permitem a subsistência da entidade e a realização, em geral, das suas actividades e, no caso, das entidades sob forma empresarial, sem serem uma contrapartida directa da disponibilização de bens e serviços, de natureza mercantil, em ambiente de concorrência.

Incluem-se, pois, neste conceito, as transferências propriamente ditas (correntes e de capital), os subsídios e as compensações, mas também os movimentos financeiros ao abrigo de contratos-programa, de contratos de gestão e de outros



Tribunal de Contas

instrumentos contratuais e programáticos celebrados entre as entidades criadoras e as criadas, bem como a própria consignação ou atribuição de receitas de natureza tributária.

Em todos estes casos se deve entender que ocorre, substancialmente, um fluxo de recursos financeiros públicos ou de financiamentos públicos entre a entidade criadora e a entidade criada, com o objectivo de a dotar de meios financeiros públicos suficientes para a prossecução da sua actividade não mercantil.

O que importa é que as entidades em causa produzem bens e serviços não mercantis e a sua estrutura de financiamento continua a assentar em impostos e taxas, ou seja, fundamentalmente em receitas não provenientes da produção de bens e prestação de serviços.

Entende-se pois que as entidades criadas e financeiramente mantidas neste modelo devem considerar-se como enquadradas na segunda parte da alínea c) do nº 1 do artigo 5º¹⁸.

Os Hospitais EPE são, como já referimos, remunerados pelo Estado em função da valorização dos actos e serviços que prestam, por linhas de produção, tendo por base uma tabela de preços constante em anexo aos respectivos contratos-programa, para além de beneficiarem também de projectos financiados com receitas públicas consignadas (pelo PIDDAC e por outros programas comunitários, como o Saúde XXI).

Trata-se de um modelo de financiamento que corresponde ao financiamento público de uma actividade não mercantil, em tudo, aliás, semelhante ao que se

¹⁸ Refira-se aliás que esta posição tem também correspondência com o que é propugnado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a propósito da condição de “financiamento público” para que uma entidade possa ser considerada organismo de direito público, à luz do que se dispõe nas Directivas 92/50 e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. No Acórdão de 13 de Dezembro de 2007, no processo C-337/06, pergunta-se se tal condição é preenchida quando as actividades das entidades são financiadas por uma taxa. E responde-se:

- a) *A taxa que assegura o financiamento da actividade “tem origem (...) num acto estatal. É prevista e imposta por lei e não resulta de uma transacção contratual celebrada entre estes organismos e os consumidores. A sujeição à referida taxa (...) não é contrapartida do gozo efectivo dos serviços fornecidos pelos organismos em questão”;*
- b) *“[N]ão deve haver uma diferença de apreciação consoante os meios financeiros transitem pelo orçamento público, cobrando primeiro o Estado a taxa e depois, as receitas resultantes desta à disposição dos organismos (...) ou o Estado confira aos referidos organismos o direito de cobrarem eles próprios a taxa”;*
- c) *“Este modo de financiamento indirecto é suficiente para que a condição relativa ao financiamento pelo Estado (...) esteja preenchida”.*



aplica aos hospitais pertencentes ao sector público administrativo¹⁹, e que, portanto, se enquadra no pressuposto de aplicação da parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LOPTC.

Por estas razões, aliás, se tem considerado que o disposto no n.º 4 do artigo 165.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, não é relevante para esta problemática.

Em conclusão, verificados que estão os requisitos para o efeito, os Hospitais EPE e, em concreto, o Instituto Português de Oncologia do Porto, Francisco Gentil, estão sujeitos ao controlo prévio do Tribunal de Contas, por força do disposto no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), parte final, da LOPTC.

Estando o Instituto Português de Oncologia do Porto, Francisco Gentil, sujeito aos poderes de controlo prévio deste Tribunal, refira-se que o concreto contrato em causa se enquadra também no âmbito objectivo desta fiscalização, por força do disposto nos artigos 46º, nº 1, al. b) e 48º da LOPTC e artigo 121º da Lei nº 67-A/2007, de 31 de Dezembro, conjugado com a Portaria nº 30-A/2008, de 10 de Janeiro,²⁰ uma vez que, é um contrato de aquisição de serviços – fornecimento e instalação de um Sistema de Digitalização, Arquivo e Distribuição de Imagem Radiológica (Sistema RIS/PACS) – e representa uma despesa de 1.605.800 € (sem IVA).

¹⁹ Vide Base XXXIII da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro.

²⁰ Nos termos das disposições legais indicadas, o valor dos contratos a sujeitar a fiscalização prévia do Tribunal do Contas em 2008, era de 333.610,00 €.



CAPÍTULO II

II.1. MATÉRIAS ANALISADAS E FACTOS APURADOS NO DECURSO DA AUDITORIA

II.1.1. Procedimento prévio e legislação aplicável

O contrato que constitui o objecto da presente acção de fiscalização concomitante, foi celebrado na sequência de Concurso Público Internacional, **aberto em 25.01.2007**, mediante despacho autorizador da Vogal do Conselho de Administração, Cristina Resende, publicitado na 2ª série do Diário da República de 08.08.2007, no Jornal “Público” de 16.07.2007 e remetido para publicitação no Jornal Oficial da União Europeia em 12.07.2007.

O **acto público de abertura das propostas** decorreu no dia **11 de Setembro de 2007**, tendo, das nove empresas concorrentes²¹, sido admitidas oito e excluída uma delas (a empresa BOBAMED)^{22/23} com fundamento no disposto nos artigos 104º, nº 3, al. b) e 47º, nº 1, do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho.

As empresas admitidas a concurso foram, num primeiro momento, convidadas²⁴ para fazer uma apresentação das respectivas propostas numa sessão com cerca de 2 horas, no auditório de medicina, com a seguinte estrutura:

- ❖ **Introdução:** 15 minutos para apresentação da empresa
- ❖ **Explicação técnica da proposta:** 60 minutos
- ❖ **Demonstração prática:** 45 minutos (com um posto de trabalho para o médico e outro para o técnico)

²¹ AGFA; FUJIFILM; SECTRA; CARESTREAM; GE PORTUGUESA, S.A.; PHILIPS; INDRA; BOBAMED e SIEMENS.

²² No decurso do acto público de abertura das propostas os representantes das empresas AGFA, FUJIFILM, SECTRA, CARESTREAM, GE e INDRA, reclamaram da decisão do júri em aceitar a proposta da Siemens, devido ao facto de a mesma ter dado entrada 30 minutos após o prazo limite. A reclamação não foi atendida pelas razões que constam no processo (fls. 234 a 238 do processo de visto).

²³ A concorrente que foi excluída com base no facto de “(...) não apresentar valores discriminados para cada uma das três posições, apresentando apenas um valor global, sendo perceptível o valor global para as três posições, não se mostrando possível ao júri por raciocínio e cálculo aritmético suprir as deficiências da proposta”, não recorreu desta decisão, conforme informado pelo IPO no ofício com a referência CA/MS – 159 de 21.04.2008.

²⁴ Mensagens faxes enviadas pelo IPO com a referência 2483/07 RM a 2490/07, datadas, a última de 16.10.2007 e as restantes de 15.10.2007.



Num segundo momento, foram as mesmas empresas convidadas²⁵ a participar num workshop de divulgação interna das soluções preconizadas nas respectivas propostas, nos dias 13 e 14 de Dezembro de 2007.

Posteriormente, em sede de apreciação de propostas (em função dos esclarecimentos entretanto prestados pelos concorrentes), o Júri de concurso decidiu ainda excluir as empresas INDRA, CARESTREAM, AGFA e FUJIFILM, pelas razões constantes da acta n.º 2, relativa à reunião realizada em 23 de Janeiro de 2008²⁶.

Em 28.01.2008, o júri reuniu separadamente com os representantes da SECTRA, GE, PHILIPS e SIEMENS a fim de negociar as soluções preconizadas nas respectivas propostas.²⁷

Em **04.02.2008**, o júri de concurso elaborou o relatório de avaliação final, nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, no qual fez uma apreciação comparativa das quatro propostas restantes, hierarquizando-as da seguinte forma: **1.º SECTRA; 2.º SIEMENS; 3.º GE; 4.º PHILIPS.**

Em **05.02.2008**, a SECTRA apresentou uma adenda com a sua “Proposta técnica e financeira final”²⁸.

Após o decurso do prazo concedido para audiência prévia, foi proferido em **18.02.2008**, pelo Presidente do Conselho de Administração do IPO (José Maria Laranja Pontes) **despacho de adjudicação** à empresa SECTRA – MEDICAL SYSTEMS, S.L., na sequência da deliberação anteriormente proferida pelo Conselho de Administração do IPO na reunião de 06.02.2008 (ponto 3 da respectiva acta -Acta n.º 106- que se transcreve: “*Decidido adjudicar à Firma SECTRA. Autorizada a abertura de audiência prévia. Autorizada a despesa*”).

Relativamente ao regime jurídico a que se devia subordinar a formação do contrato em apreço, é de notar que nem nos avisos de abertura do concurso, nem

²⁵ Mensagens faxes enviadas pelo IPO com a referência 2917/07 RM a 2924/07 RM, todas de 28.11.2007.

²⁶ Excluídas por não darem cumprimento a alguns requisitos específicos do Caderno de Encargos.

²⁷ Mensagens faxes enviadas pelo IPO com a referência 241/08 RM a 244/07 RM, todas de 25.01.2008.

²⁸ Atentas as datas mencionadas, o júri elaborou o relatório de avaliação final antes de lhe ter sido entregue o documento que consubstanciava as alterações propostas/aceites pelo concorrente e que foram tomadas em conta nesse relatório.



Tribunal de Contas

no programa de concurso ou caderno de encargos, se indicou a legislação aplicável.

E, não obstante em alguns outros documentos constantes do processo, como é o caso do acto público de abertura das propostas, relatório de avaliação final e da apreciação da reclamação apresentada pelos candidatos relativamente à admissão de um dos concorrentes, se fazer menção à aplicação de normas do Decreto-Lei n° 197/99, de 8 de Junho, o que é facto é que resultou dos esclarecimentos prestados pelo IPO no seu ofício com a referência CA/MS – 159 de 21.04.2008, que a entidade em apreço pretendeu aplicar directamente a este procedimento o regime estatuído na Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março, designadamente no que respeita **à introdução de um processo negocial no concurso em análise**,²⁹ por à data da abertura do concurso público internacional já ter expirado o prazo previsto para a sua transposição para a ordem jurídica interna portuguesa³⁰.

Relativamente ao objecto concreto das negociações efectuadas, de acordo com informações recolhidas no decurso do trabalho de campo, ter-se-á tratado apenas de questões de pormenor, “ajustes”, às propostas apresentadas, afirmação que, no entanto, não pode ser demonstrada documentalmente, uma vez que, o conteúdo dessas reuniões não ficou registado em acta, procedimento que violou o disposto no artigo 91º, n° 4, do Decreto-Lei n° 197/99, de 8 de Junho, bem como os princípios da transparência, da publicidade, da igualdade e da concorrência consagrados no mesmo diploma legal.

A este propósito, observou-se no Relato que estando o IPO abrangido no âmbito de aplicação do artigo 3º, n° 1, do Decreto-Lei n° 197/99, de 8 de Junho, deveria na presente contratação ter observado inteiramente o regime jurídico aí previsto, por força do disposto no artigo 191º, n° 1, al. b).³¹

²⁹ No decurso do procedimento prévio à adjudicação, o júri de concurso, por sua iniciativa, decidiu intercalar nesse procedimento uma fase de negociações com todos os concorrentes cujas propostas não foram excluídas.

³⁰ Entendimento que foi reiterado à equipa de auditoria, na reunião de 29 de Abril de 2009.

³¹ **Entendimento que também decorre do Acórdão n° 110/2008 – 22 SET – 1ª S/SS, proferido no processo n° 811/2008, relativo ao contrato de fornecimento e de instalação de um sistema de informação hospitalar celebrado entre o IPO e a empresa “CONSISTE, Gestão de Projectos, Obras, Tecnologias de Informação, Equipamentos e Serviços, Lda.”, pela quantia de 1.153.018,00 €, no qual o IPO adoptou o mesmo tipo de procedimento invocando o mesmo fundamento.**



Ora, de entre as modalidades de procedimentos prévios à aquisição de bens e serviços previstos no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho – concurso público; concurso limitado por prévia qualificação; concurso limitado sem apresentação de candidaturas; negociação, com ou sem publicação prévia de anúncio; consulta prévia; ajuste directo – não constava a modalidade de concurso público com negociação.

E, ainda que se aceitasse que no caso vertente era legalmente possível a aplicação da Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março, em detrimento da aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, na verdade o disposto nos artigos 20.º, 28.º, 30.º e 31.º da Directiva, não admitiam a adopção de tal procedimento ou fase.

Consequentemente, concluiu-se em sede de relato que tinha ocorrido violação da lei na tramitação do procedimento, por ser inadmissível, face ao direito aplicável (artigos 78.º, n.º 1, 80.º, n.ºs 3 e 4, 83.º, 84.º, 132.º e seguintes, em especial o artigo 143.º, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, bem como os princípios constantes dos artigos 7.º a 11.º, 13.º e 14.º, do mesmo diploma legal) a realização de uma fase de negociações no âmbito de um concurso público.

A este respeito, referiu-se também que a apontada violação de lei, consubstanciava a infracção prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto na redacção **da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto**, porquanto a violação de normas procedimentais relativas à contratação pública constitui violação de normas financeiras.

Em termos de imputação de responsabilidade por esta infracção, a mesma deverá ser atribuída aos membros do Conselho de Administração que praticaram o acto de adjudicação, ou seja, o Presidente do Conselho de Administração, José Maria Laranja Pontes, o ex-vogal, Pedro Esteves e a vogal, Cristina Resende.

Ouvidos em sede de exercício do direito de contraditório, previsto no artigo 13.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, os supra identificados responsáveis vieram invocar, como justificação para o seu comportamento, por um lado, a sucessão de estatutos jurídicos a que o IPO, à semelhança de outras instituições hospitalares,



Tribunal de Contas

tem estado sujeito ao longo de um curto período de tempo³², facto que tem gerado algumas dificuldades na definição de regimes jurídicos aplicáveis.

E, por outro lado, as indicações e orientações veiculadas pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte – Programa Operacional da Região do Norte, através de circular datada de 01.02.2006, difundida junto dos hospitais do SNS, na qual se referia que de acordo com informações obtidas junto da comissão de gestão do QCA III, o Estado Português não iria efectuar a transposição da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, até à data limite – 31.01.2006. Porém, ainda de acordo com a comissão de gestão do QCA III, *“(...) uma vez que a Directiva comunitária em apreço, contém normas claras, precisas e condicionais que permitem a sua aplicação directa, a mesma deverá ser aplicada, após aquela data, a todos os procedimentos de contratação pública cujos valores estimados dos contratos seja de valor igual ou superior aos limites comunitários fixados no seu artigo 7º.”*

Adicionalmente, referem ainda, que o processo negocial adoptado estava anunciado e era do conhecimento dos concorrentes desde o início do procedimento, não lhes tendo causado qualquer prejuízo e resultado numa medida de boa gestão financeira para a instituição.

APRECIANDO:

Ainda que se conceda que o IPO foi induzido em erro quanto à legislação aplicável ao procedimento em análise, tendo aplicado a Directiva 2004/18/CE por influência das orientações recebidas por parte do Programa Operacional da Região Norte, na verdade, conforme atrás se referiu, a Directiva em questão, à semelhança do que acontecia com o Decreto-Lei n° 197/99, de 8 de Junho, não admitia o tipo de procedimento praticado no caso vertente.

Sobre esta matéria e numa situação semelhante, pronunciou-se o Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia da seguinte forma³³:

³² O IPO integrava o sector público administrativo até 2002, tendo nessa data sido transformado em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos e, posteriormente, em 2005, em entidade pública empresarial.

³³ Processo de Fiscalização Prévia n° 690/2008, Acórdão n° 109/08 – 22. SET. 08 – 1ª S/SS.



“Estabelece o artigo 28º da Directiva 2004/18/CE:

“Para celebrarem os seus contratos públicos, as entidades adjudicantes aplicam os processos nacionais, adaptados para os efeitos da presente directiva.

Devem celebrar esses contratos públicos recorrendo a concursos públicos ou limitados. (...) Nos casos e nas circunstâncias específicas expressamente previstas nos artigos 30º e 31º, podem recorrer a um procedimento por negociação, com ou sem publicação de anúncio de concurso”.

(...)

Ora, quer no regime da Directiva 2004/18/CE, quer no do Decreto-Lei nº 197/99, apenas os procedimentos por negociação incluem a possibilidade de negociar o conteúdo e condições das propostas com um ou vários fornecedores, a fim de as adaptar aos requisitos, obter condições mais favoráveis para a entidade adjudicante e determinar, conseqüentemente, a melhor proposta (cfr. artigos 30º, nº 2, da Directiva e 78º, nº 5, e 143º do Decreto-Lei nº 197/99).

Mas ambos os diplomas estabelecem que os procedimentos por negociação apenas podem ser adoptados em circunstâncias específicas expressamente previstas. Essas circunstâncias estão descritas nos artigos 30º e 31º da Directiva e nos artigos 80º, nºs 3 e 4, e 83º e 84º do Decreto-Lei nº 197/99. Nenhuma dessas circunstâncias se verificou no caso.

Sublinhe-se, ainda, o facto de o procedimento por negociação poder ser utilizado na sequência de concurso (vide alínea a) do artigo 83º e alíneas b), c), d) e e) do artigo 84º) ou em alternativa ao concurso (vide alíneas b) e c) do artigo 83º e a) do artigo 84º) e nunca no âmbito de um concurso, como no caso concreto ocorreu.

Ao carácter restrito destes procedimentos negociais acresce que a tramitação do concurso público, extensamente regulada nos artigos 87º a



109º do Decreto-Lei nº 197/99, não refere em passo algum a possibilidade de estabelecer negociações com os concorrentes e encontra-se sujeita ao princípio da estabilidade estabelecido no artigo 14º, que no seu nº 2, estabelece que “Nos procedimentos em que não esteja prevista qualquer negociação, as propostas apresentadas pelos concorrentes são inalteráveis até à adjudicação”.

Resulta do exposto que não só o IPO errou quanto à legislação que diz ter aplicado, como aplicou erradamente a legislação que considerou aplicável, sendo que, nesta última parte, tanto quanto ficou provado, esse erro só pode ser imputado aos responsáveis do IPO e não a orientações externas.

II.1.2. Execução contratual: execução material versus execução financeira

O procedimento prévio atrás descrito culminou com a celebração do contrato com a SECTRA em 20.02.2008, nos termos do qual se previa – cláusula sétima – que o sistema RIS/PACS entrasse em produção num prazo não superior a 81 dias após essa data.

Previa-se no ponto 1.4 do Caderno de Encargos que o prazo de implementação do projecto correspondia ao tempo proposto pelo concorrente para executar o mesmo, o qual devia incluir todas as etapas até ao arranque do sistema, formação, realização de testes e entrega.

Considerando o prazo previsto no contrato para a execução do projecto, seria previsível que o mesmo se encontrasse implementado e em funcionamento em finais de Maio de 2008.

Observou-se, no entanto, que de acordo com informações verbais prestadas no decurso do trabalho de campo e confirmadas documentalmente, só a partir da segunda quinzena de Março de 2009, ficou concluída a implantação do RIS/PACS para a radiologia.

Ou seja, entre o prazo previsto e o prazo efectivo de conclusão de parte dos serviços contratados, verificou-se a existência de um atraso de cerca de um ano.



Porém, não obstante o atraso na implementação do projecto, constatou-se que no respeitante aos pagamentos devidos pela entidade adjudicante como contrapartida pelos equipamentos e serviços adquiridos, encontravam-se os mesmos integralmente satisfeitos desde 23.10.2008.

Efectivamente, de acordo com a calendarização acordada entre a SECTRA e o IPO, ao arrepio do clausulado contratualmente previsto nesta matéria,³⁴ os pagamentos foram efectuados da seguinte forma:

VALOR (€)	DATA DE PAGAMENTO
903.487,85	13.03.2008
100.000,00	15.04.2008
100.000,00	23.05.2008
100.000,00	27.06.2008
100.000,00	25.07.2008
200.000,00	02.10.2008
102.312,15	23.10.2008

A verificação desta “décalage” que se traduziu conforme exposto no ponto 2 da parte IV do Relato, “*No pagamento integral do preço devido pelo fornecimento dos bens e serviços que constituem o objecto contratual, sem que a contraprestação devida pela adjudicatária se encontrasse totalmente executada, tendo, aliás, a primeira prestação no valor de 903.487,85 € (46,5% do valor total do preço) sido entregue num momento (13.03.2008) em que os trabalhos de implementação do projecto estavam numa fase incipiente (conforme diagrama de Gantt)*”. Isto teve como consequência para os seus responsáveis (Vogais do Conselho de Administração que autorizaram os pagamentos supra referidos: Pedro Esteves, Cristina Resende e Ana Strecht Monteiro) a imputação de responsabilidade financeira, nos termos do artigo 65º, nº 1, alínea e), da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, na redacção da Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto, por configurar a situação de adiantamentos por conta dos bens a entregar ou serviços a prestar, prevista no

³⁴ Nos termos das cláusulas 4ª e 5ª do contrato, o segundo outorgante devia facturar o montante de 1.605.800,00 €, correspondente ao valor total do contrato, no momento da adjudicação, comprometendo-se o primeiro outorgante a liquidar as facturas num prazo não superior a trinta dias a contar da data de emissão das mesmas



artigo 72º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, sem que, no caso concreto, se verificassem os requisitos aí fixados, condicionantes da legalidade desses adiantamentos.

Ainda sobre esta matéria, salientou-se que, caso a final, se viesse a apurar não ter havido integral execução física do contrato, considerando que o correspondente pagamento se encontrava liquidado na totalidade, a acrescer à mencionada responsabilidade financeira sancionatória, haveria também lugar à efectivação de responsabilidade financeira reintegratória (por pagamentos sem contraprestação efectiva), nos termos do disposto no artigo 59º, nºs 1 e 4, da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

Em sede de exercício de contraditório, vieram todos os respondentes esclarecer que o contrato em apreço se encontra completa e totalmente executado “(...) *restando apenas estabelecer algumas ligações funcionais ou “interfaces” com outros fornecedores cuja responsabilidade incumbe ao próprio IPO*”, tendo a empresa SECTRA prestado todos os serviços a que estava contratualmente obrigada.

Este facto afasta a eventual responsabilidade reintegratória em que incorreriam os vogais do Conselho de Administração acima identificados, caso se concluísse existir uma situação de incumprimento parcial do contrato por parte do fornecedor.

Mais referem os indiciados responsáveis nas suas alegações que aquela situação (pagamentos em desconformidade com a execução física do contrato) resultou, em grande medida, dos condicionalismos e das imposições da entidade co-financiadora no âmbito da candidatura ao Programa Operacional saúde XXI (FEDER), realçando o facto de que sem o mencionado co-financiamento comunitário o IPO, por si só, não teria capacidade económica de realizar o projecto em questão, tendo já anteriormente, sido preterido de igual oportunidade.

II.1.3. Efeitos financeiros antes do visto

Nos termos do artigo 45º, nº 1, da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, na redacção da Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto, “*Os actos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus*



efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, excepto quanto aos pagamentos a que derem causa (...)”.

Como já foi referido anteriormente, o contrato em apreço foi celebrado em 20.02.2008 e enviado ao Tribunal de Contas, para efeitos de fiscalização prévia, em 27.02.2008, tendo a sua análise determinado dois pedidos de esclarecimentos e informações, em resposta ao último dos quais, o IPO, em 16.01.2009 e 23.01.2009³⁵, reconheceu já ter efectuado o pagamento da totalidade do preço contratualmente devido³⁶, eximindo-se de reenviar o documento a sujeitar a visto nos termos legais (contrato) e, inviabilizando, assim, na presente situação, o exercício da competência de fiscalização prévia legalmente atribuída ao Tribunal.

De notar que, ainda que o estudo do processo realizado em sede de fiscalização prévia não tivesse suscitado qualquer questão determinante da sua devolução ao IPO, a forma e o prazo de pagamento previstos nas cláusulas 4^a e 5^a (ver nota de rodapé n^o 33 supra), teriam como consequência, quase inevitável, a produção de efeitos financeiros antes do visto, pois que, tendo a adjudicação ocorrido em 18.02.2008, a factura a emitir nessa data teria de ser liquidada até 18.03.2008³⁷, sendo que o prazo a que se refere o artigo 85^o, n^o 1, da Lei n^o 98/97, de 26 de Agosto, terminava, apenas, em 11.04.2008³⁸.

Ora, se desde logo, o clausulado contratual acerca da forma e prazo de pagamento potenciava a produção de efeitos financeiros antes do visto, não permitido pelo artigo 45^o, n^o 1, da Lei n^o 98/97, de 26 de Agosto, a actuação posteriormente adoptada pelo IPO nesta matéria – pagamento integral do preço devido, embora de forma faseada e sem qualquer correspondência no estipulado no contrato, omissão de resposta às questões colocadas pelo Tribunal e não reenvio do documento a sujeitar a fiscalização prévia – veio concretizar a violação daquela norma legal, daí derivando a infracção prevista na alínea h) do n^o 1 do artigo 65^o da Lei n^o 98/97, de 26 de Agosto, da qual resulta para os seus responsáveis (Vogais do Conselho de Administração, Pedro Esteves, Cristina Resende e Ana

³⁵ Offícios com as referências CA/MS – 16 e 24/CA, respectivamente.

³⁶ A última prestação paga à SECTRA foi em 23.10.2008.

³⁷ De notar que mesmo não obedecendo ao contratualmente previsto, o primeiro pagamento no montante de 903.487,85, foi efectuado em 13.03.2008, portanto, ainda antes desta data.

³⁸ Prazo inicial que posteriormente foi alargado em função das devoluções efectuadas.



Tribunal de Contas

Strecht Monteiro) a imputação da respectiva responsabilidade financeira sancionatória.

De salientar que, conforme se referiu no Relato, constitui circunstância agravante da culpa no caso desta infracção o facto de os responsáveis terem sido alertados pelo Tribunal para a impossibilidade legal de produção de efeitos financeiros antes do visto e, ainda assim, terem procedido a esses pagamentos³⁹.

Sobre esta matéria, em sede de exercício de contraditório, vieram os indiciados responsáveis, José Maria Laranja Pontes, Pedro Esteves e Cristina Resende, alegar ter sido sua convicção à data em que os factos ocorreram, atendendo à natureza jurídica do IPO (entidade pública empresarial), não estar esta instituição sujeita a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, *“(...) não obstante se manter a necessidade de cabal documentação e observância de todas as regras, designadamente as contabilísticas, em ordem a submissão a visto sucessivo”*.

Invocam, como fundamento para este entendimento, o parecer jurídico formulado em 9 de Abril de 2007, mediante solicitação do IGIF (actual ACSS)⁴⁰ pela sociedade de advogados BARROCAS · SARMENTO · NEVES, divulgado junto do IPO através de telecópia datada de 10.07.2007, proveniente do Gabinete de Gestão do Programa Operacional Saúde (Saúde XXI).

Relativamente à circunstância agravante da culpa acima referida, o ex-vogal, Pedro Esteves, esclarece, ainda, na sua resposta que cessou funções enquanto vogal do Conselho de Administração do IPO Porto a 31 de Maio de 2008, pelo que desconhece todos os factos relativos ao desenvolvimento do processo após essa data, incluindo as questões suscitadas pelo Tribunal no seu despacho de 9 de Maio de 2008.

Já a vogal do Conselho de Administração, Ana Strecht Monteiro, a propósito do mesmo assunto refere o seguinte:

³⁹ Despacho proferido em sessão diária de visto de 9 de Maio de 2008, em cujo ponto 1 se podia ler: *“Como se considera legalmente possível o estipulado na cláusula 4ª do contrato e os efeitos financeiros já produzidos, face ao disposto no nº 1 do artigo 45º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto”*.

⁴⁰ As funções anteriormente desempenhadas pelo Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde, são actualmente asseguradas pela Administração Central do Sistema de Saúde I.P.



“ (...)

44º

Acréscce ainda que a Exponente não pode aceitar a circunstância agravante da culpa, invocada no Relatório, com base no facto de os responsáveis já terem sido alertados pelo Tribunal para a impossibilidade legal de produção de efeitos financeiros antes do visto e, ainda assim, terem procedido a esses pagamentos.

45º

Desde logo, porque do teor do despacho datado de 09 de Maio de 2008 do Tribunal de Contas não se vislumbra nem se retira qualquer aviso no sentido indicado, mas tão-somente pedidos de esclarecimentos no âmbito do referido processo de fiscalização prévia.

46º

Pelo que não pode a ora Exponente aceitar quaisquer consequências ou circunstâncias de agravamento da culpa resultantes de tal Despacho.

47º

*Mais, acresce que **à data da notificação do referido despacho a ora Exponente não era sequer membro do Conselho de Administração do IPO.***

48º

O que significou que ela apenas tenha vindo a tomar conhecimento do referido pedido de esclarecimentos muito após as autorizações de pagamento em causa.

49º

Pelo exposto, considera a Exponente que os factos acima mencionados, assim como a excepcionalidade da situação relativa ao cumprimento do programa de financiamento comunitário Saúde XXI deverão ser considerados pelo Tribunal de Contas para efeitos de avaliação da culpa da ora Exponente, nos termos do artigo 64.º da Lei 98/97, no sentido de relevar a responsabilidade em que ora Exponente alegadamente terá incorrido.

50º

Paralelamente, não pode ainda deixar a Exponente de fazer referência à interpretação levada a cabo pelo próprio Tribunal de Contas, no que respeita ao teor do artigo 45º da Lei 98/97, norma que a Exponente alegadamente terá violado.

51º

Ora, nos termos do referido preceito, sob a epígrafe ‘Efeitos do Visto’: “Os actos, contratos e demais instrumentos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas podem produzir todos os seus efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, excepto quanto aos pagamentos a que



derem causa e sem prejuízo do disposto nos números seguintes (sublinhado nosso).

52º

Por sua vez, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, admite-se que os trabalhos realizados após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto poderão ser pagos após a referida notificação, desde que o respectivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período.

53º

Ou seja, sendo certo que à data das autorizações de pagamento não havia qualquer notificação no sentido de recusa do visto e tendo em conta que os pagamentos efectuados se encontravam de acordo com a programação contratualmente estabelecida, entende a Exponente que as autorizações de pagamento em questão que originaram a produção de efeitos financeiros são admitidas por força da excepção estipulada na mencionada disposição legal.

54º

De resto, o artigo 45º articula-se coerentemente com as normas do artigo 81º, sendo evidente que o que se pretende clarificar é que, em consequência da recusa do visto, os pagamentos devem ser feitos por conta do contrato até à notificação da recusa: até então, o contrato produz efeito uma vez que a ilegalidade financeira não foi judicialmente declarada.

55º

Ou seja, os serviços prestados deverão ser pagos desde o momento em que as partes assim contratualizaram, justificando o contrato o pagamento dos mesmos até que o Tribunal de Contas emita visto ou declare a ilegalidade financeira do procedimento e do contrato.

56º

Assim se acomoda o princípio da legalidade da despesa face aos compromissos assumidos pelas entidades públicas perante os particulares que de boa fé com elas contratam, acomodação que, de resto, foi já reconhecida numa situação em tudo semelhante à presente, na sentença da 3ª Secção do Tribunal, de Contas n.º 09/06 de 11 de Julho”.

57º

Aí se diz haver “uma clara acomodação do princípio da legalidade da despesa em nome da honorabilidade do Estado face **a interesses legítimos dos particulares que, havendo de boa fé contratado com entidades públicas, e tendo nesse âmbito prestado os serviços a que estavam obrigados, era excessivo penalizar em razão de ilegalidades só imputáveis aos dirigentes e gestores públicos**” (negrito nosso).



APRECIANDO:

Relativamente ao argumento invocado pelos responsáveis, José Maria Laranja Pontes, Pedro Esteves e Cristina Resende, de que estavam convictos da desnecessidade de submeter o presente processo a fiscalização prévia, em função da natureza jurídica do IPO e com base no parecer jurídico da Sociedade de Advogados BARROCAS · SARMENTO · NEVES, cabe referir que a prática seguida pelo IPO, contradiz este argumento.

Efectivamente, o que se verificou foi que o IPO, em 27.02.2008, enviou o contrato em apreço para efeitos de fiscalização prévia. Sublinhe-se que o parecer a que supra se faz menção, data de 9 de Abril de 2007, tendo sido divulgado junto do IPO em 10 de Julho do mesmo ano.

Ora, se os responsáveis acima identificados estavam, de facto, absoluta e inequivocamente convencidos de que não era exigível a submissão a “visto” dos processos relativos à contratação pública efectuados pelo IPO, então, não se compreende por que razão remeteram este particular processo para esse efeito.

O que, de resto, também fizeram, relativamente ao contrato celebrado em 19.06.2008, destinado ao fornecimento e instalação de um sistema de informação hospitalar.

Ou seja, apesar da conclusão do invocado parecer jurídico, no sentido de que “(...) não foi de todo a intenção desta alteração (alteração à LOPTC operada pela Lei n° 48/2006) sujeitar estas entidades a um regime regra de visto prévio, o que constituiria uma significativa regressão no regime jurídico destas empresas públicas, em sentido contrário à natureza empresarial destas entidades e também em sentido contrário ao da própria evolução do sistema de visto prévio, genericamente considerado”, o IPO continuou a enviar processos para fiscalização prévia, sendo que, no caso em análise, o não reenvio atempado (ou seja, de acordo com o prazo previsto no n° 2 do artigo 82° da LOPTC) do mesmo após a última devolução, terá ficado a dever-se a outras circunstâncias, designadamente, alguma descoordenação interna para a qual terá, eventualmente, contribuído o facto do



Tribunal de Contas

vogal do Conselho de Administração, Pedro Esteves, “responsável” pela área financeira, ter cessado funções no IPO em Maio de 2008.

E quanto à interpretação a dar ao disposto no artigo 45º da Lei 98/97, diga-se que a mesma é absolutamente pacífica, seja na 1ª ou 3ª Secção do Tribunal de Contas, e é apenas uma:

Os actos ou contratos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, não podem, em qualquer circunstância, produzir efeitos financeiros antes de serem visados.

Mas, resultando da mesma norma legal que podem produzir outros efeitos que não aqueles, designadamente, prestação de serviços ou entrega de bens a que a contraparte se obrigue em função do contrato celebrado, é evidente que, em nome de todos os princípios jurídicos invocados na sentença referida nas alegações supra parcialmente reproduzidas, os trabalhos ou bens fornecidos, antes da pronúncia do Tribunal de Contas, terão de ser pagos, **posto é que, o contrato gerador desses efeitos tenha efectivamente sido submetido a fiscalização prévia e que o Tribunal sobre ele se tenha pronunciado no sentido da recusa de visto**, caso em que, *“Os trabalhos realizados ou os bens ou serviços adquiridos após a celebração do contrato e até à data da notificação da recusa do visto poderão ser pagos após a referida notificação, desde que o respectivo valor não ultrapasse a programação contratualmente estabelecida para o mesmo período”*.

A ressalva do nº 3 do artigo 45º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, na redacção da Lei nº 48/2006 de 29 de Agosto, funciona como norma excepcional relativamente à regra geral contida no nº 1 do mesmo artigo, **aplicando-se apenas quando já tenha havido execução material do contrato e o mesmo tenha sido objecto de uma decisão de recusa de visto.**

Esta é, aliás, a ideia que ressalta do parágrafo da Sentença nº 09/06 JUL 11/3ª S, imediatamente seguinte ao citado nas alegações da vogal do Conselho Administrativo, Ana Strecht Monteiro, onde se lê: *“(...) Mas há uma diferença. Os pagamentos ao abrigo dos artigos 44º e 45º supõem uma intervenção prévia do Tribunal de Contas a reconhecer a ilegalidade, só depois disso podendo ter lugar (...)”*.



E para que não exista uma significativa dilação temporal entre a prestação de serviços ou o fornecimento de bens que constituem o objecto contratual e o pronunciamento do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia (seja no sentido do visto ou da sua recusa) a Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, fixou prazos imperativos para o envio a fiscalização de processos que produzam efeitos antes do visto, quer se trate da remessa inicial (artigo 81.º, n.º 2), quer se trate do reenvio após devolução do Tribunal (artigo 82.º, n.º 2).

Pretende-se com o cumprimento rigoroso destes prazos, obstar ou minimizar a ocorrência de situações como as acima referidas, em que, tendo o contrato sido já parcialmente executado, haverá que pagar o que foi prestado, mesmo que se conclua pela sua ilegalidade.

Transpondo o exposto para o caso vertente, verifica-se que:

- 1.** O IPO, enquanto entidade pública empresarial, está sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, pelas razões mencionadas na al. b) do ponto II do Capítulo I;
- 2.** O concreto contrato em causa enquadra-se também no âmbito objectivo desta fiscalização, por força do disposto nos artigos 46.º, n.º 1, al. b) e 48.º da citada Lei conjugado com a Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2008;
- 3.** O contrato em apreço foi celebrado em 20.02.2008, tendo sido remetido para fiscalização prévia em 27.02.2008;
- 4.** O processo foi devolvido pelo Tribunal em 09.05.2008, solicitando informações e esclarecimentos;
- 5.** O IPO procedeu ao reenvio do processo apenas em 16.01.2009, não tendo, no entanto, remetido de novo o contrato (documento a sujeitar a visto) e informando já ter, àquela data, procedido à totalidade dos pagamentos devidos nos termos contratuais;
- 6.** Com esta actuação, o IPO inviabilizou que o Tribunal de Contas apreciasse e se pronunciasse sobre a legalidade do referido contrato e dos procedimentos subjacentes;



Tribunal de Contas

- 7. Não tendo havido decisão, sobretudo, não tendo havido uma decisão de recusa de visto, não há lugar à aplicação do disposto no nº 3 do artigo 45º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações da Lei nº 48/2006, de 29 de Agosto, pelo que todos os pagamentos se consideram efectuados no âmbito de um contrato não submetido a fiscalização prévia quando a isso estava legalmente obrigado, sendo, portanto, ilegais;**
- 8. A situação em análise enquadra-se no artigo 65º, nº 1, al. h), do diploma legal supra citado, sendo geradora de responsabilidade financeira sancionatória.**



CAPÍTULO III

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tendo o processo sido submetido a vista do Ministério Público, nos termos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, emitiu aquele ilustre magistrado o parecer que parcialmente se transcreve:

“ (...) 3. Perante a factualidade recolhida nos autos e teor das normas referenciadas, afigura-se-nos ser de acompanhar a apreciação e conclusões constantes do projecto de relatório, bem como a qualificação e integração das situações consideradas como violadoras de normas financeiras e, como tal, constitutivas de responsabilidade financeira, neste caso, sancionatória, além da infracção resultante de conduta omissiva pelo não reenvio do contrato para fiscalização prévia, como a lei impunha no caso em apreço (art.º 66.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 98/97).

Questão que poderá suscitar-se e sobre a qual o Tribunal não deixará de ponderar, nos termos do n.º 8 do art.º 65.º, da Lei n.º 98/97, é a de avaliar até que ponto as indicações e orientações veiculadas pela Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte – Programa Operacional da Região Norte, bem como os condicionalismos e imposições da entidade co-financiadora no âmbito do Programa Operacional da Saúde XXI (Feder), poderão ter influenciado ou determinado as condutas dos responsáveis pelas infracções que vêm indiciadas”.



CAPÍTULO IV

CONCLUSÕES

1. O Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, enquanto entidade pública empresarial, está sujeito à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do Tribunal de Contas, por força do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do diploma supra citado, os actos e contratos praticados pelo IPO, em conformidade com o previsto nos artigos 46.º e 48.º, estão também sujeitos a fiscalização prévia, regime legal que o IPO conhecia, pois que só assim se justifica que tenha inicialmente remetido o processo *sub júdice* a fiscalização prévia, aliás, à semelhança do que fez anteriormente relativamente a processos semelhantes.

2. O Instituto Português de Oncologia do Porto, sendo uma entidade pública empresarial, mas não tendo natureza industrial ou comercial, integrava-se na “Extensão de âmbito de aplicação” do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, fixada no n.º 1 do seu artigo 3.º, pelo que, à data em que foi efectuada a contratação em análise, em matéria de aquisições de bens e serviços de valor superior aos limiares comunitários (como era o caso) estava obrigado a observar o regime jurídico constante daquele diploma legal.
3. O procedimento pré-contratual adoptado pelo IPO – concurso público internacional com negociação – não estava previsto no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho (nem na invocada Directiva n.º 2004/18/CE), tendo, portanto, ocorrido violação da Lei na tramitação do procedimento por ser inadmissível, face ao direito aplicável (artigos 78.º, n.º 1, 80.º, n.ºs 3 e 4, 83.º, 84.º, 132.º e seguintes, em especial o artigo 143.º, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, bem como os princípios constantes dos artigos 7.º a 11.º, 13.º



e 14º, do mesmo diploma legal) a realização de uma fase de negociações no âmbito de um concurso público.

4. Mesmo que tais negociações fossem legalmente admissíveis, a forma como foram efectuadas, sem redução a escrito em acta do respectivo conteúdo, violaria ainda o disposto no artigo 91º, nº 4, do supra identificado Decreto-Lei nº 197/99.
5. Embora a implementação do projecto só tenha ficado concluída em meados de Março de 2009, o preço devido pela aquisição dos bens e serviços em que o mesmo se decompõe, encontra-se integralmente pago desde Outubro de 2008, o que consubstancia a situação de adiantamentos por conta de bens a entregar ou serviços a prestar, a qual se encontrava prevista no artigo 72º do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, mas cuja legalidade dependia da observância dos requisitos aí estipulados, que, no caso concreto, não se verificaram.
6. No que respeita à forma de pagamento, o contrato previa nas suas cláusulas 4ª e 5ª que esse pagamento se efectuasse no prazo de 30 dias a contar da emissão da factura, a qual se deveria processar na data da adjudicação. Porém, na adenda final da adjudicatária, que faz parte integrante do contrato nos termos da sua cláusula 2ª, propõem-se duas opções, uma das quais com pagamentos faseados mas sem indicação do número e valor de cada uma das prestações em que esse faseamento se deveria traduzir, o que só foi concretizado e aceite em data posterior à celebração do contrato.
7. A forma contratualmente prevista para efectuar o pagamento do preço estabelecido potenciava a produção de efeitos financeiros antes da apreciação da legalidade da presente contratação por parte do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia, o que acabou efectivamente por acontecer, em consequência do faseamento adoptado e do facto de o IPO não ter respondido ao ofício de devolução do processo, nem ter procedido ao reenvio do documento a sujeitar a visto.



Tribunal de Contas

8. As actuações acima descritas nos números 3, 5 e 7, são susceptíveis de consubstanciar infracções financeiras, previstas, respectivamente, nas alíneas b), e) e h) do n.º 1 do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.
9. Os responsáveis por aquelas infracções encontram-se identificados no quadro infra:

FACTOS	NORMAS VIOLADAS	RESPONSÁVEIS
Introdução de uma fase negocial no processo de concurso público e respectiva tramitação	Artigos 78.º, n.º 1, 80.º, n.ºs 3 e 4, 83.º, 84.º, 91, n.º 4, 132.º e seguintes, em especial o artigo 143.º, do Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho, bem como os princípios constantes dos artigos 7.º a 11.º, 13.º e 14.º do mesmo diploma legal.	José Maria Laranja Pontes Pedro Esteves Cristina Resende
Adiantamentos por conta de bens a entregar ou serviços a prestar sem verificação dos respectivos pressupostos legais	Artigo 72.º do Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho	Pedro Esteves Cristina Resende Ana Strecht Monteiro
Produção de efeitos financeiros antes do visto	Artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto	Pedro Esteves Cristina Resende Ana Strecht Monteiro

10. Cada uma destas infracções é sancionável com multa – responsabilidade financeira sancionatória - num montante a fixar pelo Tribunal, de entre os limites fixados nos n.ºs 2 a 4 do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com a redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, **a efectivar através de processo de julgamento de responsabilidade financeira** (artigos 58.º, n.º 3, 79.º, n.º 2, e 89.º, n.º 1, al. a), do diploma citado).
11. Nos termos das disposições citadas, cada uma das multas a aplicar a cada um dos responsáveis tem como limite mínimo o montante correspondente



a 15 UC⁴¹ (€1.440) e como limite máximo o montante correspondente a 150 UC (€14.4000).

- 12.** As circunstâncias descritas neste Relatório justificam que não se releve a responsabilidade nos termos previstos no artigo 65.º, n.º 8, da Lei n.º 98/98, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

⁴¹ O valor da UC era de 96 € no triénio de 2007 até 20 de Abril de 2009, data a partir da qual passou a ser de 102 €, por efeito da entrada em vigor do Novo Regulamento das Custas Processuais, publicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro.

No caso vertente, considerando a data da prática dos factos geradores de responsabilidade, aplica-se o valor de 96 €.



CAPÍTULO V

DECISÃO

Os Juizes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.^a Secção, nos termos do art.º 77.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, republicada em anexo à Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, decidem:

- a) Aprovar o presente Relatório que evidencia ilegalidades na formação e execução do contrato em análise e identifica os responsáveis no ponto 9 do capítulo IV;
- b) Recomendar ao Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E.:
 - ✚ O cumprimento das normas constantes da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção da Lei n.º 48/2006 de 29 de Agosto, particularmente, no que respeita à obrigação de envio dos contratos ao Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização prévia e à impossibilidade legal de produção de efeitos financeiros antes do “visto”;
 - ✚ O cumprimento das normas relativas à contratação pública, designadamente, as respeitantes à tramitação legalmente estabelecida para os procedimentos pré-contratuais e aos adiantamentos de preço, presentemente constantes do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro;
- c) Fixar os emolumentos devidos pelo Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E. em € 1.716,40, ao abrigo do estatuído no n.º 1 do art.º 10.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo DL n.º 66/96, de 31.05, na redacção introduzida pelo art.º 1.º da Lei n.º 139/99, de 28.08;



Tribunal de Contas

- d)** Remeter cópia do Relatório:
- ✚ Ao Presidente do Instituto Português de Oncologia do Porto Francisco Gentil, E.P.E, José Maria Laranja Pontes;
 - ✚ Aos responsáveis a quem foi notificado o relato, Pedro Esteves, Cristina Resende e Ana Strecht Monteiro;
 - ✚ Ao Juiz Conselheiro da 2.^a Secção responsável pela área da Saúde;
- e)** Remeter o processo ao Ministério Público nos termos dos artigos 57.º, n.º 1 e 77º, nº 2, alínea d) da Lei n.º 98/97, de 26.08;
- f)** Após as notificações e comunicações necessárias, divulgar o Relatório na Internet.

Lisboa, 26 de Outubro de 2010

OS JUÍZES CONSELHEIROS

Helena Abreu Lopes – Relatora

Participou na sessão e votação por videoconferência, razão por que não assinou, embora subscreva o acórdão.

Alberto Fernandes Brás

João Figueiredo



FICHA TÉCNICA

<i>Equipa</i>	<i>Direcção e coordenação</i>
Cristina Gomes Marta (Auditora)	Helena Santos Auditora-Chefe do DCC *** Ana Luísa Nunes Auditora-Coordenadora do DCPC