Tribunal de Contas

Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

SUCH

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

Processo n.º 27/2009 – Audit

Relatório n.º 31/2010 – 2ªS

Volume I

VOLUME I

- RELATÓRIO -

ÍNDICE GERAL

Índice de Quadros **4**

Índice de Gráficos **4**

Ficha Técnica **5**

Relação de Siglas **6**

I – Sumário **7**

1. Conclusões **7**

2. Recomendações **32**

II – Introdução **34**

3. Fundamento e âmbito da auditoria **34**

4. Objectivos **34**

5. Metodologia e procedimentos **34**

6. Condicionantes e limitações **36**

7. Audição dos responsáveis em cumprimento do princípio do contraditório **36**

7.1. Alegações apresentadas pela Ministra da Saúde, através do Chefe de Gabinete **37**

7.2. Alegações apresentadas pelo Secretário de Estado da Saúde, no XVII Governo Constitucional, nos anos 2005-2007 ..... **40**

7.3. Alegações apresentadas pelo Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência **41**

7.4. Alegações apresentadas pelos responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais no que concerne à gestão e à situação económico-financeira do SUCH e dos Agrupamentos Complementares de Empresas de Serviços Partilhados **42**

7.5. Alegações apresentadas pelas entidades públicas adjudicantes e pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais no que concerne à *"legitimidade e bondade do ajuste directo ao SUCH"* **45**

7.6. Alegações relativas às eventuais infracções financeiras por preterição dos procedimentos de formação de contratos legalmente aplicáveis **45**

III – Desenvolvimento **55**

8. Breve caracterização do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais **55**

9. Natureza jurídica do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais **57**

10. Enquadramento da actuação do SUCH junto de entidades do Sector Público **58**

11. Áreas tradicionais de actividade do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais **62**

11.1. Observações às aquisições de serviços nas áreas tradicionais **63**

11.2. O caso específico da instalação e exploração das centrais de cogeração **85**

11.3. Formação de preços das propostas comerciais **91**

11.4. Custos que concorrem para a formação das margens operacionais **93**

12. As novas áreas de negócio **97**

12.1. A constituição dos serviços partilhados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais **97**

12.1.1. A escolha dos parceiros privados **98**

12.1.2. A falência da estratégia de constituição dos serviços partilhados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais **108**

12.1.3. A criação pelo Governo da SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE 111
12.2. Somos Pessoas, ACE 112
12.2.1. Actividades desenvolvidas em Instituições Públicas 114
12.2.2. Adequabilidade, fiabilidade e custos do serviço prestado 121
12.3. Somos Contas, ACE 123
12.4. Somos Compras, ACE 128
12.4.1. A operacionalização da Central de Compras e Logística pelo Somos Compras, ACE 129
12.4.2. Actividades desenvolvidas em Instituições Públicas 132
12.4.3. A Situação Económico-Financeira do Somos Compras, ACE 134
13. Situação económico-financeira do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais 135
14. Regime de quotização e benefícios dos associados 140
15. Qualidade percepcionada dos serviços prestados pela Associação nas áreas de negócio tradicionais 144
IV - Eventuais Infracções Financeiras 146
V - Emolumentos 147
VI - Determinações finais 147

ÍNDICE DE QUADROS

QUADRO I – ENTIDADES ONDE FOI REALIZADO TRABALHO DE CAMPO 35
QUADRO II – VOLUME DE NEGÓCIOS NO BIÉNIO 2008 E 2009, POR TIPOLOGIA DE CLIENTE 56
QUADRO III – RESULTADOS DAS ÁREAS DE NEGÓCIO TRADICIONAIS 63
QUADRO IV – PROTOCOLOS CELEBRADOS COM ENTIDADES DO SECTOR PÚBLICO 85
QUADRO V – RESULTADOS POR ÁREA DE NEGÓCIO 94
QUADRO VI – PROCEDIMENTOS DE ADJUDICAÇÃO 102
QUADRO VII – CUSTOS DO PROCESSAMENTO SALARIAL 120
QUADRO VIII – BALANÇO 135
QUADRO IX – DEMONSTRAÇÃO DE RESULTADOS 136
QUADRO X – INDICADORES DE GESTÃO 137
QUADRO XI – RENTABILIDADES DO SUCH DE 2001 A 2008 137

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO I – MODELO DE VALORIZAÇÃO ECONÓMICA DE PROPOSTAS 92
GRÁFICO II – EVOLUÇÃO DOS CUSTOS COM O PESSOAL EM FUNÇÕES CORPORATIVAS 94

Volume II – Alegações

Volume III – Anexos e notas de emolumentos

FICHA TÉCNICA

Coordenação Geral/Supervisão
Auditor Coordenador **Abílio de Matos** *Licenciatura em Economia*
Coordenação da Equipa de Auditoria
Auditora Chefe **Maria Isabel Viegas** *Licenciatura em Organização e Gestão de Empresas*
Equipa de Auditoria
Técnica Verificadora Superior **Cristina Costa** *Licenciatura em Direito* **Técnico Superior** **Jorge Santos e Silva** *Licenciatura em Gestão e Administração Pública*

RELAÇÃO DE SIGLAS

Sigla	*Designação*
ACE	*Agrupamento Complementar de Empresas*
ACSS	*Administração Central do Sistema de Saúde, IP*
ARS	*Administração Regional de Saúde, IP*
ARSALGARVE	*Administração Regional de Saúde do Algarve, IP*
ARSC	*Administração Regional de Saúde do Centro, IP*
ARSN	*Administração Regional de Saúde do Norte, IP*
BPO	*Business Process Outsourcing (Externalização de Processos Empresariais)*
CA	*Conselho de Administração*
CGA	*Caixa Geral de Aposentações*
CHN	*Centro Hospitalar do Nordeste, EPE*
CHLC	*Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE*
CHLN	*Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE*
CHLO	*Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE*
CHVNG/E	*Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE*
CIRS	*Código do Imposto sobre o Rendimento Singular*
CIVA	*Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado*
CPCF	*Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças*
CPI	*Concurso Público Internacional*
CPRGRH	*Centro de Processamento de Remunerações e Gestão de Recursos Humanos*
DC	*Direcção Comercial*
DF	*Divisão Financeira*
EAS	*Empresa de Ambiente na Saúde, Unipessoal, Lda*
EPE	*Entidade Pública Empresarial*
ERP	*Enterprise Resource Planning (Sistema Integrado de Gestão Empresarial)*
ERS	*Entidade Reguladora da Saúde*
FTE	*Full Time Equivalent (Equivalente a Tempo Completo)*
HSFX	*Hospital de São Francisco Xavier*
HSC	*Hospital de Santa Cruz*
HEM	*Hospital de Egas Moniz*
HSJ	*Hospital de São João, EPE*
IP	*Instituto Público*
MS	*Ministério da Saúde*
MVEP	*Modelo de Valorização Económica de Propostas*
NIB	*Número de Identificação Bancária*
NSA	*Níveis de Serviço Acordados*
PGA	*Plano Global de Auditoria*
PA	*Programa de Auditoria*
RCM	*Resolução do Conselho de Ministros*
RESP	*Rede Eléctrica de Serviço Público*
SCC	*Sistema Comum de Compras*
SCT	*Segurança e Controlo Técnico*
SNS	*Serviço Nacional de Saúde*
SRS	*Subregião de Saúde*
SPMS	*Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE*
SUCH	*Serviço de Utilização Comum dos Hospitais*
TAFL	*Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa*
TC	*Tribunal de Contas*
UN	*Unidade de Negócio*
USP	*Unidade de Serviços Partilhados*
USPCL	*Unidade de serviços partilhados de compras e logística*

I – Sumário

Em cumprimento do Programa de Fiscalização para 2010, aprovado pelo Tribunal de Contas (TC) em sessão do Plenário da 2ª Secção, de 3 de Dezembro de 2009, realizou-se uma auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009, cujas conclusões se apresentam em seguida.

O objectivo principal da auditoria foi a avaliação da racionalidade económica da actividade desenvolvida pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais ou por entidades por ele participadas relativamente a entidades do Sector Público e, acessoriamente, a análise da legalidade e regularidade dos procedimentos.

1. Conclusões

Apreciação global

- Nas aquisições de bens e serviços ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais[1], as entidades públicas associadas, nem sempre têm aplicado o regime jurídico da contratação pública e garantido os requisitos gerais para a autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia, o que não tem contribuído para uma gestão criteriosa dos recursos públicos. Designadamente, nenhuma das entidades públicas aderentes dos serviços partilhados de gestão de recursos humanos efectuou estudos que fundamentassem a decisão de adesão àqueles serviços, fundamentando-se apenas em estudos da entidade adjudicatária onde eram evidenciados acréscimos de custos, para o Erário Público, com as referidas adesões.

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais apresenta custos de estrutura injustificados[2] que se têm reflectido na formação de preços praticados por esta Associação, com reflexo negativo no funcionamento dos seus associados, maioritariamente públicos.

- A mediação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais nas aquisições das entidades públicas suas associadas para as quais aquela Associação não detém competências, nem sempre garantiu os princípios que norteiam a concorrência e que contribuem, também, para a boa gestão dos recursos públicos. Verificou-se a execução de contratos públicos por entidades participadas pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e por outros operadores económicos privados, sem sujeição ao regime jurídico da contratação pública.

- As unidades de serviços partilhados criadas pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, através da constituição de Agrupamentos Complementares de Empresas – Somos Pessoas, ACE, Somos Contas, ACE, e Somos Compras, ACE – com a participação de operadores económicos privados, não contribuíram para a redução do défice do Serviço Nacional de Saúde, expectável[3]

[1] Caracterizada como uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, de natureza associativa.
[2] Nomeadamente, prémios pagos por objectivos de cobrança aos três directores comerciais que, no biénio, 2007-2008, ascenderam a € 129.750,00, e o pagamento de despesas com viaturas para fins não exclusivamente profissionais.
[3] Estudos realizados, por solicitação do SUCH, pelas empresas The Boston Consulting Group, "Criação da Unidade de Serviços Partlhados de Saúde", de 8 de Dezembro de 2008, e pela Augusto Mateus & Associados - Sociedade de Consultores, Lda, "SUCH-SOMOS SPS: Plano de Sustentabilidade 2010-2015 – Relatório Preliminar", de Outubro de 2009, estimam que os ganhos (traduzidos em redução de custos do Serviço Nacional de Saúde) com a adesão generalizada das instituições do Serviço Nacional de Saúde aos serviços partilhados em

e observado em iniciativas internacionais semelhantes[4]. A falta de conhecimentos do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e dos parceiros privados sobre as idiossincrasias do Sector Público da Saúde nas áreas de compras, gestão de recursos humanos e gestão financeira e contabilística e o excessivo recurso a financiamento bancário (em 2008, esse financiamento ascendia a € 23,6 milhões e, em 2009, a € 33,2 milhões) estiveram na base desta situação.

- A estratégia de criação dos serviços partilhados, um dos desideratos da missão do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, em funções de 2006 a 30 Junho de 2010[5], não incluiu a falta de know how, negligenciou a componente jurídica do macro-ambiente e não teve critério[6] no recurso ao endividamento, conduzindo a Associação a uma situação financeira crítica, com eventuais consequências na sua própria sobrevivência, o que contrasta com a "(…) *situação financeira (…) globalmente equilibrada* (…)"[7] de partida e evidenciada nas demonstrações financeiras de 2005. Com efeito, tomando por exemplo o rácio de autonomia financeira, verifica-se que passou de 38%, em 2005, para 11%, em 2009, em consequência de uma política de financiamento não sustentada e irreflectida.

- Os prejuízos gerados pelas unidades de serviços partilhados, que, em 2008, foram de € -1,3 milhões e, em 2009, de € -6,9 milhões, tiveram como resultado, imediato, a deterioração da situação económico-financeira do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais que apresentou resultados líquidos negativos de € -4,4 milhões, em 2008, e € -5 milhões, em 2009.

- A SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE[8], sucedendo nas posições jurídicas dos Somos Pessoas, ACE, Somos Contas, ACE, e Somos Compras, ACE, sem precedência de estudos de viabilidade económico-financeira na óptica microeconómica e macroeconómica/óptica do sector público, que demonstrassem a viabilidade e racionalidade económicas, designadamente pela assunção daquelas posições jurídicas, e irá iniciar a sua actividade utilizando meios físicos, tecnológicos e financeiros que não foram adquiridos, pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, no respeito pelo regime jurídico da contratação pública e, consequentemente, nas melhores condições de mercado.

Caracterização do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais – cfr. ponto 8

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais foi criado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 46.668, de 24 de Novembro de 1965, e nos termos do artigo 417º do Código Administrativo de 1940, por estatutos aprovados por despacho ministerial, de 22 de Abril de 1966, para *"obter o melhor rendimento económico"* das instituições fundadoras[9], caracterizando-se como uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, de natureza associativa, organizada e posicionada

saúde nas áreas das compras e logística, gestão de recursos humanos e gestão administrativa e financeira (disponibilizados pelos ACE criados pelo SUCH) e na área de tecnologias e sistemas de informação poderão ascender de € 230.000.000 a € 400.000.000/ano.

[4] Designadamente, no estudo de "*Benchmarking internacional e desenho de unidades de serviços partilhados no sector da saúde"*, de 2006, da autoria da Deloitte e promovido pelo SUCH (Benchmark – EUA, Irlanda, Nova Zelândia e Espanha).

[5] Com a excepção da Vice-Presidente do SUCH que tomou posse apenas a 1 de Fevereiro de 2008. Pelos Despachos n.os 10557/2010 e 10558/2010, de 17 de Junho, do Secretário de Estado da Saúde, publicados no Diário da República, 2ª S, n.º 121, de 24 de Junho, foram nomeados os actuais Presidente e Vice-Presidente do Conselho de Administração do SUCH, com efeitos a partir de 23 de Junho inclusive. Os restantes membros do Conselho de Administração (3 vogais) foram eleitos em Assembleia Geral extraordinária de 30 de Junho de 2010, com efeitos a partir de 1 de Julho inclusive.

[6] Leverage financeiro negativo.

[7] Fonte: Parecer do Conselho Fiscal do SUCH – Exercício de 2005.

[8] Criada pelo Decreto-Lei n.º 19/2010, de 22 de Março. De acordo com informação prestada pelo Chefe de Gabinete da Ministra da Saúde, por ofício de 15 de Setembro de 2010, a SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE, encontra-se, ainda, em instalação, continuando em actividade os Somos Pessoas, ACE, Somos Contas, ACE, e Somos Compras, ACE

[9] À época as instituições particulares de assistência que exerciam actividades de natureza hospitalar e, mediante autorização do Ministro da Saúde e Assistência, os estabelecimentos hospitalares oficiais, cfr. artigos 1º e 2º do Decreto-Lei n.º 46 668.

para a oferta integrada de serviços de apoio para o Sector da Saúde, tomando "*a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados*"[10]. Tendo por base o fim para o qual foi criado, os associados do Sector Público têm-lhe adjudicado contratos públicos sem aplicação do respectivo regime de contratação.

- No ano de 2009, a estrutura associativa era composta por 60 entidades hospitalares públicas, 11 institutos públicos, 1 serviço integrado do Ministério da Saúde, 22 entidades sem fins lucrativos (misericórdias, cooperativas, fundações) e 1 entidade hospitalar do sector privado lucrativo.

- São órgãos do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais: a Assembleia Geral, composta por representantes dos associados, o Conselho de Administração, constituído por um Presidente e um Vice-presidente, nomeados pelo Ministro da Saúde, e três Vogais eleitos em Assembleia Geral sobre proposta do Presidente do Conselho de Administração, e o Conselho Fiscal, composto por três membros efectivos e um suplente, eleitos pela Assembleia Geral.

- As deliberações em Assembleia Geral são, em regra, tomadas com base no número de votos dos associados, sendo o número de votos de cada associado determinado pelo valor percentual dos serviços adquiridos, no ano anterior, relativamente à facturação total do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, entre um e seis votos. Em 2009, o número de votos dos associados do Sector Público ascendia a 111, sendo o dos associados dos Sectores Social e Lucrativo, 23. Tomando por referência a caracterização das empresas públicas constante do Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado, verifica-se que as entidades públicas associadas exercem uma influência dominante sobre a associação, detendo a maioria dos direitos de voto.

- A actividade tradicional da Associação tem-se desenvolvido nas áreas de assistência técnica a instalações e equipamentos, de exploração ou gestão de instalações técnicas e áreas industriais, de desenvolvimento tecnológico e investigação de equipamentos e instalações e de formação de pessoal enquanto utilizador de equipamentos.

- Com base nos Estatutos o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais detém diversas participações noutras entidades, destacando-se:

  → O SUCH-Dalkia, ACE[11], constituído em 1996, cuja actividade principal é a concepção, construção, financiamento, exploração e manutenção de centrais de transformação de energia. Este Agrupamento, com capital social, conta com a participação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (50%) e de um parceiro do sector privado lucrativo (50%);

  → Os três Agrupamentos Complementares de Empresas, criados em 2007, a fim de constituir unidades de serviços partilhados da saúde nas áreas de compras e logística, gestão financeira e contabilística e gestão de recursos humanos – o Somos Compras, ACE, o Somos Contas, ACE, e o Somos Pessoas, ACE. Estes Agrupamentos foram

[10] Artigo 1º, n.º 1, dos Estatutos actuais, publicados no Diário da República, 2ª S, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006.

[11] Agrupamento Complementar de Empresas. Contrato pelo qual duas ou mais pessoas singulares ou colectivas ou sociedades se agrupam, sem prejuízo da personalidade jurídica de cada uma, com vista a melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades económicas. O ACE não pode ter por fim principal a realização e partilha de lucros e constitui-se por contrato, com ou sem capital social próprio. Adquire personalidade jurídica com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial (Bases I, II, III e VI da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho).

constituídos com a participação de entidades do sector privado lucrativo (5%). O Somos Compras, ACE, conta, ainda, com a participação de entidades públicas do Sector da Saúde (9%). As restantes participações pertencem à Associação. Não tendo capital social, a participação nos Agrupamentos refere-se à participação nos encargos e proveitos e/ou excedentes de tesouraria.

- Todos os Agrupamentos referidos têm prestado serviços a entidades do Sector Público associadas do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, sem precedência de procedimentos de contratação pública, ainda que, por interposição desta Associação, uma vez que é esta entidade quem celebra os contratos com os respectivos associados, mandatando aquelas entidades ou cedendo-lhes os direitos e obrigações deles decorrentes.

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais presta contas ao Tribunal de Contas no âmbito das disposições conjugadas da alínea a) do n.º 2 do artigo 2º e da alínea o) do n.º 1 do artigo 51º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, e encontra-se sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas, desde a entrada em vigor da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

Natureza jurídica do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais – cfr. ponto 9

- Em 1966, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais com atribuições em áreas até então desenvolvidas por instituições de assistência particulares, que eram, elas próprias, pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, assumiu a mesma natureza jurídica.

- A manutenção daquela caracterização não teve em atenção, no entanto, a alteração operada na natureza jurídica da maioria dos seus associados, que, com a criação do Serviço Nacional de Saúde, passaram a ser pessoas colectivas públicas.

- Os fins prosseguidos pelo SUCH – "*tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados*", prestando-lhe serviços em diversas áreas, mediante o pagamento de um preço fixado contratualmente - não se inserem nos fins beneficentes ou humanitários ou de assistência e de educação previstos no artigo 416º do Código Administrativo.

- O SUCH, enquanto pessoa colectiva de utilidade pública administrativa goza de isenções fiscais[12], que os seus associados, maioritariamente, hospitais do Sector Público Administrativo e do Sector Empresarial do Estado, não auferem.

[12] De entre as isenções fiscais destacam-se a isenção de Imposto sobre o Rendimento Colectivo, de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis e de Imposto de Selo.

Actuação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais junto de entidades do Sector Público – cfr. ponto 10

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais tem desenvolvido, maioritariamente, a sua actividade, junto dos associados do Sector Público, quer através da celebração de protocolos/acordos sem precedência de procedimentos concorrenciais, quer através da celebração de contratos precedidos daqueles procedimentos. Em 2008 e 2009, o volume de negócios com estas entidades ascendeu a € 79.857.836,16 (87%) e a € 88.620.122,43 (86,2%)[13]. Destes valores, € 71.187.941,36, (77,6%), em 2008, e € 73.246.032,26, (71,3%), em 2009, foram realizados em execução de protocolos/acordos celebrados sem precedência de procedimentos concorrenciais.

- Qualquer um dos protocolos/acordos analisados, no âmbito da presente auditoria, subsumem-se no conceito de contrato, constituindo acordos de vontades entre duas pessoas jurídicas distintas e estabelecendo direitos e obrigações recíprocas entre as partes, e, em regra tendo por objecto prestações de serviços e/ou fornecimentos de bens e/ou realização de obras, que poderiam ter sido adquiridas no mercado.

- De salientar que o regime jurídico da contratação pública visa não só salvaguardar os princípios constitucionais que regulam a actividade da Administração Pública e a sã concorrência, mas também a boa gestão dos recursos públicos. De princípio, apenas a abertura de um procedimento concorrencial garante o melhor contrato do ponto de vista da economia, eficácia e eficiência. Porém, por via jurisprudencial[14] tem-se entendido que é possível uma entidade adjudicante atribuir directamente um contrato a uma entidade dela distinta no plano jurídico-formal, se exercer sobre ela, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e se essa entidade realizar o essencial da sua actividade para com a ou as entidades que a controlam. Trata-se da designada contratação *in house*, actualmente prevista no artigo 5º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

- A propósito das relações jurídicas estabelecidas entre o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e os respectivos associados do Sector Público, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, concluiu, em pareceres emitidos em 1995 e 2002, entre outras, que as relações entre aquela Associação e os respectivos associados se situavam materialmente no plano da auto-satisfação das necessidades da Administração, fora do âmbito de aplicação dos Decretos-Lei n.os 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, por não pressuporem a necessidade de recurso a um contratante externo. Sempre que o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, no desenvolvimento das suas actividades, carecesse de recorrer a entidades externas, incluía-se nas entidades equiparadas a organismos de direito público para efeitos de aplicação daqueles diplomas.

- Durante a vigência dos Decretos-Lei n.os 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, a adjudicação directa de contratos públicos pelas entidades associadas do Sector Público ao

[13] A restante percentagem corresponde, em 2008 e 2009, ao volume de negócios realizado com entidades dos sectores social e privado.
[14] Diversos Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, o primeiro dos quais (Acórdão Teckal – Proc.º C-107/98) data de 18 de Novembro de 1999.

- Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, fundou-se no fim para o qual o mesmo foi criado[15] e na doutrina constante dos referidos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República. Com a publicação do Código dos Contratos Públicos e a sua entrada em vigor, em 30 de Julho de 2008, o fundamento jurídico invocado tem sido, também, o respectivo artigo 5º, n.º 2.

- Após a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, o Tribunal de Contas recusou o visto a contratos celebrados entre o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e as entidades do Sector Público suas associadas, em virtude de os mesmos não estarem abrangidos por qualquer excepção à aplicação do regime da contratação pública, nomeadamente a estabelecida no artigo 5º, n.º 2, do referido Código[16].

- A adjudicação ou a renovação de contratos com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, após a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, sem precedência do procedimento de contratação pública legalmente aplicável, identificada em todas as entidades seleccionadas, com excepção do Hospital de São João, EPE,[17], é susceptível de gerar responsabilidade financeira sancionatória relativamente aos membros do Conselho Directivo ou de Administração das entidades públicas adjudicantes, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

  Contudo, para que haja infracção financeira, não basta que estejamos perante um facto ilícito, no caso concreto, a violação das normas que regem a adjudicação dos contratos públicos. É necessário, também, que o facto seja culposo e, nesta sede, considerando designadamente que, até 2009, o enquadramento das relações das entidades do Sector Público com a Associação, constante dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, apenas pontualmente foi questionado[18], e a existência de diversos pareceres jurídicos que corroboravam este entendimento, os responsáveis das entidades públicas adjudicantes actuaram com a diligência que lhes era exigida, não sendo de considerar, na presente auditoria, como infracções financeiras.

- Sucede, porém, que quer durante a vigência dos Decretos-Lei n.ºs 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, quer durante a vigência do Código dos Contratos Públicos, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais cometeu a entidades terceiras a execução de contratos públicos que as entidades públicas adjudicantes lhe haviam atribuído ao abrigo do fim prosseguido pela Associação e do entendimento propugnado pelo Conselho Consultivo da

[15] A obtenção do *" melhor rendimento económico"* das instituições fundadoras, tomando "*a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados".*

[16] Proc.º n.º 349/2009 - Acórdão nº 143/2009 -22.JUL-1.ª S/SS e Acórdão n.º 7/2010 – 09.MAR-1ªS/PL (Recurso Ordinário n.º 22/2009) – "Protocolo de Prestação de Serviço de Tratamento e Fornecimento de Roupa em Regime de Aluguer ao Hospital de Faro, EPE", celebrado entre aquele Hospital e o SUCH; Proc.º n.º 1045/2009 - Acórdão nº 159/2009 -29.Out-1.ª S/SS - "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, I.P., e o SUCH; Proc.º nº 1861/2009 - Acórdão nº 167/09 - 20.NOV.09-1.ª S/SS – "Protocolo de execução da obra de remodelação da instalação de ar condicionado dos serviços de medicina física e reabilitação, consultas externas, esterilização, oftalmologia e quartos de isolamento", celebrado entre o Hospital do Litoral Alentejano e o SUCH; Proc.º 1807/2009 - Acórdão n.º 4/2010, de 23 de Fevereiro – "Protocolo de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Centro, IP, e o SUCH; Proc.º 1825/2009 - Acórdão n.º 6/2010, de 25 de Fevereiro - "Protocolo de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, IP, e o SUCH.

[17] Cujos contratos, não precedidos de procedimentos de contratação pública, foram celebrados antes da entrada em vigor do CCP.

[18] Pontualmente, os Tribunais Administrativos pronunciaram-se pela ilegalidade da adjudicação sem cumprimento do regime jurídico da contratação pública (veja-se, a título de exemplo – Recurso Jurisdicional n.º 1047/05, 2º Juízo, 1ª Secção, do Tribunal Central Administrativo).

Procuradoria Geral da República e/ou do artigo 5º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos. Estas situações[19] ocorreram relativamente a entidades participadas pela Associação (SUCH-Dalkia, ACE, Somos Pessoas, ACE, Somos Contas, ACE, e Somos Compras, ACE), ao abrigo dos respectivos contratos de constituição e de contratos de cedência de direitos e obrigações e de mandato. Verificou-se ainda a execução de dois contratos públicos de prestação de serviços de alimentação, por consórcios formados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e por uma empresa.

Embora a formação dos contratos de agrupamento complementar de empresas e de consórcio não estivessem sujeitos ao regime jurídico da contratação pública[20], o facto de, por via deles, essas entidades terem prestado serviços a entidades públicas adjudicantes, ainda que por intermediação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, vinculava esta entidade a aplicar aquele regime aquando da atribuição em concreto dos contratos públicos com ele celebrados. As situações identificadas não se conformam nem com o entendimento constante dos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República nem com a doutrina da contratação *in house* na medida em que envolveram operadores económicos privados que não foram escolhidos com base nos procedimentos adjudicatórios aplicáveis[21].

As entidades públicas adjudicantes deviam ter garantido, junto da Associação, o cumprimento por esta dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública, não podendo ter aceite que os serviços contratados fossem efectuados por entidades que contavam com a participação de operadores económicos privados. Nestas situações, a mediação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, nas aquisições de bens e serviços das entidades públicas, não garantiu o cumprimento dos princípios que norteiam a concorrência e que contribuem para a boa gestão dos dinheiros públicos.

Áreas de negócio tradicionais – cfr. pontos 11 e 11.1

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais vem desenvolvendo a sua actividade nas áreas de apoio instrumental das unidades prestadoras de cuidados de saúde, nomeadamente na

[19] Estas situações são tratadas em concreto nos pontos 11 e 12 do Relatório. Durante a vigência dos Decretos-Lei n.os 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, esta situação foi identificada nas seguintes entidades: Hospital de São João, EPE (prestação de serviços de alimentação e instalação e exploração da central de cogeração); Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE (prestação de serviços de alimentação); Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE (prestação de serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas e instalação e exploração da central de cogeração); Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE (exploração da central de cogeração); Administração Regional de Saúde do Algarve, IP (prestação de serviços de gestão de recursos humanos – serviços partilhados); Administração Regional de Saúde do Centro, IP (prestação de serviços de gestão de recursos humanos – serviços partilhados). Para além destas entidades, esta situação verificou-se, ainda, na instalação e exploração de centrais de cogeração na Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE, Hospital Garcia de Orta, EPE, e Centro Hospitalar de Setúbal, EPE. Durante a vigência do CCP, esta situação verificou-se no Centro Hospitalar Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE (renovação do contrato de prestação de serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas e adjudicação do contrato de aquisição de serviços partilhados de compras e logística), no Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, e no Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE, (adjudicação dos contratos de aquisição de serviços partilhados de compras e logística), no Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE (adjudicação do contrato de prestação de serviços de alimentação), na Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, e na Administração Regional de Saúde do Centro, IP (renovação dos contratos de prestação de serviços de gestão de recursos humanos – serviços partilhados), e, ainda, no Hospital de Santo André, EPE (adjudicação do contrato relativo à instalação e exploração de uma central de cogeração). Os contratos de adesão aos serviços partilhados de gestão financeira e contabilística das Administrações Regionais de Saúde do Norte e Centro e o contrato de adesão aos serviços partilhados de gestão de recursos humanos da Administrações Regionais de Saúde do Norte, foram já objecto de decisões de recusa de visto do Tribunal de Contas em sede de fiscalização prévia.

[20] Actualmente, o CCP incluiu no seu âmbito de aplicação o contrato de sociedade.

[21] No sentido de que as entidades adjudicatárias de contratos *in house*, devem ser consideradas organismos de direito público, *vide,* Diogo Duarte de Campos, *in "A escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas, A adjudicação in house em particular"*, Coimbra Editora, 2010, p. 329, nota 1004.

manutenção de instalações e equipamentos, lavagem e tratamento de roupa, tratamento e gestão de resíduos e no fornecimento de alimentação.

- Os resultados operacionais destas áreas de negócio tradicionais do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, embora positivos[22], diminuíram 20,34%, entre 2007 e 2008, e 8,5%, entre 2008 e 2009.

- A área de negócios cujo desempenho mais contribuiu para a diminuição dos resultados operacionais, em 2008, foi a do Somos Equipas (unidades de negócio da Manutenção, Segurança e Controlo Técnico e Projectos e Obras), o que evidencia a existência de ineficiências[23] que, reflectindo-se nos preços das propostas apresentadas às entidades públicas, importa colmatar.

- Na área do Somos Ambiente, as unidades de negócios de limpeza hospitalar e de gestão de resíduos, em 2008, apresentaram resultados de exploração negativos.

- As adjudicações efectuadas ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais nem sempre se baseiam em critérios de eficiência e eficácia, mas na possibilidade de adjudicação sem prévio procedimento de contratação. Sem prejuízo do argumento de legalidade formal que, neste caso se verificou já não ter razão de ser, as entidades públicas devem fundamentar as suas decisões, em especial se envolverem valores elevados de despesa, em termos de economia, eficiência e eficácia. Só assim garantirão a afectação eficiente dos recursos públicos.

Hospital de São João, EPE

Prestação de serviços de tratamento e lavagem de roupa

- O Hospital de São João, EPE, não reclamou ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais o pagamento dos custos energéticos da lavandaria do Hospital com o tratamento de roupa de outras instituições, conforme previsto contratualmente, no período de 1 de Outubro de 2006[24] a 31 de Março de 2010, data em que emitiu a correspondente factura, no total de € 1.044.403,27.

- O Hospital não efectuou nenhum controlo sobre a exactidão dos montantes descontados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais na sua facturação, conforme previsto no contrato, relativos ao tratamento de roupa de outras instituições na lavandaria do referido Hospital.

- O deficiente controlo da execução do contrato, que originou a não arrecadação de receitas no valor de € 1.044.403,27, revela deficiências ao nível do controlo interno do Hospital, que não se compadecem com a boa gestão dos recursos públicos. A não arrecadação de receitas pode configurar eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração do Hospital, nos termos dos artigos 60º e 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por violação dos artigos 7º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e 7º, n.º 1, alínea r), dos Estatutos aprovados pelo mesmo Decreto-Lei. Contudo, considerando que estes responsáveis apenas tomaram conhecimento daquela falha no âmbito da auditoria, tendo já diligenciado no sentido da arrecadação dos valores em dívida, conclui-se que os mesmos não

[22] Em 2008, € 7.466.682,00, em 2009, e € 6.831.673,00.
[23] Aumento dos custos operacionais é superior ao aumento dos proveitos operacionais.
[24] Início da vigência do contrato.

actuaram nem com dolo nem com culpa, afastando-se a efectivação de eventual responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória.

Prestação de serviços de alimentação

- A execução do contrato celebrado com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, em 2000[25], tem sido assegurada pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e pela Eurest – Sociedade Portuguesa de Restaurantes, SA, com base num contrato de consórcio.

- O valor anual estimado do contrato ascendia, à época, a cerca de € 3.194.261,83, pelo que o procedimento de contratação legalmente aplicável seria o de concurso público, conforme artigos 80º, n.º 1, e 191º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Julho.

- Nesta situação o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais apenas poderia ter recorrido a uma entidade terceira se tivesse sustentado a respectiva escolha num concurso público, o que não aconteceu. Por seu turno, tendo o Hospital consentido, no contrato, a subcontratação de outras entidades, deviam os respectivos responsáveis ter garantido a legalidade dos procedimentos de contratação a serem utilizados nessa situação.

- A não realização do procedimento de contratação legalmente adequado configura uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira sancionatória. Contudo, à época do facto ilícito, a Associação não se encontrava sujeita aos poderes de jurisdição do Tribunal e um eventual procedimento por responsabilidade financeira sancionatória, já se encontra prescrito.

- No que concerne ao processo decisional subjacente à contratação em causa, não se encontraram evidências de quaisquer estudos de análise de custo-benefício ou outros estudos adequados à aferição da afectação eficiente e eficaz dos recursos públicos que sustentassem a sua celebração. Tratando-se de um contrato de longo prazo e considerando o montante do investimento envolvido, esses estudos seriam importantes para aferir o equilíbrio do protocolo e a adequação do investimento às necessidades do Hospital, sendo que o investimento realizado (suportado num histórico de refeições fornecidas de 70.000/mês), que o Hospital teria que amortizar, se revelou excessivo face às suas necessidades reais. Durante o ano de 2008 e o 1º semestre de 2009, o Hospital suportou uma penalização de € 232.702,86 e de € 91.211,94, correspondente a refeições não servidas face ao histórico que serviu de referência à celebração do contrato. Em anos anteriores, o Hospital apenas não suportou o débito correspondente a refeições não servidas nos meses de Abril, Maio e Outubro de 2000.

Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE

Prestação de serviços de alimentação

- De Março de 2007 a Fevereiro de 2009, as prestações de serviços de alimentação, cujo valor ascendeu a € 1.513.476,40, em 2007, e a € 1.892.289,86, em 2008, foram executadas pelo consórcio SUCH/Eurest, sem precedência de qualquer procedimento concursal. Em Março de 2009, o Centro Hospitalar celebrou com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais um contrato de fornecimento de serviços de alimentação, uma vez mais sem sujeição às regras da contratação pública, que continuou a ser executado pelo consórcio.

[25] O termo do protocolo encontra-se previsto para 30 de Junho de 2011.

- A não realização do procedimento de contratação legalmente exigível – durante a vigência do Decreto-Lei n.º 197/99, o concurso público, conforme artigo 13º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e artigos 80º, n.º 1, e 191º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Julho; durante a vigência do Código dos Contratos Públicos (a partir de 30 de Julho de 2008), o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação, nos termos dos respectivos artigos 2º, n.º 2, 5º, n.º 3, alínea b), e 20º, n.º1, alínea b) - contrariou o disposto no regime da contratação pública, podendo configurar uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira sancionatória, relativamente aos membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE, e do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

  Considerando, porém, que nesta matéria nunca houve recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno no sentido de ser corrigido o procedimento adoptado, nunca os seus autores foram objecto de juízo de censura por aquelas entidades e que perante a factualidade aduzida nas alegações se conclui que quer os responsáveis do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE, quer os responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais não actuaram com dolo, conclui-se, relativamente a todos os responsáveis indiciados, pelo preenchimento dos pressupostos para a relevação pelo Tribunal da eventual responsabilidade financeira sancionatória, constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto. Acresce que o Centro Hospitalar já iniciou um procedimento de aquisição de serviços ao abrigo do regime jurídico da contratação pública e que por adenda ao contrato de consórcio celebrada entre o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e a Eurest, a colaboração desta entidade apenas se mantém em vigor até à conclusão daquele procedimento, cessando em qualquer caso, no dia 31 de Dezembro de 2010.

A gestão e tratamento de resíduos

- Em 19 de Dezembro de 2003 o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE, celebrou com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais um protocolo com vista à instalação de uma central de autoclavagem numa parcela de terreno do Hospital, para tratamento de resíduos dos clientes da Associação, incluindo o Centro Hospitalar. A central iniciou a actividade em Junho de 2006.

- Nos termos do protocolo, o fornecimento das energias consumidas (água, vapor e electricidade) na central seria realizado pelo Centro Hospitalar, mediante reembolso do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais. O fornecimento de água e de vapor para a central tem sido assegurado por meios próprios da Associação; contudo, o fornecimento de água para os balneários e de energia eléctrica, vem sendo assegurado pelo Centro Hospitalar, sem que tenha havido qualquer reembolso das quantias devidas. Apenas, em 30 de Abril de 2010, o Centro Hospitalar emitiu as facturas correspondentes (€ 13.676,88 – energia eléctrica; € 6.123,60 – água). Não existindo contadores para contagem dos consumos, os valores facturados foram estimados desde Junho de 2006, início da actividade da central, e até Abril de 2010, pelo que podem não corresponder efectivamente aos consumos realizados.

- O deficiente controlo da execução do contrato gerou a não arrecadação das receitas devidas. Contudo, considerando que os responsáveis do Conselho de Administração do Centro Hospitalar apenas tomaram conhecimento daquela falha no âmbito da auditoria, tendo já diligenciado no sentido da arrecadação dos valores em dívida, conclui-se que os mesmos não actuaram nem com dolo nem com culpa, o que afasta a efectivação de eventual responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória, em que poderiam incorrer nos termos dos artigos 60º e 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por violação dos artigos 13º, alínea g), do regime jurídico da gestão hospital aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, e 6º, n.º 1, alínea p), do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, enquanto entidade do Sector Público Administrativo[26], e dos artigos 7º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e 7º, n.º 1, alínea r), dos Estatutos aprovados pelo mesmo Decreto-Lei, enquanto entidade pública empresarial.

Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE

- Para a execução do contrato de prestação de serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas, celebrado com o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, em Agosto de 2007, e renovado em 2009, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais subcontratou, sem a realização de qualquer procedimento concursal, o SUCH-DALKIA, Serviços Hospitalares, ACE, pelo valor inicial de € 286.624,00. Em 2009, o valor da subcontratação foi de € 250.814,40. O valor do contrato celebrado, em 2007, entre o Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, e o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, foi de € 1.130.942,00 (17 meses) e o da sua renovação (anual), em 2009, de € 911.729,40.

- A não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em 2007, o concurso público, conforme artigo 13º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e artigos 80º, n.º 1, 191º, n.º 1, alínea b) e 194º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Julho, e, em 2009, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação, conforme artigos 2º, n.º 2, 5º, n.º 3, alínea b), e 20º, n.º1, alínea b) do Código dos Contratos Públicos, pode configurar uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira, relativamente aos membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, e do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

  Verificando-se, contudo, nesta matéria, que nunca houve recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno no sentido de serem corrigidos os procedimentos adoptados, nunca os seus autores foram objecto de juízo de censura por aquelas entidades e que perante a factualidade aduzida nas alegações se conclui que, quer os responsáveis do Centro Hospitalar Lisboa Ocidental, EPE, quer os responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, actuaram convictos da legalidade da sua conduta, encontrando-se, por isso, preenchidos os pressupostos constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto, releva-se a eventual responsabilidade financeira sancionatória daqueles responsáveis. A este propósito, refira-se, ainda, que o Centro Hospitalar já iniciou um procedimento de aquisição de serviços

[26] O Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho foi transformado em entidade pública empresarial a partir de 1 de Março de 2007 (artigo 10º do Decreto-Lei n.º 50-A/2007, de 28 de Fevereiro).

ao abrigo do regime jurídico da contratação pública e que o Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, na sequência de parecer jurídico questionando a legalidade da subcontratação ao SUCH-DALKIA, ACE, deliberou encarregar os seus próprios serviços de se substituir aos trabalhos assegurados pelo SUCH-Dalkia, ACE, o que, no âmbito da execução do contrato celebrado com o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, foi executado com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2010.

Centro Hospitalar do Nordeste, EPE

- O Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, procedeu, em 2008, à abertura de um procedimento de consulta prévia para a aquisição de serviços de recolha, transporte e tratamento de resíduos para o ano de 2009, tendo endereçado convites a três entidades, incluindo o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

- As melhores propostas apresentadas, em Outubro de 2008, e, após negociação, em Março de 2009, foram de uma empresa privada, e representavam uma poupança estimada de 7% e 20%, respectivamente, face aos custos de 2008[27].

- Numa última negociação, ocorrida após Março de 2009, o Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, não deu oportunidade à empresa que havia apresentado as melhores propostas de rever o respectivo preço, tendo-se limitado a solicitar nova proposta ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais. Em Setembro de 2009, a Associação igualou o preço ao da última proposta da referida empresa. Ao excluir desta fase de negociação a empresa que, até àquele momento, havia apresentado as melhores propostas, o Centro Hospitalar não respeitou os princípios da prossecução do interesse público, da igualdade, da imparcialidade e da transparência que devem nortear as relações entre a Administração Pública e os administrados.

- O serviço foi adjudicado ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, em Outubro de 2009, um ano após a abertura do procedimento. O Centro Hospitalar podia ter beneficiado, desde Março de 2009, da proposta então apresentada pelo outro concorrente. Ao invés, aquele estabelecimento hospitalar manteve em vigor os contratos e preços de 2008, o que representou, entre Abril e Outubro de 2009, um custo acrescido estimado de € 10.610,25.

- A tramitação e demora, pelo Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, na adjudicação, são reveladoras de negligência na gestão dos recursos públicos.

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, numa situação de concorrência, baixou em cerca de 40% o valor da proposta inicialmente apresentada (de € 96.770,00 para € 69.210,00).

Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE

Prestação de serviços de tratamento e lavagem de roupa

- Nos termos do contrato celebrado, em 1989, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais seria responsável pelo pagamento de todas as despesas de exploração da lavandaria, nomeadamente os consumos de água, electricidade e vapor, competindo aos Hospitais da

[27] Em 2008, o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos no Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, era assegurado pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, no Hospital de Macedo de Cavaleiros e no Hospital de Mirandela e por uma empresa privada no Hospital de Bragança.

Universidade de Coimbra, EPE, a instalação de contadores para medição dos respectivos consumos. O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais asseguraria ainda que o preço por kilograma de roupa lavada dos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, seria sempre inferior ao preço pago por outras entidades a quem a Associação prestasse serviços utilizando a lavandaria dos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE.

- Mensalmente, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais compensou os Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, pelos consumos energéticos reais de água e electricidade na lavandaria. Relativamente ao vapor consumido e não dispondo de contador para o efeito, os Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, fazem uma estimativa do vapor consumido, o que não assegura que os montantes cobrados ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais correspondem efectivamente aos consumos realizados.

- Os Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, não controlam se o preço por kilograma de roupa que pagam é, de facto, inferior ao cobrado pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais às outras entidades a quem presta serviços, conforme previsto contratualmente, o que evidencia um deficiente controlo da execução do contrato.

Prestação de serviços informáticos

- Desde 1999 que os Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, mantêm um contrato de prestação de serviços de informática com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais. O pessoal destacado pela Associação, em permanência, nos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, cumpre um horário, executa tarefas semelhantes às dos outros funcionários do serviço de informática do Hospital, com os meios que este põe ao seu dispor e sobre a direcção do responsável pelo serviço de informática do Hospital, o que configura uma relação jurídica de trabalho com o Hospital.

- Os custos com pessoal dos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, estão, em consequência, subavaliados por contrapartida da conta de fornecimentos e serviços externos.

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais factura aos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE, todos os custos associados a uma relação jurídica de trabalho (salários base, subsídios de alimentação, encargos com a taxa social única, seguros de acidentes de trabalho e de grupo, subsídio de turno) e, ainda, encargos gerais e benefícios da Associação (20%) e IVA à taxa legal em vigor que, no ano de 2008, foram de € 63.905,87. Estes custos seriam desnecessários se a relação de trabalho fosse estabelecida directamente com o Hospital.

- Em sede de contraditório, o Conselho de Administração dos Hospitais de Universidade de Coimbra informou que o contrato em causa foi denunciado e procedeu-se à celebração de contratos individuais de trabalho com os técnicos de informática.

Administração Central do Sistema de Saúde, IP

- O Instituto de Gestão Financeira e Informática da Saúde (actual Administração Central do Sistema de Saúde, IP) adjudicou ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais a prestação de serviços de gestão de obra, consulta ao mercado e acompanhamento da execução da obra e realização da empreitada.

Mod. TC 1999.001

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais foi remunerado pelo serviço de gestão e acompanhamento de obra e consulta ao mercado, tendo ainda incluído uma margem de 10%, não justificada em custos da Associação, sobre o valor dos subcontratos de empreitada por ele adjudicados. Esta situação é reveladora da atitude comercial do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais nas relações com os Associados.

- A entidade adjudicante ao não se ter assegurado que o preço proposto pela Associação para a execução física da empreitada não incluía qualquer acréscimo sobre o resultado da consulta ao mercado, suportou, assim, custos adicionais, no total de € 21.898,03.

O caso específico da instalação e exploração das centrais de cogeração – cfr. ponto 11.2

- Diversas entidades associadas do Sector Público[28] celebraram com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais contratos, não precedidos de procedimentos concorrenciais, pelo prazo de 10 ou 15 anos, cujo objecto é a instalação e exploração de centrais de cogeração e o fornecimento de energia térmica às entidades públicas adjudicantes. A energia eléctrica, também produzida pela central, é fornecida à Rede Eléctrica de Serviço Público.

- O investimento, com a aquisição de equipamentos e a realização de obras, é da responsabilidade do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, que garantiu a respectiva amortização através dos proveitos decorrentes do fornecimento das energias, às entidades públicas adjudicantes (energia térmica) e à Rede Eléctrica de Serviço Público (energia eléctrica). Findos os contratos, os equipamentos serão propriedade das entidades adjudicantes.

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais cedeu os direitos e obrigações decorrentes dos contratos referentes às centrais de cogeração ao SUCH-DALKIA, Serviços Hospitalares, ACE, sendo este quem assume todas as responsabilidades pela execução e exploração do projecto de cogeração. Os contratos celebrados com as entidades públicas adjudicantes estabeleciam desde logo a possibilidade da cedência.

- Com a cedência, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais atribuiu a uma entidade dele distinta e participada por um operador económico privado, sem precedência de qualquer procedimento concorrencial, contratos com ele celebrados ao abrigo de uma relação que se entendia excluída das regras concorrenciais.

- Embora os contratos celebrados pelas entidades públicas configurem contratos atípicos, próximos da figura das concessões, considerando a natureza daquelas entidades, a sua formação deve garantir os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência. Acresce que, de princípio, a concorrência aumenta a pressão sobre os potenciais fornecedores, obrigando-os a inovar e a procurar soluções geradoras de eficiência, com impacto na qualidade dos bens e serviços fornecidos e nos preços praticados. Nesta matéria, os contratos de cogeração, embora se revistam de alguma complexidade, não constituem excepção, existindo neles elementos que podem ser postos à concorrência.

[28] Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE, Hospital Garcia de Orta, EPE, Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE (Hospital de São José), Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE (Hospital de São Francisco Xavier), Hospital de São João, EPE, Centro Hospitalar de Setúbal, EPE, e Hospital de Santo André, EPE.

- Os contratos assentaram em estudos previsionais que, embora sendo feitos pela entidade adjudicatária, garantiam o equilíbrio económico dos mesmos para as partes contratantes, resultando dos mesmos benefícios económico-financeiros para as entidades públicas adjudicantes. Porém, os estudos de análise custo-benefício não incluíram todos os custos decorrentes dos contratos para as entidades públicas com a exploração do projecto, designadamente custos com o fornecimento, a título gratuito, de água bruta e electricidade para a central de cogeração[29] e com a cedência do espaço por ela ocupado, que sustentam não só a produção das energias fornecidas às entidades públicas adjudicantes, mas também a actividade económica do SUCH-DALKIA, ACE, de produção de energia eléctrica, fornecida à Rede Eléctrica de Serviço Público.

Formação de preços das propostas técnicas e comerciais – cfr. ponto 11.3

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais vem assegurando a execução de vários serviços de apoio instrumental a entidades associadas do Sector Público com base em contratos celebrados em anos transactos, alguns com mais de 10 anos, que vêm sendo anualmente e sucessivamente renovados.

- Até à implementação do modelo de valorização económica de propostas, em Setembro de 2009, os Directores Comerciais do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais gozavam de ampla discricionariedade na fixação dos preços de comercialização dos serviços. Deste modo, os preços propostos pela Associação para a prestação de um determinado serviço baixavam quando as entidades públicas consultavam o mercado[30] e as margens de lucro das propostas comerciais eram definidas casuisticamente.

- Com a introdução do modelo de valorização económica de propostas, em Setembro de 2009, o processo de formação do preço das propostas comerciais tornou-se mais uniforme e objectivo.

- Actualmente, as margens[31] das propostas comerciais do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais são reduzidas nas áreas da "gestão e tratamento de resíduos" e "limpeza"[32], mas superiores a 50% na área da "energia".

Custos que concorrem para a formação das margens operacionais – cfr. ponto 11.4

- As margens operacionais que integram o preço das propostas comerciais destinam-se à cobertura dos custos com as funções corporativas[33] do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

---

[29] Apenas o contrato referente ao Hospital de Santo André, EPE, prevê que os custos incorridos por estes fornecimentos sejam totalmente deduzidos na facturação da energia térmica e os contratos celebrados com o Hospital Garcia de Orta, EPE, e com o Hospital de São João, EPE, estabelecem limites máximos ao fornecimento gratuito de electricidade.

[30] A este respeito remete-se, a título de exemplo, para as observações e conclusões referidas no ponto 11.1 nomeadamente quando o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, numa situação de concorrência, baixou em cerca de 40% o valor da proposta inicialmente apresentada (de € 96.770,00 para € 69.210,00, até igualar a proposta de uma empresa concorrente e, deste modo, conseguir que lhe fosse adjudicado o serviço).

[31] Margens calculadas sobre os custos efectivos do serviço a prestar (inclui as margens operacionais, que pretendem cobrir os custos de estrutura, e comerciais, para suportar eventuais custos financeiros).

[32] Podendo variar entre um mínimo de 17,4% no tratamento de resíduos e um máximo de 25% na limpeza, de margem efectiva sobre os custos.

[33] As funções corporativas incluem as áreas de apoio geral, apoio jurídico, compras, marketing, qualidade, financeira, comunicação e imagem, recursos humanos, sistemas de informação, cooperação e comercial.

Mod. TC 1999.001

- Os custos com pessoal das funções corporativas representaram, em 2008, 47,8% do total dos respectivos custos operacionais.

- Os custos com as remunerações pagas aos membros do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais registaram um aumento de 50,2% no triénio 2006-2008 (€ 1.348.051,93), relativamente ao triénio 2003-2005 (€ 897.537,71). Pertencendo a competência para fixar as remunerações dos membros dos órgãos da Associação a uma comissão de vencimentos, esta fixou as remunerações mensais ilíquidas dos membros do Conselho de Administração com base nos valores atribuídos aos gestores públicos do Grupo B, nível 1. Contudo, no que respeita aos abonos de despesas de representação, foi deliberado o pagamento de abonos superiores aos daqueles gestores.

- As demais componentes remuneratórias dos membros do Conselho de Administração, onde se contam a atribuição de viaturas, o pagamento de todas as despesas com elas relacionadas e os telemóveis, nunca foram objecto de qualquer deliberação da comissão de vencimentos.

- Os prémios pagos por objectivos de cobranças, no biénio 2007-2008, aos 3 Directores Comerciais, no total de € 129.750,00, não acautelaram a boa gestão dos recursos do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, redundando num despesismo injustificado, que não encontra sustentação no seu fim estatutário - "*tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados*" e não contribui para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde.

- A atribuição de viaturas a Directores de Departamentos Instrumentais e o pagamento de despesas relacionadas com a sua utilização, bem como, o pagamento de despesas com a utilização de viaturas pelos membros do Conselho de Administração e Directores Comerciais para fins não exclusivamente profissionais constituem um encargo injustificado, para mais considerando o fim estatutário do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e os problemas de sustentabilidade económico-financeira que o mesmo atravessa.

A constituição dos serviços partilhados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais - cfr. ponto 12.1.

- A constituição de serviços partilhados na Administração Pública integra-se, a par do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado, na estratégia de reorganização e modernização da Administração Pública dos XVII e XVIII Governos Constitucionais, tendo como objectivos, designadamente o aproveitamento de economias de escala e a racionalização de processos, melhorando a qualidade dos serviços e a eficiência com que são prestados. No Sector da Saúde, a criação dos serviços partilhados insere-se, ainda, nos objectivos de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde.

- Decorre de diversos actos do Governo, praticados entre 2006 e 2009[34], que a criação dos serviços partilhados no Sector da Saúde, com excepção das tecnologias e sistemas de informação, seria responsabilidade do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

- Para a criação das unidades de serviços partilhados o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais optou pela realização de parcerias com empresas, sob a forma de Agrupamentos

[34] Designadamente nas Grandes Opções do Plano e Relatórios do Orçamento de Estado para 2008 e 2009.

Complementares de Empresas, que poderiam, ainda, envolver parceiros institucionais (instituições do Sector da Saúde).

- Os Somos Compras, ACE, Somos Contas, ACE, e Somos Pessoas, ACE, foram criados em 2007, com um prazo de vigência de 5 anos. O prazo de vigência do Somos Contas, ACE, foi posteriormente prorrogado até 2017.

- Apenas o Somos Compras, ACE, contou com a participação de parceiros institucionais – o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, o Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, e o Hospital de Santa Maria, EPE (actual Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE) – cada um com uma participação de 3%. Os restantes 86% e 5% constituíam participação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e da empresa privada, respectivamente. A participação dos Centros Hospitalares foi autorizada por despacho conjunto do Secretário de Estado do Tesouro e Finanças e pelo Secretário de Estado da Saúde, de 28 de Fevereiro de 2007[35].

- Não existindo parceiros institucionais no Somos Pessoas, ACE, e no Somos Contas, ACE, a participação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais é de 95% e a das empresas de 5%.

A escolha dos parceiros privados – cfr. ponto 12.1.1.

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais seleccionou, tendo por base a análise do currículo das empresas, a Capgemini Portugal, Serviços de Consultoria e Informática, SA, para a área de gestão de recursos humanos; a Accenture – Consultores de Gestão, SA, para a área de gestão financeira e contabilística; a SGG – Serviços Gerais de Gestão, SA, para a área de compras e logística.

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais não procedeu à abertura de um procedimento concorrencial, através de publicidade adequada, não tendo dado oportunidade aos vários operadores económicos de manifestar o seu interesse na constituição das unidades de serviços partilhados.

  Só um procedimento concorrencial poderia ter assegurado que o parceiro escolhido para cada uma dessas novas áreas era de facto aquele que reunia e oferecia melhores condições. Este procedimento, aliás, devia ter sido o considerado pela Associação, atendendo ao seu fim estatutário de *"(…) tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados(…)"* e considerando que os custos com a implementação e operação dos Agrupamentos, no qual se inclui nomeadamente a retribuição dos agrupados pelos respectivos contributos[36], seriam, no final suportados pelas entidades aderentes aos serviços partilhados (os associados do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais).

- Dos actos constitutivos dos Agrupamentos verifica-se que os mesmos visavam, essencialmente, a implementação das estruturas de serviços partilhados, que, dissolvidos os Agrupamentos, seriam do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, e a prestação dos serviços por eles implementados à própria Associação e às suas entidades associadas.

[35] Pelos Ministros de Estado e das Finanças e da Saúde (*vide* artigo 10º, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2002, de 29 de Dezembro).
[36] Como remuneração dos respectivos contributos, os parceiros privados auferiram, até 31 de Dezembro de 2009: € 4.379.289,00, CapGemini; € 9.415.323,00, Accenture; € 7.659.195,60, SGG.

- As relações com as entidades públicas associadas foram estabelecidas por intermédio do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, através da celebração de contratos de adesão.

- Todos os contratos de adesão estabeleceram a possibilidade das estruturas de serviços partilhados poderem ser criadas e geridas pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais ou por entidade por ele mandatada, mediante simples comunicação à entidade aderente. O único efeito daquela comunicação era o de que, a partir daquela data, todas as relações jurídicas se passariam a estabelecer directamente entre a entidade mandatada (no caso concreto, os Agrupamentos) e a entidade aderente. Até então, embora os serviços fossem, na prática, prestados pelos Agrupamentos, as relações jurídicas eram estabelecidas entre os aderentes e a Associação.

- As entidades públicas adjudicantes não podiam ter aceite que os serviços contratados com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais fossem efectuados por entidades que contavam com a participação de operadores económicos privados, escolhidos sem procedimento prévio de contratação pública.

- Considerando os valores estimados da despesa decorrente dos contratos de adesão, a natureza jurídica das entidades adjudicantes e o regime jurídico em vigor à data da celebração dos mesmos, os procedimentos de adjudicação legalmente aplicáveis seriam o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação e o procedimento de negociação com publicação de anúncio.

- A não realização dos procedimentos de contratação legalmente exigíveis configura eventuais infracções financeiras susceptíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória, relativamente aos membros dos Conselhos Directivos e de Administração das entidades públicas adjudicantes[37] e do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

  Porém, relativamente à eventual responsabilidade financeira sancionatória dos membros dos Conselhos Directivos e de Administração das entidades públicas adjudicantes e do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, encontram-se preenchidos os pressupostos para a relevação pelo Tribunal da eventual responsabilidade financeira sancionatória, constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto, porquanto, considerando o envolvimento do Governo e da Tutela na criação dos serviços partilhados, o racional económico que está na base da criação de serviços partilhados, e a vontade dos responsáveis pelas entidades aderentes aos serviços partilhados darem o seu contributo a uma experiência que, se bem sucedida, poderia concorrer para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde, conclui-se que os mesmos não actuaram com a intenção de violar o regime jurídico da contratação pública.

  Ademais, à data da celebração dos contratos não havia recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno no sentido de serem corrigidos os procedimentos

[37] Conselhos Directivos das Administrações Regionais de Saúde do Algarve e do Centro (aquisição de serviços partilhados de gestão de recursos humanos) e Conselhos de Administração dos Centros Hospitalares de Lisboa Central, Ocidental e Norte (aquisição de serviços de compras e logística).

adoptados[38] e nunca os responsáveis indiciados foram objecto de juízo de censura por aquelas entidades.

A falência da estratégia de constituição dos serviços partilhados – considerações gerais – cfr. ponto 12.1.2.

- No final de 2008 e início de 2009, eram já evidentes os desvios[39] entre as projecções económico-financeiras constantes dos planos de negócio de cada Agrupamento e os dados reais. Os serviços partilhados operados pelos Agrupamentos, não estavam a conseguir alcançar os sucessos imediatos e a geração de valor para o Erário Público, tendo dificuldades em obter a adesão voluntária de entidades públicas do Sector da Saúde. A estratégia de constituição dos serviços partilhados apresentou desde logo fragilidades ao nível:

  → Da falta de conhecimentos do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e do parceiro privado sobre as idiossincrasias do Sector Público da Saúde - nem a Associação nem o parceiro privado dominavam as idiossincrasias específicas do Sector Público da Saúde, que implicam designadamente conhecimentos sobre produtos e fornecedores específicos do sector, o Plano Oficial de Contas do Ministério da Saúde e os regimes de carreiras e de trabalho.

  A falta de competências específicas, dificultou a comunicação com as áreas administrativas das entidades públicas adjudicantes, aumentando ainda mais a resistência à mudança que estes processos já por si (naturalmente) suscitam e tornou a implementação dos serviços partilhados muito dependente da disponibilidade dessas áreas, que, considerando a necessidade de desenvolverem a sua actividade normal, encontravam-se impedidas de colaborar com os Agrupamentos conforme seria desejável para a obtenção dos sucessos imediatos, cuja demonstração era essencial para a escalagem dos serviços partilhados.

  A dependência referida estendeu-se, também, à Administração Central do Sistema de Saúde, IP, que tem assegurado o desenvolvimento e manutenção de sistemas de informação de contabilidade e de recursos humanos da grande maioria das entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, bem como de unidade ministerial de compras do Ministério da Saúde.

  Sem prejuízo da necessidade de colaboração das entidades públicas, era exigível aos interlocutores das unidades de serviços partilhados um maior domínio das particularidades do Sector.

  → Da falta de capacidade financeira dos Agrupamentos - considerando a escassez dos recursos próprios e o facto de nunca os agrupados terem aportado capital para os Agrupamentos, o recurso ao crédito bancário tem sido a principal fonte de financiamento. Em 31 de Dezembro de 2008 esse financiamento ascendia na totalidade a € 23.626.700,00, e, em 2009, a € 33.189.010,00.

[38] O primeiro Relatório do Tribunal de Contas que se debruçou sobre uma situação em que se verificou haver a intervenção, na prestação do serviço à entidade pública adjudicante, de uma entidade participada pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, o SUCH-Dalkia, ACE, foi o Relatório de Auditoria n.º 18/2009 – 2ª S, de 28 de Maio, relativo ao Hospital Garcia de Orta, EPE.
[39] Visível nos resultados líquidos do exercício.

→ A situação específica do Somos Compras, ACE - no início do projecto (Abril de 2007) admitiu-se que o arranque abrangesse os serviços de compras e da logística. Em Janeiro de 2008, porém, decidiu-se pela implementação faseada, iniciando-se a prestação de serviços pela negociação e compras conjuntas. Em conformidade, o plano de negócios e a minuta do contrato de adesão foram alterados. Sem questionar esta opção, a mesma devia ter sido tomada logo aquando da constituição do ACE, evitando assim custos desnecessários com a implementação dos serviços de logística.

A criação pelo Governo da SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE – cfr. ponto 12.1.3.

- A consideração de que a prossecução dos serviços partilhados do Sector Público da Saúde seria melhor conduzida por uma entidade pública empresarial e a recusa de visto pelo Tribunal de Contas a contratos celebrados com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, estiveram na base da criação, por acto legislativo de 22 de Março de 2010, da SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE**.**

- A SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE, sucedendo nas posições jurídicas dos Agrupamentos Complementares de Empresas criados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, que compreendem a universalidade de bens e direitos detida por cada um dos Agrupamentos Complementares de Empresas e afecta ao exercício das actividades em causa, abrangendo todo o activo e passivo, património físico e jurídico e posições em contratos em vigor, conforme previsto no diploma que a criou, irá iniciar a sua actividade utilizando meios físicos, tecnológicos e financeiros que não foram adquiridos pela Associação nas melhores condições de mercado e no respeito pelo regime jurídico da contratação pública.

- A SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE, não foi precedida de estudos técnicos, nomeadamente do plano do projecto, na óptica do investimento, da exploração e do financiamento, que demonstrem a viabilidade e a racionalidade económicas da mesma pela assunção das posições jurídicas dos Agrupamentos Complementares de Empresa.

Somos Pessoas, ACE – cfr. ponto 12.2.

- O estudo de viabilidade económica que sustentou a constituição do Somos Pessoas, ACE, para além dos pressupostos excessivamente optimistas quanto ao número de adesões e às poupanças esperadas, continha diversas incorrecções[40] que, não existindo, evidenciariam a rentabilidade negativa do projecto.

- Em 2008, o Somos Pessoas, ACE, teve um resultado líquido do exercício negativo de € -1,2 milhões, tendo os membros do Agrupamento assumido, na proporção das suas participações, o défice de exploração. Os dados financeiros de 2009 indicam um novo resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente € -0,8 milhões.

- Nenhuma das entidades públicas aderentes dos serviços partilhados de gestão de recursos humanos efectuou estudos próprios que fundamentassem a decisão de externalização daquela função.

[40] Foram considerados 14 meses de processamento salarial (em vez de 12) e 67 meses de actividade do ACE (em vez de 60).

- A Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, e a Administração Regional de Saúde do Norte, IP, aderiram ao serviço de processamento de salários, em Março de 2008 e Março de 2009, respectivamente, fundamentando-se num estudo do Somos Pessoas, ACE, onde era evidenciado que as mesmas teriam acréscimos de custos com a externalização da função.

- A Administração Regional do Centro, IP, cuja adesão ocorreu em Julho de 2008, não confirmou os custos associados à externalização, apesar de ter validado os dados constantes do estudo do Somos Pessoas, ACE, que não evidenciava os custos que se manteriam naquela entidade mas apenas a remuneração a pagar ao Agrupamento.

- As decisões de adesão aos serviços partilhados de recursos humanos pelas Administrações Regionais de Saúde do Algarve, do Centro e do Norte, não reuniam os requisitos gerais de autorização da despesa, nomeadamente de economia, eficiência e eficácia, previstos na alínea c) do n.º 6 do artigo 42º, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, e na alínea c) do n.º 1 do artigo 22º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho, o que configura eventuais infracções financeiras susceptíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória, relativamente aos membros dos Conselhos Directivos das Administrações Regionais de Saúde do Algarve e do Centro, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto. Tendo o protocolo celebrado pela Administração Regional de Saúde do Norte sido apreciado em sede de fiscalização prévia[41], não se evidencia, relativamente aos respectivos membros do Conselho Directivo, qualquer situação susceptível de configurar infracção financeira.

  Porém, pelo facto de não haver recomendação anterior do Tribunal de Contas ou de um órgão de controlo interno sobre as irregularidades evidenciadas, de nunca os responsáveis indiciados terem sido objecto de juízo de censura pela sua prática e de não existirem indícios de comportamento doloso por parte dos responsáveis das Administrações Regionais de Saúde, considera-se estarem, também, reunidos, nesta matéria, os pressupostos para a relevação da eventual responsabilidade financeira sancionatória dos membros dos Conselhos Directivos das Administrações Regionais de Saúde do Algarve e do Centro, nos termos do disposto no artigo 65º, n.º 8, da Lei n.º 98/97, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por se verificarem todos os requisitos previstos nas suas alíneas.

- O balanço da externalização da função de processamento de salários nas três Administrações Regionais de Saúde que aderiram aos serviços partilhados, é negativo, porquanto em nenhuma das entidades se confirmaram as reduções de volume de trabalho estimadas nos protocolos de adesão, houve aumento do volume de trabalho dos funcionários afectos ao processamento de salários, aumentaram o número de reclamações de funcionários quanto à correcção dos seus recibos de vencimento, a tarefa de conferência do processamento salarial tornou-se mais demorada e morosa e a aplicação informática disponibilizada pelo Somos Pessoas, ACE, não contemplava várias funcionalidades que estavam disponíveis na aplicação informática da Administração Central do Sistema de Saúde, IP, anteriormente utilizada para aquele efeito.

- Deste modo, o serviço de processamento de salários desenvolvido pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, através do Somos Pessoas, ACE, não contribuiu para a eficiência dos associados aderentes, tendo, ainda, constituído um acréscimo de custos para o Erário Público,

[41] O Tribunal de Contas recusou o visto a este protocolo (Acórdão n.º 159/2009, de 29 de Outubro – 1ª S/SS).

nomeadamente € 197.328,60, em 2008, e € 418.660,70, em 2009, no caso da Administração Regional de Saúde do Centro, IP, e € 89.318,88, em 2008 e € 121.413,60, em 2009, no caso da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP.

Somos Contas, ACE – cfr. ponto 12.3.

- Em resultado da falta de competitividade do preço[42] estabelecido para a prestação dos serviços de contabilidade a prestar pelo Somos Contas, ACE, as entidades hospitalares que faziam parte do projecto-piloto abandonaram desde logo esta iniciativa[43].

- Apesar das desistências verificadas, o plano de negócios do Somos Contas, ACE, considerava um cenário de adesão de 60% dos hospitais, quatro Administrações Regionais de Saúde, IP, para além do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e do Somos Compras, ACE, o que não pode deixar de se considerar irrealista face ao número de adesões verificado, até Dezembro de 2009[44], e aos preços a que o Agrupamento se propunha realizar os serviços.

- Em 2008, 84% das aquisições de bens e serviços do Somos Contas, ACE, foram efectuadas à Accenture, o que denota a elevada dependência do Agrupamento face ao parceiro privado.

- Face às elevadas necessidades de financiamento do Somos Contas, ACE, aos atrasos na entrada em funcionamento dos potenciais aderentes e à diminuta adesão das entidades da área da Saúde aos seus serviços, o Somos Contas, ACE, apresentava no final de 2008 uma situação financeira débil.

- À data de realização do trabalho de campo da auditoria, ainda não estava implementado em nenhuma instituição pública o serviço de operações financeiras e contabilísticas prestado pelo Somos Contas, ACE.

- As Administrações Regionais de Saúde aderentes dos serviços partilhados de gestão financeira e contabilística não efectuaram estudos próprios que fundamentassem a decisão de externalização daquela função e comprovassem a economia, eficiência e eficácia da decisão.

- O estudo que suportou a decisão de adesão da Administração Regional de Saúde do Centro, IP, elaborado pela entidade adjudicatária, baseou-se em pressupostos que sobrevalorizaram os custos com a função financeira e de contabilidade existentes na Administração Regional de Saúde, em 2006, e que serviram de referência ao cálculo das poupanças estimadas, designadamente acrescendo IVA, no total de € 342.866,00, a custos que já incluíam aquele imposto.

- O processo de constituição dos serviços partilhados de contabilidade e finanças pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, através do Somos Contas, ACE, ficou marcado pelos sucessivos adiamentos, inúmeras revisões aos modelos de processos, custos suportados pelas Administrações Regionais de Saúde na fase de preparação da adesão e pelo aumento do volume de trabalho das áreas administrativas das entidades públicas.

[42] Fonte: Plano de negócios de 30 de Novembro de 2007.
[43] O Hospital de Santa Maria, EPE (actual Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE), o Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, e o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE.
[44] A Administração Regional de Saúde do Centro, IP, e a Administração Regional de Saúde do Norte, IP, cujos contratos de adesão, tendo sido remetidos à fiscalização prévia, foram objecto de recusa de visto.

- Os dados financeiros de 2009 indicam um resultado líquido do exercício negativo do Somos Contas, ACE, de aproximadamente € -1,5 milhões.

Somos Compras, ACE – cfr. ponto 12.4.

- O Somos Compras, ACE, foi criado para implementar e operar, *ab initio,* uma estrutura de aquisição de bens e serviços e de logística, tendo como principais destinatários da sua actividade os Centros Hospitalares que participavam no Agrupamento, para além do próprio Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

- Durante o ano de 2008 foi abandonado o modelo de arranque, em simultâneo, das funções de compras e logística, em resposta às preocupações manifestadas pelos Hospitais agrupados quanto ao controlo e segurança do modelo de funcionamento dos serviços partilhados, tendo-se optado por, numa primeira fase, operacionalizar apenas a função de compras.

- Em Janeiro de 2009, na sequência da celebração dos contratos de adesão, o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, e o Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, iniciaram as aquisições de material de consumo clínico ao Somos Compras, ACE, que não tendo, ainda, concluído procedimentos próprios de aquisição, emitia notas de encomenda aos, até então, fornecedores dos Centros Hospitalares[45].

- O Somos Compras, ACE, não foi capaz de assegurar o abastecimento regular dos Centros Hospitalares, tendo-se verificado inclusive no Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, rupturas de stocks com prejuízo da sua actividade. Em consequência, os Centros Hospitalares suspenderam as aquisições ao Agrupamento.

- O período conturbado em termos de gestão operacional interna e o facto da contratação ao mercado, o ficheiro mestre e a interligação informática não estarem concluídos, quer à data da assinatura dos contratos de adesão (7 de Outubro de 2008) quer no momento de arranque dos serviços (1 de Janeiro de 2009), tornava expectável a incapacidade demonstrada pelo Somos Compras, ACE.

- Apenas em Julho de 2008, o Somos Compras, ACE, terminou os procedimentos de adjudicação que permitiriam o abastecimento de alguns artigos de consumo clínico. Contudo, verificou-se que os requisitos do fundamento legal invocado[46] naqueles procedimentos de adjudicação não se encontravam preenchidos, nomeadamente quanto à imprevisibilidade e às circunstâncias invocadas não serem imputáveis à entidade adjudicante.

- Os dados financeiros de 2009 indicam um resultado líquido do exercício negativo do Somos Compras, ACE, de aproximadamente € -4,6 milhões.

[45] O Acordo de Agrupados previa a gestão e operacionalização pelo ACE dos contratos vigentes nos hospitais.
[46] Artigo 24º, n.º 1, alínea c), do Código dos Contratos Públicos.

Situação económico-financeira do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais – cfr. ponto 13

- No exercício económico de 2008 os proveitos totais do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais registaram um aumento de 12,7% face a 2007, que viria a revelar-se insuficiente para compensar o aumento do total de custos que foi na ordem dos 18%.

- Para o resultado líquido do exercício negativo de € -4.410.574,57, contribuíram fundamentalmente os resultados financeiros negativos, no total de € -2.817.652,37, donde se destaca a consolidação de resultados negativos do Somos Pessoas, ACE, e do Somos Contas, ACE, no valor de € -1.247.225,63, e os custos com financiamentos, no total de € 1.515.147,96, e os resultados operacionais negativos no valor de € -1.594.919,40.

- O aumento das dificuldades em receber atempadamente dos seus clientes, o recurso ao *factoring* e o aumento dos custos com o financiamento próprio e dos agrupamentos complementares de empresas entretanto constituídos, provocaram a deterioração da situação financeira do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, patente na evolução negativa dos indicadores económico-financeiros no triénio 2006-2008.

- Em 2009, agravou-se a situação económico-financeira da Associação, com um resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente € -5 milhões, em grande parte justificado pela consolidação de resultados líquidos negativos dos Agrupamentos Complementares de Empresas de serviços partilhados (€ -6,3 milhões).

Regime de quotização e benefícios dos associados – cfr. ponto 14

- Nos termos do regime de quotização[47] do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais os associados escolhem livremente o escalão de quotização em que pretendam situar-se, tendo direito a que o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais deduza nas facturas emitidas o valor integral da quota, sob a forma de desconto de associado.

- O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais criou uma quota suplementar de adesão livre, destinada ao reforço dos seus capitais próprios, correspondente a 1/1000 do orçamento anual do associado ou ao valor das prestações directamente contratadas e já facturadas no ano anterior ao associado.

- A quota suplementar consubstancia um empréstimo dos associados ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

- A capacidade jurídica das entidades do Serviço Nacional de Saúde é limitada aos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objecto e das suas atribuições, o que afasta desde logo a possibilidade da concessão de empréstimos.

- A subscrição da quota suplementar por entidades públicas[48] constitui um acto nulo\, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, e n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo, e pode configurar uma infracção financeira susceptível de gerar eventual responsabilidade

[47] Previsto nos Estatutos da Associação.
[48] Situação identificada no Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE, no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, o Hospital Arcebispo João Crisóstomo e no Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE.

financeira sancionatória, relativamente aos membros dos Conselhos de Administração das entidades públicas subscritoras, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea i), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por violação dos artigos 2º, 3º e 7º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, no caso das entidades públicas empresariais, e do artigo 6º, da Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, no caso das entidades do Sector Público Administrativo.

Porém, considerando, pelas alegações apresentadas, que os responsáveis das entidades hospitalares subscritoras da quota extraordinária actuaram convictos da legalidade da sua actuação e que a situação evidenciada nunca foi objecto de qualquer recomendação, por órgãos de controlo interno ou externo, não tendo igualmente os responsáveis indiciados sido objecto de qualquer juízo de censura pela sua prática, releva-se a eventual responsabilidade financeira sancionatória daqueles responsáveis, em conformidade com o disposto no n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.

Qualidade percepcionada pelas entidades do Sector Público dos serviços prestados pela Associação nas áreas de negócio tradicionais – cfr. ponto 15

- O estudo de avaliação da satisfação dos seus clientes realizado pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, em 2006, concluiu que o índice de satisfação global das entidades públicas com o desempenho do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais é inferior ao das empresas comerciais suas concorrentes.

- Em novo estudo realizado, em 2008, a avaliação global do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais melhorou, tendo inclusive apresentado melhores resultados em termos de "conhecimento da área da saúde" e de "credibilidade e ética", do que a concorrência.

- No inquérito realizado pela equipa de auditoria, as entidades seleccionadas para a realização do trabalho de campo indicaram o serviço de tratamento de roupa como aquele onde a qualidade é menos positiva, tendo inclusive uma classificação de "Mau" e a área da alimentação como a mais positiva, tendo três classificações de "Bom" e apenas uma de "Suficiente".

Mod. TC 1999.001

2. Recomendações

Ao Governo, em especial ao Primeiro-Ministro e à Ministra da Saúde

- Ponderar a alteração da natureza jurídica do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, tendo em consideração que o mesmo não desempenha fins beneficentes ou humanitários ou de assistência e de educação que caracterizam as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e de modo a colocá-lo numa situação de igualdade com os associados, propondo e aprovando, se for caso disso, a alteração legislativa necessária.

- Providenciar pela realização de um estudo de viabilidade económico-financeira na óptica microeconómica e macroeconómica/óptica do sector público, que avalie a viabilidade e racionalidade económicas da SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE, designadamente quanto à assunção, prevista no Decreto-Lei n.º 19/2010, de 22 de Março, das posições jurídicas dos Somos Pessoas, ACE, Somos Contas, ACE, e Somos Compras, ACE.

À Ministra da Saúde

- Garantir que as decisões de aquisições de bens e serviços dos organismos tutelados pelo Ministério da Saúde sejam suportadas em estudos de fluxo de caixa descontado (**D***iscount* ***C****ash* ***F****low*) próprios, conducentes à afectação eficiente de dinheiros públicos.
- Diligenciar pela regularização, com a maior brevidade possível, da dívida dos organismos tutelados pelo Ministério da Saúde para com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e pela redução dos prazos médios de pagamento.
- Diligenciar pela difusão da matéria constante do presente Relatório de Auditoria por todas as entidades públicas integradas ou sob tutela do Ministério da Saúde.

Aos Conselhos Directivos e de Administração das entidades públicas auditadas

- Aplicar o regime estabelecido no Código dos Contratos Públicos às aquisições de bens e serviços ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, designadamente os procedimentos de contratação pública.
- Realizar procedimentos concorrenciais com vista à exploração das centrais de cogeração, que garantam os princípios da livre concorrência, após o *terminus* da vigência dos contratos actuais.
- Regularizar todas as situações passíveis de configurar infracção financeira, mesmo nas situações em que a eventual responsabilidade financeira tenha sido objecto de relevação.
- Proceder à regularização, com a maior brevidade possível, das dívidas ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e redução dos prazos médios de pagamento.
- Suportar as decisões de aquisições de bens e serviços em estudos de fluxo de caixa descontado (**D***iscount* ***C****ash* ***F****low*) próprios, conducentes à afectação eficiente dos dinheiros públicos.
- Enquanto membros da Assembleia Geral do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, propor:
    - A revisão do regime de quotização, eliminando as normas referentes à quota suplementar;

- A revisão e regulação de todas as componentes remuneratórias dos membros dos órgãos sociais, eliminando as despesas de representação e vinculando-os a apresentar os documentos comprovativos das despesas realizadas.

Ao Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

- Realizar as aquisições de bens e serviços nas melhores condições de economia, eficiência e eficácia.
- Elaborar e implementar um plano de saneamento financeiro.
- Diligenciar pela diminuição dos custos de estrutura, nomeadamente com a atribuição e o pagamento de despesas com viaturas, com os montantes pagos a título de prémios e com o recurso a pareceres e consultoria externa.

II – Introdução

3. Fundamento e âmbito da auditoria

Em cumprimento do Programa de Fiscalização para 2010, aprovado pelo Tribunal de Contas (TC) em sessão do Plenário da 2ª Secção, de 3 de Dezembro de 2009, realizou-se uma auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009.

4. Objectivos

O objectivo principal da auditoria foi a avaliação da racionalidade económica da actividade desenvolvida pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais ou por entidades por ele participadas relativamente a entidades do Sector Público e, acessoriamente, a análise da legalidade e regularidade dos procedimentos.

A auditoria teve como objectivos específicos os seguintes:

- Apreciação da caracterização jurídica do SUCH;
- Avaliação da legalidade dos procedimentos realizados pelas entidades do Sector Público quanto às aquisição de serviços e/ou bens ao SUCH ou a entidades por ele participadas;
- Avaliação dos processos decisionais subjacentes às aquisições de serviços e/ou bens ao SUCH ou a entidades por ele participadas pelas entidades do Sector Público, incluindo a avaliação da suficiência da sua fundamentação económico-financeira;
- Avaliação dos processos decisionais subjacentes à constituição de serviços partilhados integrados pelo SUCH, entidades do Sector Público e outros, incluindo a avaliação da suficiência da sua fundamentação económico-financeira;
- Aferir da rentabilidade do SUCH e das entidades por ele participadas por área de negócio, incluindo a análise das remunerações e outras regalias dos membros dos órgãos sociais do SUCH e das pessoas colectivas por ele participadas;
- Avaliação do controlo exercido pelas entidades do Sector Público no processo de tomada de decisão do SUCH, designadamente o respectivo grau de participação nas Assembleias Gerais e a sua capacidade para determinar os objectivos estratégicos e as decisões mais relevantes do SUCH;
- Avaliação da satisfação dos serviços prestados pelo SUCH às entidades do Sector Público.

5. Metodologia e procedimentos

A auditoria foi realizada em conformidade com as normas, procedimentos e metodologias adoptadas pelo Tribunal de Contas e acolhidos no seu "Manual de Auditoria e de Procedimentos", tendo-se tido igualmente em conta as normas de auditoria geralmente aceites pelas organizações internacionais, como é o caso da INTOSAI, de que o Tribunal de Contas é membro. Foram ainda seguidos os objectivos, procedimentos e metodologias constantes do Plano Global de Auditoria (PGA) e do Programa de Auditoria (PA) superiormente aprovados.

A fase de planeamento iniciou-se com um estudo preliminar com base na documentação existente no Tribunal, nomeadamente os relatórios e contas do SUCH e relatórios de órgãos de controlo interno.

A execução da auditoria realizou-se em duas fases distintas. A 1ª fase de execução decorreu no SUCH, onde se realizaram várias entrevistas aos responsáveis das várias áreas de negócios/produtivas, bem como aos responsáveis pelas áreas corporativas. Procedeu-se ainda ao levantamento dos circuitos de formação dos preços e de facturação a clientes. Considerando que alguns dos objectivos da auditoria passam por uma avaliação dos procedimentos legais e da racionalidade económica das decisões das entidades do Sector Público de contratar bens e serviços ao SUCH, seleccionaram-se as seguintes entidades públicas (pelos motivos abaixo indicados) para execução de trabalho de campo na 2ª fase:

Quadro I – Entidades onde foi realizado trabalho de campo

Entidades seleccionadas	Volume de facturação em 2008	% na facturação total do SUCH	Motivos que fundamentam a esolha das entidades seleccionadas
ARS Algarve, I.P.	111.035 €	0,12%	Nova área
Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental E.P.E.	2.968.922 €	3,32%	Volume financeiro e participação em nova área
ARS Centro, I.P.	824.610 €	0,92%	Nova área
Hospitais da Universidade de Coimbra, E.P.E.	11.423.579 €	12,79%	Volume financeiro
ARS Norte, I.P.	1.365.916 €	1,53%	Nova área
Hospital de São João, E.P.E.	5.977.578 €	6,69%	Volume financeiro
Centro Hospitalar do Nordeste, E.P.E.	3.698.428 €	4,14%	Volume financeiro
Centro Hospitalar de VNG e Espinho, E.P.E.	5.217.082 €	5,84%	Volume financeiro
Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E.P.E.	4.462.820 €	5,00%	Volume financeiro e participação em nova área
Centro Hospitalar de Lisboa Central E.P.E.	4.228.691 €	4,74%	Volume financeiro e participação em nova área
ACSS, I.P.	309.620 €	0,35%	Participação da ACSS nas novas áreas
SUCH			Entidade auditada
Total		45,44%	

Tendo-se verificado na Auditoria Financeira ao Hospital Garcia de Orta, EPE[49], que o SUCH tem celebrado contratos com entidades associadas do Sector Público, pelo prazo de 10 ou 15 anos, cujo objecto é a instalação e exploração de centrais de cogeração em entidades públicas adjudicantes, e que esses contratos são executados por uma entidade participada pelo SUCH sem precedência de qualquer procedimento de contratação pública, procedeu-se à solicitação de informação a todas as entidades, para além das seleccionadas para a realização do trabalho de campo, que tinham celebrado contratos com aquele objecto:

- Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE;
- Centro Hospitalar de Setúbal, EPE;
- Hospital de Santo André, EPE.

Tendo-se, ainda, verificado no decorrer do trabalho de campo a subscrição e o pagamento ao SUCH pelos Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE, Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, Hospital Arcebispo João Crisóstomo e Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE, de uma quota suplementar, foi solicitada também a estas entidades informação relativa àqueles actos.

[49] Relatório de Auditoria n.º 18/2009– 2ª S, de 28 de Maio.

6. Condicionantes e limitações

No decurso da auditoria não foram observadas, de um modo geral, situações condicionantes ao normal desenvolvimento do trabalho, realçando-se a colaboração e a disponibilidade demonstrada pelos dirigentes e funcionários do SUCH e das entidades públicas seleccionadas.

7. Audição dos responsáveis em cumprimento do princípio do contraditório

Tendo em vista o exercício do direito de resposta, em cumprimento do princípio do contraditório, nos termos dos artigos 13º e 87º, n.º3, da Lei n.º98/97, de 26 de Agosto, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, o Relato foi enviado às seguintes entidades:

- Ao Primeiro-Ministro;
- À Ministra da Saúde;
- Ao Secretário de Estado do Tesouro e Finanças;
- Ao titular do cargo de Secretário de Estado da Saúde, no XVII Governo Constitucional, nos anos 2005-2007.
- Ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Central do Sistema de Saúde, IP;
- Ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP;
- Ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Centro, IP;
- Ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Norte, IP;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, EPE;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE;
- Ao Presidente do Conselho de Administração dos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Hospital de São João, EPE;
- Ao Presidente do Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Hospital Arcebispo João Crisóstomo;
- Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE;
- Ao Presidente do Centro Hospitalar de Setúbal, EPE;
- Ao Presidente do Hospital de Santo André, EPE;
- Ao Presidente do Conselho de Administração da Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE;
- Ao Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência;
- Ao Presidente da Mesa da Assembleia Geral do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais;
- À Presidente do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais;
- À Presidente do Conselho de Administração do Somos Pessoas, ACE;
- À Presidente do Conselho de Administração do Somos Contas, ACE;

- À Presidente do Conselho de Administração do Somos Compras, ACE.

Foram ainda ouvidos os responsáveis individuais identificados no Anexo I do Relato, nomeadamente para efeitos das disposições supra indicadas e do disposto no artigo 65º, n.º 8, também, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

Todas as entidades e responsáveis individuais se pronunciaram, em conjunto ou individualmente, com excepção do Presidente do Conselho Directivo da Administração Central do Sistema de Saúde, IP, do Secretário de Estado do Tesouro e Finanças e do Presidente da Mesa da Assembleia Geral do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais. As Presidentes dos Conselhos de Administração do Somos Pessoas, ACE, Somos Contas, ACE, e Somos Compras, ACE, não remeteram resposta separada da do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e respectivos responsáveis.

De referir que o Primeiro-Ministro e a Ministra da Saúde responderam através dos respectivos Chefes do Gabinete, tendo o Chefe do Gabinete do Primeiro Ministro informado que *"as alegações relativas ao processo de auditoria (…) foram oportunamente remetidas pela Senhora Ministra da Saúde a esse Tribunal, nada mais havendo a acrescentar".*

Os responsáveis pela gestão do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, em funções de 2006 a 30 de Junho de 2010, fizeram-se representar pela Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL, para o que juntaram procurações ao processo, com excepção do Vice-Presidente do SUCH, nos anos económicos de 2006 e 2007, que apresentou alegações individuais.

As alegações apresentadas constam, na íntegra, do Volume II do presente Relatório, nos termos dos artigos 13º, n.º 4, da Lei n.º 98/97, e 60º, n.º 3, do Regulamento da 2.ª Secção, aprovado pela Resolução n.º 3/98-2.ª Secção, de 19 de Junho, com as alterações introduzidas pela Resolução n.º 2/2002-2.ª Secção, de 17 de Janeiro, e pela Resolução n.º 3/2002-2.ª Secção, de 23 de Maio, e, em síntese, nas partes tidas como relevantes, nos pontos do Relatório a que respeitam.

Sem prejuízo do que antecede, das alegações apresentadas salientam-se, desde já, aquelas tidas por mais relevantes por respeitarem a aspectos estruturantes do Relatório ou por, sendo institucionais, não respeitarem a pontos concretos do Relatório:

7.1. Alegações apresentadas pela Ministra da Saúde, através do Chefe do Gabinete

As alegações apresentadas através do Chefe do Gabinete da Ministra da Saúde dizem, *"(…) em especial respeito às conclusões e recomendações"*, começando por fazer uma breve introdução sobre a natureza jurídica do SUCH – pessoa colectiva de utilidade pública do tipo associativo -, a sua criação - *"(…) criada ao abrigo do Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Novembro de 1965 (…)"*-, o seu regime jurídico – *"(…) artigos 416º e seguintes do Código Administrativo, (..) Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, (…) artigos 157º a 184º do Código Civil."* -, os *"poderes de tutela exercidos pelo Governo sobre o SUCH, a cargo do Governo responsável pela área da saúde (…):*

i. Poder de nomeação do Presidente e Vice-Presidente do Conselho de Administração do SUCH;
ii. Poder de homologar alterações aos Estatutos do SUCH, bem como a sua dissolução;

iii. Poder de homologar a contracção de empréstimos, quando os mesmos impliquem um nível de endividamento do SUCH líquido igual ou superior a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto (…) e ainda,

iv. Poder de determinar o destino a dar aos bens do SUCH, em caso de dissolução deste último".

Com base nesta introdução, é considerado, em síntese, que algumas das recomendações que foram dirigidas, no Relato, à Ministra da Saúde – *"Ponderar pela revisão do regime jurídico do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, designadamente dos Estatutos"*; *"Ponderar pela revisão do regime de quotização do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais dos Hospitais, no que respeita às normas referentes à quota suplementar"*; *"Ponderar pela revisão das componentes remuneratórias dos órgãos sociais do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais"* – não cabem nos poderes de tutela *supra* elencados, sendo competência da Assembleia Geral ou da Comissão de Vencimentos eleita por aquela. Apenas a revisão estatutária se encontra sujeita a *"(…) homologação (ou não) (…)" do "(…) membro do Governo responsável pela área da saúde (…)"*. Contudo *"Não cabe ao Governo a iniciativa da revisão estatutária do SUCH, nem mesmo a competência para a determinar, uma vez que a primeira radica exclusivamente nos associados e a segunda cabe à Assembleia Geral da Associação"*.

Ainda relacionada com aquela introdução e relativamente à recomendação dirigida no Relato ao Primeiro-Ministro[50] – *"Ponderar a manutenção do reconhecimento de utilidade pública do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais face ao quadro jurídico actual e ao posicionamento deste no mercado"* – alega a Ministra da Saúde, através do respectivo Chefe do Gabinete, que *"(…) o regime da cessão da utilidade pública apenas pode ser adoptado para as pessoas colectivas de mera utilidade pública e não para as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa. (…) a figura das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa é autónoma relativamente à das pessoas colectivas de mera utilidade pública, seguindo um regime específico, constante do Título VIII do Código Administrativo. A utilidade pública administrativa das pessoas colectivas é uma característica intrínseca e essencial a estas entidades, que resulta simplesmente da sua criação, operada no caso do SUCH por Decreto-Lei, como tal, conforme resulta do artigo 417º do Código Administrativo, que estabelece que as pessoas colectivas aí abrangidas adquirem personalidade jurídica no acto da constituição e são para todos os efeitos reconhecidos desde logo de utilidade pública. Ou seja, não é possível retirar o reconhecimento de utilidade pública ao SUCH (…), uma vez que dessa utilidade pública depende a natureza jurídica do SUCH (…)"*. Acrescenta, ainda que o *"facto de o SUCH ter sido criado por Decreto-Lei, o qual lhe atribui uma determinada natureza jurídica, também impediria que o Primeiro-Ministro possa, enquanto órgão administrativo, decidir sobre a utilidade pública do SUCH"*.

Sem prejuízo das recomendações constantes do texto do Relato terem sido reformuladas tendo em consideração estas e outras alegações apresentadas, importa referir que se discorda da afirmação que "*A utilidade pública administrativa das pessoas colectivas é uma característica intrínseca e essencial a estas entidades, que resulta simplesmente da sua criação*" porquanto o que determinava, à luz do Código Administrativo, a atribuição da utilidade pública administrativa era o seu fim estatutário, tal como resulta do respectivo artigo 416º - fins beneficentes ou humanitários, de assistência ou educação – e a sua fundação e administração por particulares (artigo 416º, *in fine*). Ora, verifica-se, no caso do SUCH que, originariamente, o mesmo foi criado para desempenhar tarefas, até aí realizadas por instituições de assistência particulares que desenvolviam

[50] Cujo Chefe do Gabinete, recorde-se, informou que *"as alegações relativas ao processo de auditoria (...) foram oportunamente remetidas pela Senhora Ministra da Saúde a esse Tribunal, nada mais havendo a acrescentar"*.

actividades de natureza hospitalar, elas próprias pessoas colectivas de utilidade pública administrativa[51]. Considerando que o SUCH seria fundado essencialmente por particulares[52] e não seria administrado pelo Estado, mas pelos respectivos órgãos estatutários, procedeu-se ao enquadramento do mesmo no conceito de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, conforme resulta do Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Novembro de 1965.

Porém, conforme referido no texto do Relatório, a manutenção desta caracterização manteve-se inalterada[53], apesar da modificação operada na natureza jurídica da maioria dos seus associados, que, com a criação do Serviço Nacional de Saúde, passaram a ser pessoas colectivas públicas[54] e, acrescenta-se agora, do surgimento no mercado de outras entidades, também de direito privado, que podiam dar resposta, eventualmente em condições de maior eficiência, às necessidades dos associados do SUCH, e que não beneficiam das regalias típicas do estatuto de utilidade pública administrativa.

De igual forma, os fins prosseguidos pelo SUCH já não se inserem nos fins beneficentes ou humanitários ou de assistência ou de educação previstos no artigo 416º do Código Administrativo, porquanto como resulta da auditoria o SUCH evoluiu para um prestador de serviços aos seus associados, serviços que, reitera-se, podem ser desempenhados por outros operadores económicos privados.

Ora, o que se pretendia com a recomendação constante do Relato era uma ponderação sobre a actualidade da manutenção do estatuto de utilidade pública administrativa. Dá-se, no entanto, razão às alegações apresentadas no que respeita ao facto de tendo o SUCH sido criado por acto legislativo, sendo necessário um outro acto legislativo para alterar ou extinguir esse estatuto.

Quanto às restantes recomendações:

I. *"Garantir que as decisões de aquisições de bens e serviços dos organismos tutelados pelo Ministério da Saúde são suportadas* são suportadas em estudos de fluxo de caixa descontado (**D***iscount* ***C****ash* ***F****low*) próprios, adequados à afectação eficiente dos recursos públicos*";* e
II. *"Diligenciar pela regularização, com a maior brevidade possível, da dívida dos organismos tutelados pelo Ministério da Saúde para com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e pela redução dos prazos médios de pagamento"*,

informa a Ministra da Saúde, através do Chefe do Gabinete, respectivamente, que:

> I. *"(…) com a criação da SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE, o Ministério da Saúde assegura a promoção de eficácia e eficiência em organizações dos sectores público e privado, permitindo não só elevadas poupanças, criação de sinergias e aumento de produtividade, como também benefícios ao nível da qualidade do serviço prestado e da qualidade e celeridade da informação de gestão produzida. Esta iniciativa legislativa dá, aliás, cumprimento às indicações que em anteriores recomendações foram*

[51] Cfr. artigo 416º do Código Administrativo.
[52] As instituições de assistência particulares referidas. Apenas com autorização do ministro da tutela, os hospitais públicos existentes à época podiam participar daqueles serviços.
[53] Salvo o período compreendido entre 1975 e 1993, época em que o SUCH se caracterizou como um instituto público – vide ponto 1 do Anexo I – Volume III.
[54] O que afasta um dos elementos essenciais do conceito de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, constante do art.º 416º – a sua fundação por entidades particulares (privadas).

formuladas pelo Tribunal de Contas e garante a continuidade da reforma do Serviço Nacional de Saúde, conforme previsto no programa do XVIII Governo assegurando, desde já, a gestão partilhada de recursos (…)";

II. *"(…) foi, oportunamente, solicitado à Administração Central do Sistema de Saúde, IP, a elaboração de mecanismos e de medidas que permitam anular o problema (…)"*.

7.2. Alegações apresentadas pelo Secretário de Estado da Saúde, no XVII Governo Constitucional, nos anos 2005-2007

O Secretário de Estado da Saúde de 2005 a 2007, pronuncia-se no sentido de apresentar *"as linhas gerais e orientações estratégicas seguidas neste âmbito e que foram impulsionadas no contexto da estratégia de forte contenção da despesa pública, já que o objectivo global do Governo, assumido em 2005 e expresso no PEC aprovado naquela data, foi o de reduzir o défice público de 6,83%, em 2005, para 2,9%, em 2008.*

Neste quadro, a criação de serviços partilhados (…), surge na continuidade do que há mais de 40 anos se faz no âmbito do SNS, através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, com outros serviços "comuns" de nutrição, ambiente, lavandarias, fornecimento de energia, etc.

Esse era um instrumento essencial para a desejável separação do financiador-prestador e para a prossecução dos objectivos de reorganização interna previstos no Programa do Governo como a empresarialização dos Hospitais e a reforma dos cuidados de saúde primários (…).

Tal decisão foi precedida de um estudo de benchmarking internacional que identificava expectativas de gerar poupanças para o erário público.

O desenho do modelo implicava a adesão de parceiros institucionais como veio a suceder com a participação dos 3 grandes Centros Hospitalares de Lisboa e as Administrações Regionais do Norte e Centro (…). Os parceiros de renome internacional como a Cap Gemini, para os recursos humanos, a Accenture para a área da contabilidade e gestão financeira e a Deloitte nas compras e logística, surgem com uma participação simbólica. Estava igualmente assegurada a participação institucional da Administração Central do Sistema de Saúde que garantia o cumprimento das orientações da tutela bem como os objectivos macro de sustentabilidade do SNS (…).

A intervenção da tutela, nos termos do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, para a implementação deste projecto era decisiva: Disciplinar o sector, esbater a resistência à mudança e garantir a existência de uma estrutura capaz de centralizar, optimizar e racionalizar um conjunto de tarefas burocráticas que libertariam recursos para a verdadeira missão do SNS, a prestação de cuidados de saúde. É nessa perspectiva que pode enquadrar-se o Despacho n.º 18628/2009, de 4 de Agosto, e o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro."[55]

Sobre as alegações apresentadas, refira-se que este Tribunal não questiona a criação de serviços partilhados pelo Governo, uma manifestação da liberdade de auto-organização da Administração Pública, nem o eventual impacto positivo dos serviços partilhados na economia, eficiência e eficácia dos serviços públicos e na sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde.

[55] Nota do Tribunal: Sobre os dois últimos actos evocados, *vide* Volume III – Anexo IV – ponto 1, onde se refere, também, o Acórdão n.º 171/2009 -4.DEZ-1.ª S/SS que recusou o visto ao *"Protocolo de Articulação entre Centrais de Compras" celebrado* entre a Administração Central do Sistema de Saúde, IP, e o Agrupamento Complementar de Empresas Somos Compras, ACE. O Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, também evocado, estabeleceu o regime jurídico dos hospitais entidades públicas empresariais.

O que, essencialmente, se questiona é a opção do Governo ter escolhido para o arranque dos serviços partilhados, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, considerando designadamente que o Governo não assegurou a existência de controlo análogo do Estado e/ou das entidades públicas sobre o mesmo[56] e o SUCH não reunia competências para desenvolver o projecto de constituição dos serviços partilhados, sem o recurso a parceiros tecnológicos e financeiros externos[57].

A constituição dos serviços partilhados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, redundou numa "fuga" às regras da concorrência[58], cuja aplicação garantiria não só os direitos[59] e interesses legalmente protegidos das entidades do sector privado eventualmente interessadas em participar no projecto, mas, também, a prossecução dos princípios da boa gestão, na medida em que, de princípio, apenas o lançamento de procedimentos abertos à concorrência para a escolha dos parceiros privados que participariam na criação daqueles serviços garantiria os melhores contratos em termos de economia, eficiência e eficácia.

Citando o Acórdão n.º 171/2009 -4.DEZ-1.ª S/SS, que recusou o visto ao *"Protocolo de Articulação entre Centrais de Compras" celebrado* entre a Administração Central do Sistema de Saúde, IP, e o Agrupamento Complementar de Empresas Somos Compras, ACE, na ausência de competências na Administração Pública para o desenvolvimento dos serviços partilhados no Sector da Saúde era exigível a utilização de procedimento de contratação pública para a escolha dos parceiros privados para os serviços partilhados, *"(…) porque existe um universo abstracto de entidades aptas a desenvolver a actividade de central de compras, porque os valores e as condições envolvidas constituem um negócio potencialmente interessante tanto para empresas nacionais como para empresas situadas noutro Estado-Membro, porque não se pode favorecer uma dessas entidades em detrimento de todas as outras e porque o respeito por aqueles princípios pressupõe que se dê oportunidade aos vários operadores económicos de manifestar o seu interesse na contratação, através da publicidade adequada".*

7.3. Alegações apresentadas pelo Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência

Em sede de contraditório, a Autoridade da Concorrência refere que *"(…) identificou, numa análise preliminar, um conjunto de questões com possíveis implicações concorrenciais, que merecerão por isso um acompanhamento mais atento e uma análise mais detalhada por parte desta Autoridade"*.

Acrescenta ainda que a *"(…) preferência pela contratação directa em detrimento das figuras concursais (…) deverá constituir a excepção à regra da contratação pública, tanto mais que a mesma pode retirar do mercado – subtaindo-os ao crivo concorrencial – contratos de significativo valor".*

[56] Aquando, designadamente da alteração dos seus estatutos em 2006, através do exercício do poder do Ministro da Saúde (que, no caso concreto foi exercido através do Secretário de Estado da Saúde) de homologar (ou não) as alterações àqueles Estatutos. Note-se que, conforme salientado no Anexo II do Relatório e em diversos Acórdãos da 1ª Secção do Tribunal de Contas, os poderes de intervenção do Ministro da Saúde no Serviço de Utilização Comum diminuíram, com aquela alteração dos estatutos, e esta não garantiu aos associados do sector público o controlo exigido para a manutenção das relações *in house*.

[57] O próprio SUCH reconhece que não detinha *"(…) competência nestas áreas (…)"*Áreas de contabilidade, gestão financeira, gestão de recursos humanos e compras e logística. Fonte: Anexo IV do Plano Estratégico 2007/2009.

[58] O que ficou demonstrado, primeiro pelo recurso do Estado ao SUCH e depois pelo recurso do SUCH a empresas privadas.

[59] Designadamente, os direitos decorrentes do princípio da igualdade, da imparcialidade e da colaboração da Administração com os particulares.

A Autoridade da Concorrência conclui saudando *"(…) o conjunto de recomendações elaborado pelo Tribunal de Contas, em particular as que se destinam a promover o melhor funcionamento dos mercados e a fomentar a adopção de comportamentos que traduzam e/ou estimulam uma cultura favorável à liberdade de concorrência, que, como tal, se subscrevem na íntegra"*.

7.4. Alegações apresentadas pelos responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais no que concerne à gestão e à situação económico-financeira do SUCH e dos Agrupamentos Complementares de Empresas de Serviços Partilhados

7.4.1. Da alegada não falência estratégica da constituição dos novos serviços partilhados

Sobre a falência da estratégica da constituição dos novos serviços partilhados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (ponto 12.1.2 do Relatório), que já era evidente no final de 2008 e início de 2009, alegam os responsáveis *"que a estratégia de constituição de serviços partilhados, através da formação de ACE, não resultou de um qualquer acto de gestão do Conselho de Administração do SUCH, tendo decorrido, outrossim, de uma decisão conjunta dos seus associados e da própria Tutela"* e *"que o Conselho de Administração do SUCH sempre se preocupou em acompanhar todo o desenvolvimento do processo de constituição de serviços partilhados e tudo fez para o tornar plenamente operativo e económico-financeiramente gerador de significativas poupanças"*, tendo para o efeito obtido *"estudos sérios e independentes"*, ainda numa fase anterior à constituição dos ACE, e *"elaborado e executado planos de negócios de médio prazo, de modo a adaptar os resultados e mais-valias esperados à realidade"*.

Também, *"(…) a existência de resultados negativos em cada um dos ACE tinha sido prevista e contemplada antes da respectiva constituição(…). Isto significa que a verificação de resultados negativos e, bem assim, o impacto sofrido pela consolidação dos mesmos nas contas do SUCH estiveram sempre previstos, não tendo, por isso, escapado ao controlo de gestão do SUCH (…)". "Em Novembro de 2008, o próprio Conselho de Administração do SUCH, consciente do atraso no terreno do ritmo de adesão das entidades (…), revê em baixa os Business Case iniciais dos três ACE e propõe ao Governo a conversão dos três ACE em Empresa Pública, suportado num Estudo da Boston Consulting Group (…)"*[60].

Acrescentam, ainda, os alegantes *"a prematuridade da apreciação do Tribunal de Contas, já que (…) se reporta a um período em que ainda não é possível conhecer da compensação (ou não) dos investimentos com os retornos e valores de poupança esperados"* e que *"até ao actual momento, os ACE nunca tiveram a possibilidade de operar com a escala referida nos aludidos estudos, por factores, aliás, totalmente exógenos ao SUCH", dos quais destacam: "o boicote da central de compras no seu arranque"*, atribuído aos Centros Hospitalares de Lisboa; *"a resistência por parte dos colaboradores das instituições aderentes"*; a remodelação e alteração governamental operadas em Janeiro de 2008 e Outubro de 2009, respectivamente; "*a eclosão da crise financeira mundial"*; a *"degradação dos prazos de recebimento do SUCH"; e "a inusitada alteração da posição tradicional do Tribunal de Contas (…) relativamente aos contratos celebrados por ajuste directo entre os associados públicos e o SUCH (…), passando aquele a entender como exigível, apenas a partir do*

[60] Sobre a criação da empresa pública vide ponto 12.1.3. do Relatório.

segundo semestre de 2009, a realização prévia de concurso público. (…) Esta alteração implicou o congelamento de novas adesões aos serviços partilhados (…)".

Sobre a argumentação expendida, não se ignora, como referido no ponto 12.1, que a criação de serviços partilhados pretendia responder à estratégia de reorganização e modernização da Administração Pública dos Governos Constitucionais, tendo como objectivos, designadamente o aproveitamento de economias de escala e a racionalização de processos, melhorando a qualidade dos serviços e a eficiência com que são prestados.

Também não se ignora, que o retorno do investimento destes projectos respeita um período de carência. Contudo, tendo por base quer os planos de negócio iniciais quer os planos de negócio em vigor no início de 2009 (quadros 1 e 2 das alegações), no ano de 2009 (ano 2 da execução), todos os ACE, com excepção do Somos Contas, ACE, teriam já resultados positivos, o que não aconteceu.

Porém, como referem os próprios alegantes, o *"ajuste dos Business Cases ao ritmo real das adesões verificadas efectuado (…) ao longo do ano de 2008, evidenciam, para todos – Conselho de Administração, associados e Tutela – um potencial de 5,5 milhões de euros negativos no ano, o que, com o deslize do arranque no terreno das adesões efectivadas, se sabia certo, ao termo de 2008, corresponder ao resultado expectável a consolidar no SUCH no exercício de 2009, caso o Governo não adoptasse a solução proposta de imediato, ou seja: assumir em Empresa Pública, com arranque em 2009, e com possibilidade de actuação sobre a variável estratégica – Vinculação da Adesão das Entidades – à nova plataforma de serviços partilhados já disponível e em operação."* Ou seja, os planos de negócio em vigor no ano de 2009, também, não eram os adequados à realidade expectável dos ACE, havendo consciência de que se não fosse alterada a estratégia de constituição dos serviços partilhados, através da constituição de uma empresa pública, a situação financeira do SUCH ir-se-ia agudizar.

Quanto à *"inusitada alteração da posição tradicional do Tribunal de Contas (…) relativamente aos contratos celebrados por ajuste directo entre os associados públicos e o SUCH (…), passando aquele a entender como exigível, apenas a partir do segundo semestre de 2009, a realização prévia de concurso público",* a mesma incidiu sobre o primeiro contrato de prestação de serviços, sujeito a fiscalização prévia do Tribunal, celebrado entre uma entidade pública adjudicante e o SUCH durante a vigência do Código dos Contratos Públicos[61] e sustentou-se, na evolução legislativa em matéria de contratos públicos e na constatação de que os estatutos do SUCH, de 2006, e a evolução que os mesmos permitiram, inviabilizavam a subsunção das relações jurídicas de aquisição de serviços entre as entidades públicas adjudicantes e o SUCH a qualquer das excepções à aplicação dos procedimentos de contratação pública.

Pretendendo viabilizar a criação dos serviços partilhados pelo SUCH, a alteração dos Estatutos de 2006, ao invés de reforçar o controlo do Estado e/ou das entidades públicas sobre a associação, i.e., a sua dimensão publicista, acentuou a sua dimensão privatista, procedendo ao enfraquecimento dos poderes de tutela do Ministério da Saúde e estabelecendo que as unidades de serviços partilhados pudessem ser constituídas sob a forma de pessoas colectivas, integradas pelo SUCH e pelos seus associados e/ou terceiras entidades, pelo que um procedimento de adjudicação directa

[61] A decisão de concessão de visto aprovada e sessão diária de visto da 1ª Secção do Tribunal de Contas, no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 552/09 relativamente ao protocolo celebrado entre a Unidade Local de Saúde do Norte Alentejano EPE, e o SUCH para a prestação de serviços de lavagem, tratament e fornecimento de roupa, n triénio 2008-2010, referiu-se à renovação anual da prestação de serviços, prevista em protocolo celebrado durante a vigência do Decreto-Lei n.º 197/99.

ao SUCH, permitiria que empresas privadas participantes beneficiassem de condições mais vantajosas relativamente a outros concorrentes, violando o princípio da concorrência[62].

A posição adoptada pelo Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia, baseada essencialmente em critérios de legalidade veio, afinal, revelar, uma outra fragilidade da criação dos serviços partilhados pelo SUCH, para além das identificadas no ponto 12.1.2 - a da ilegalidade da adjudicação directa de contratos públicos ao SUCH, pressuposto da viabilidade económico-financeira das unidades de serviços partilhados.

7.4.2. Do alegado equívoco de base: sujeição ao controlo do Tribunal de Contas não significa sujeição às regras da gestão pública

A propósito das observações à gestão interna do SUCH (remunerações dos membros do Conselho de Administração, prémios pagos por objectivos de cobranças e atribuição de viaturas) e, em especial sobre a observação do Relatório (ponto 11.4) de que *"Sem prejuízo de o SUCH não ser uma empresa pública, a Associação deve pautar-se por regras em tudo semelhantes às que regem a maioria dos seus associados, entidades públicas empresariais"*, esclarecem, os responsáveis, *"que enquanto associação de direito privado, o SUCH não está obrigado a respeitar as normas de direito público concernentes a práticas de gestão"*, pautando-se, *"antes de tudo o mais, pelos princípios e regras de direito civil"*, onde *"vigora o princípio da autonomia privada, segundo o qual os particulares têm o poder de regular, pelo exercício da própria vontade, as relações em que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica"*.

Não se contesta o alegado, uma vez que juridicamente a argumentação é correcta. Contudo, pretendendo o SUCH, como decorre das alegações apresentadas, continuar a actuar junto do Sector Público da Saúde, como tem actuado até ao momento, para além das necessárias alterações ao respectivo regime jurídico que garantam os requisitos da contratação *in house*, devem os associados públicos, em Assembleia Geral, ter o poder de, nas matérias onde vigora o princípio da autonomia privada e que tenham impacto na gestão dos recursos públicos, definir a disciplina jurídica por que se deve pautar a actividade do SUCH. Só assim se garantirá a transparência dos processos da Associação e o respectivo controlo pelos associados, a equidade relativamente a estes, designadamente em termos de estatuto remuneratório e outras regalias sociais, e que a actividade do SUCH converge efectivamente para as políticas de sustentabilidade daquele Sector. Ou seja, trata-se de fazer repercutir no SUCH, através dos respectivos associados públicos representados em Assembleia Geral, as regras de gestão pública que regem a actividade destes associados.

Quanto às alegações relativas a aspectos concretos da gestão interna do SUCH - remunerações dos membros do Conselho de Administração, prémios pagos por objectivos de cobranças e atribuição de viaturas – as mesmas serão objecto de tratamento nos respectivos pontos específicos.

[62] *Vide* Proc.º n.º 349/2009 - Acórdão nº 143/2009 -22.JUL-1.ª S/SS e Acórdão n.º 7/2010 – 09.MAR-1ªS/PL (Recurso Ordinário n.º 22/2009) – "Protocolo de Prestação de Serviço de Tratamento e Fornecimento de Roupa em Regime de Aluguer ao Hospital de Faro, EPE", celebrado entre aquele Hospital e o SUCH; Proc.º n.º 1045/2009 - Acórdão nº 159/2009 -29.Out-1.ª S/SS - "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, I.P., e o SUCH; Proc.º nº 1861/2009 - Acórdão nº 167/09 - 20.NOV.09-1.ª S/SS – "Protocolo de execução da obra de remodelação da instalação de ar condicionado dos serviços de medicina física e reabilitação, consultas externas, esterilização, oftalmologia e quartos de isolamento", celebrado entre o Hospital do Litoral Alentejano e o SUCH; Proc.º 1807/2009 - Acórdão n.º 4/2010, de 23 de Fevereiro – "Protocolo de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Centro, IP, e o SUCH; Proc.º 1825/2009 - Acórdão n.º 6/2010, de 25 de Fevereiro - "Protocolo de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, IP, e o SUCH.

7.5. Alegações apresentadas pelas entidades públicas adjudicantes e pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais no que concerne à *"legitimidade e bondade do ajuste directo ao SUCH"*

Nesta matéria, vêm os alegantes, entidades públicas adjudicantes e Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, manter a posição que têm defendido junto da 1ª Secção do Tribunal de Contas, considerando não assistir razão a este Tribunal quando conclui não poderem as entidades públicas adjudicantes adjudicar contratos públicos ao SUCH ao abrigo do artigo 5º, n.º 2, do CCP, por não se verificarem preenchidos os seus pressupostos, designadamente o referente ao controlo análogo.

Sobre esta matéria, já o Tribunal de Contas (1ª Secção) se pronunciou diversas vezes, tendo a presente auditoria, com base nas observações do Anexo II do Volume III, seguido aquela jurisprudência, sem prejuízo dos Acórdãos proferidos em 1ª Secção ainda não terem transitado em julgado[63]. Sobre este assunto os alegantes não evocaram qualquer elemento novo que faça alterar o entendimento sufragado.

Assim, mantém-se a conclusão do Relato de que os contratos celebrados entre as entidades públicas adjudicantes e o SUCH não se enquadram nos pressupostos de aplicação do artigo 5º, n.º 2, em especial no da alínea a), do CCP, e a recomendação para que as entidades públicas adjudicantes apliquem o regime estabelecido no Código dos Contratos Públicos às aquisições de bens e serviços ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, designadamente os procedimentos de contratação pública.

7.6. Alegações relativas às eventuais infracções financeiras por preterição dos procedimentos de formação de contratos legalmente aplicáveis

Relativamente às eventuais infracções financeiras evidenciadas nos pontos 10, 11.1 e 12.1.1, destacam-se neste ponto alegações apresentadas pelos responsáveis das entidades públicas auditadas e do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, no período auditado.

7.6.1. Alegações apresentadas pelos responsáveis das entidades públicas adjudicantes

7.6.1.1. Da alegada inexistência de norma habilitante para a imputação da responsabilidade financeira sancionatória às entidades públicas empresariais

Relativamente às eventuais infracções financeiras evidenciadas no ponto 12.1.1, - a não realização dos procedimentos de contratação legalmente exigíveis, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística à aquisição de serviços de compras e logística - os responsáveis e ex-responsáveis dos Centros Hospitalares de Lisboa Norte, Central e Ocidental, entidades públicas empresariais (EPE), apresentaram alegações, em conjunto ou individualmente, cujo teor é totalmente coincidente.

A este propósito, referem os responsáveis que o Relato *"(…) incorreu numa errónea aplicação do direito aos factos, não procedendo, por conseguinte, a infracção financeira apontada" "(…) na*

[63] Com excepção, entretanto, dos Acórdãos n.º 143/2009 e n.º 7/2010 - Processo n.º 349/2009 – Prestação de serviços de Lavandaria ao Hospital de Faro, EPE.

medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da ilicitude, da culpa e da existência de norma (sancionatória) habilitante para o efeito".

Alegam os responsáveis que não se encontra *"(…) preenchido um dos elementos objectivos – a existência de uma "despesa pública" – constante da norma sancionatória considerada violada: o artigo 65º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (…)" "E isto porque, em rigor, uma despesa ainda que realizada com dinheiros públicos, para poder obter o qualificativo de "despesa pública" precisa de ter sido realizada de acordo com as regras aplicáveis ao processamento das despesas públicas, o que não sucede no que concerne aos Hospitais EPE. (…) O bloco de normas relativas à realização das despesas públicas*[64] *não é aplicável aos hospitais EPE, porquanto, as despesas realizadas por estas entidades não devem, em rigor ser qualificadas como despesas públicas".*

A interpretação, feita pelos alegantes, de que o artigo 65º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na parte respeitante ao poder do Tribunal de Contas aplicar multas no caso de *"violação das normas sobre"* a *"assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos"* tendo apenas por referência o *"(…) bloco de normas relativas à realização das despesas públicas (…)",* i.e., os artigos 16º a 22º e 29º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, não aplicáveis aos hospitais EPE, é limitativa do âmbito dos poderes de jurisdição do Tribunal de Contas, e não encontra sustentação na evolução legislativa operada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, que alargou o regime da responsabilidade financeira a todos quantos gerem ou utilizam dinheiros ou valores públicos, independentemente da natureza jurídica da entidade, que pode ser pública ou privada, administrativa ou empresarial.

Não se olvida, porém, que no preenchimento da previsão de cada uma das normas sancionatórias constantes do art.º 65º, n.º 1, da referida Lei, o Tribunal de Contas terá de ter em consideração o regime jurídico aplicável, em concreto, a cada uma das entidades, de forma a identificar a norma violada e a enquadrá-la, se for caso disso, na norma sancionatória adequada. Só assim se preenche a previsão desta última dando origem à aplicação da respectiva sanção.

No caso concreto, a interpretação do artigo 65º, n.º1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 25 de Agosto, referindo em abstracto as normas sobre a "assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos" deixa ao juiz/intérprete a tarefa de identificar, no conjunto das regras aplicáveis a cada uma das entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal, as regras cuja violação é susceptível de subsunção naquela norma.

Assim, embora se reconheça que uma parte considerável da actividade dos hospitais EPE se encontra sujeita a um regime de direito privado, a sua actividade, sendo financiada por dinheiros públicos, encontra-se, também, sujeita a princípios e regras de direito público, que, entre outros aspectos[65], visam garantir a melhor utilização possível dos recursos públicos. De entre essas regras destacam-se, no que ora nos ocupa, aquelas que respeitam à "assunção da despesa"[66] e que definem o procedimento de contratação legalmente aplicável, não se encontrando os Hospitais EPE,

[64] *"Cfr. os artigos 16º a 22º e 29º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, normativos cuja vigência foi expressamente ressalvada pelo Diploma Preambular que aprovou o CCP (cfr. artigo 14º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro)".*

[65] Relacionados, nomeadamente, com a salvaguarda dos interesses e direitos dos administrados ou particulares.

[66] Definindo-se esta como o acto ou contrato pelo qual o Estado ou uma entidade pública se constitui na obrigação de pagar os bens ou serviços.

como os próprios alegantes reconhecem, completamente excluídos do regime jurídico da contratação pública[67].

Assim, encontrando-se as entidades públicas empresariais sujeitas aos poderes de jurisdição do Tribunal (cfr. art.º 2º, n.º 2, al. b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto) e estando na presença de contratos de aquisição de serviços, que, considerando o seu valor (€ 360.000,00/ano), não foram precedidos dos procedimento de contratação legalmente aplicáveis, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação, contrariando o disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea b), do CCP[68], norma cuja violação se subsume na previsão do artigo 65º, al. b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, não colhe o argumento apresentado pelos alegantes.

Acrescentam, ainda a propósito da inexistência de norma habilitante para a imputação da responsabilidade financeira sancionatória, que *"(…) nenhum dos Centros Hospitalares aderentes a estes serviços efectuou qualquer pagamento ao abrigo dos contratos identificados (…), situação que (…) mantém-se até à data, e não será alterada (…)"*, pelo que a adesão dos *"Centros Hospitalares à Central de Compras e Logística não gerou qualquer despesa com dinheiros públicos (…) o que corrobora a inaplicabilidade no caso vertente da norma sancionatória considerada violada (o artigo 65º, n.º1, alínea b), da Lei n.º 98/97)".*

A este propósito cumpre informar que o elenco de normas constantes do artigo 65º, n.º1, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, nem sempre depende de um resultado. Nuns casos, o que está em causa é a mera violação de normas preventivas, independentemente do resultado[69], noutros a existência da infracção pressupõe que tenha sido afectada a receita ou a despesa e, no caso concreto, foi afectada a despesa. Ainda, que os hospitais não tenham procedido a qualquer pagamento, por não reconhecerem a dívida decorrente da execução do contrato, o Somos Compras, ACE, facturou, com base no contrato celebrado, a cada um dos centros hospitalares, a quantia mensal de € 30.000,00, com efeitos a Janeiro de 2009 (vide ponto 12.4.2. do Relatório).

A inexistência de pagamentos, nestas situações, não afasta a aplicação da norma sancionatória, mas é relevante para a avaliação da culpa e para a graduação da multa, conforme artigos 64º, n.º 1, e 67º, n.º 2, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, referindo este último que o "*Tribunal de Contas gradua as multas tendo em consideração (…) o montante material dos valores públicos lesados ou em risco (…)".*

Face ao exposto, também, não procede, nesta parte a argumentação dos responsáveis.

Quanto aos restantes argumentos aduzidos pelos alegantes sobre a não verificação, nos casos concretos, da ilicitude e da culpa, são os mesmos tratados no ponto específico do Relatório (ponto 12.1.1.).

[67] Vide artigo 5º, n.º 3 do CCP. Em 2008, ano da celebração dos contratos, o limiar comunitário dos contratos de aquisição de serviços era de € 206.000 (DL n.º 18/2008, de 29.01 e Directiva 2004/18/CE, alterada pelo Reg (CE) n.º 1422/2007 da Comissão Europeia, de 4.12.2007).

[68] Conjugado com os artigos 2º, n.º2, alínea a), e 5º, n.º n.º3, alínea b), do mesmo Código.

[69] Por exemplo, a violação de normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos ou a violação de normas relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património.

7.6.1.2. Da alegada inexistência de um dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros pelas entidades públicas adjudicantes

Sobre a verificação de que, *"durante a vigência dos Decretos-Lei n.os 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, e durante a vigência do Código dos Contratos Públicos, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais cometeu a entidades terceiras a execução de contratos públicos que as entidades públicas adjudicantes lhe haviam atribuído sem precedência dos procedimentos de contratação pública legalmente aplicáveis"* e as observações de que *"era exigível às entidades públicas adjudicantes que, junto da Associação, garantissem o cumprimento por esta dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública, não podendo ter aceite que os serviços contratados fossem efectuados por entidades que contavam com a participação de operadores económicos privados, escolhidos sem procedimento prévio de contratação pública*" (vide ponto 10 do Relatório)[70], contrapõem os alegantes (Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, Hospital de São João, EPE, e Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia, EPE) que inexiste qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre as entidades públicas adjudicantes o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros.

A este propósito, entende-se que apesar de terem sido os responsáveis do SUCH quem cometeu a execução de contratos públicos a entidades terceiras, sem aplicação das regras da contratação pública, as entidades públicas adjudicantes, tendo conhecimento daquela situação, deviam ter acautelado a legalidade daquela contratação, uma vez que a especial relação jurídica até então existente com o SUCH não se podia estender a entidades terceiras, sob pena de se obviar, assim, a aplicação de regras que regulam a formação dos contratos públicos e o efeito útil das mesmas – a garantia da sã concorrência e a garantia da boa gestão dos dinheiros públicos, através da escolha da melhor proposta técnica e económica – e de não se encontrar justificação para a própria contratação do SUCH em áreas em que aparentemente não detinha competências internas, tendo de recorrer a entidades terceiras para a execução do contrato.

O especial dever de vigilância das entidades públicas adjudicantes funda-se, precisamente, na obrigação de, no âmbito das especiais relações invocadas pelo SUCH e pelos respectivos associados, e até ao momento, ainda existentes *de facto*, a entidade pública adjudicante dever exercer um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, garantindo, designadamente, a legalidade dos procedimentos por eles adoptados. O facto de as entidades adjudicantes virem em sede de contraditório, afirmar a autonomia jurídica do SUCH e a respectiva irresponsabilidade por actos praticados por este, mas que a eles beneficiaram, é mais um forte indício de que não se verifica o requisito do artigo 5º, n.º 2, alínea a), do CCP, inviabilizando a adjudicação directa de contratos públicos ao SUCH com base em tal preceito.

[70] Estas observações estão na base das eventuais infracções financeiras evidenciadas nos pontos 11.1 e 12.1.1.

7.6.2. Alegações apresentadas pelos responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

7.6.2.1. Da alegada violação dos princípios constitucionais da protecção da confiança e da não retroactividade dos ilícitos sancionatório

Alegam os responsáveis do SUCH[71] que o *" (…) Tribunal de Contas tem vindo, desde há anos atrás, a acompanhar as actividades do SUCH, tendo conhecimento desde há muito do modo como se desenvolviam as relações do SUCH com os seus associados (…)"* e que *"(…) desde Julho de 2009, o Tribunal de Contas veio alterar radicalmente a sua posição (…)"* tendo proferido *"(…) Acórdãos – em qualquer caso, ainda não transitados em julgado – no âmbito dos quais foram recusados vistos prévios a protocolos estabelecidos entre o SUCH e os seus associados, concluindo em todos que não se encontram reunidos os requisitos da relação in house, previstos no artigo 5º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos".*

E agora, no Relato a que se responde, (…) veio imputar aos membros do Conselho de Administração do SUCH um conjunto alargado de infracções financeiras, com base em factos ocorridos entre 2007 e 2009, por não terem sido realizados procedimentos de contratação legalmente exigíveis.

Desde logo refira-se que o Tribunal de Contas não pode pretender aplicar infracções financeiras até que transite em julgado algum dos acórdãos que recusaram o visto a protocolos celebrados entre o SUCH e os seus associados".

Acrescentam, ainda, que *"(…) o Tribunal de Contas não pode pretender aplicar infracções financeiras relativas a factos anteriores a Julho de 2009 (pelo menos) e, portanto, a factos anteriores à assunção de um novo entendimento jurisprudencial da normação aplicável, sem que tal implique a violação dos princípios constitucionais da protecção da confiança e da não retroactividade dos ilícitos sancionatórios".*

O *"(…) princípio constitucional da protecção da confiança (…)"* é posto em causa, porque *"os membros do Conselho de Administração do SUCH (…), actuaram em conformidade com o que vinha sendo prática constante no SUCH – e, como se referiu, aceite, pelo Tribunal de Contas até ao Verão de 2009". "A nova posição assumida pelo Tribunal de Contas, quanto à legalidade dos procedimentos levados a cabo pelo SUCH na contratação de terceiros, viola inequivocamente o princípio da tutela da confiança (…). Por conseguinte, tanto o SUCH (…) como os membros do Conselho de Administração (…) podem invocar como causa de justificação da própria pretensa ilicitude cometida (e não mera causa de exclusão da culpa) um direito à protecção da confiança que depositaram na posição que vinha sendo adoptada (…)".*

Quanto ao *"princípio da não retroactividade dos ilícitos sancionatórios"*, referem os arguentes que *"será inconstitucional julgar infracções financeiras factos que, ao tempo em que foram praticados, o Tribunal de Contas não considerava ilícitos".*

A propósito dos argumentos aduzidos, importa realçar o seguinte:

[71] Os responsáveis da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, e do Hospital de Santo André, EPE, suscitam, também, a questão dos princípio da protecção da confiança e da não retroactividade dos ilícitos sancionatórios.

- O Tribunal de Contas é um órgão de controlo externo que, por razões de racionalização dos recursos públicos que utiliza, não tem a pretensão de fiscalizar toda a actuação financeira do Estado. Para isso, conta, também, com a actividade dos órgãos do Sistema de Controlo Interno e com os procedimentos de controlo interno instituídos pelos organismos da Administração Pública;
- Em sede de fiscalização prévia, o Tribunal de Contas apenas se pronúncia sobre os actos e contratos geradores de despesa pública que as entidades adjudicantes lhe remetem, sendo a iniciativa da remessa destas entidades. O primeiro Acórdão de recusa de visto, Acórdão nº 143/2009 -22.JUL, da 1ª Secção em Subsecção, proferido no Proc.º n.º 349/2009[72], debruçou-se precisamente sobre o primeiro contrato de prestação de serviços celebrado entre o SUCH e uma entidade pública adjudicante já durante a vigência do Código dos Contratos Públicos[73]. Perante a entrada em vigor de um novo regime jurídico é legítimo que quem aplica as leis se questione sobre a subsunção de situações existentes a esse novo regime, sendo que, no caso concreto, o Tribunal de Contas se deparou com um SUCH assaz diferente daquele que existia, pelo menos até 2006, data da última alteração dos Estatutos;
- Por seu lado, nunca as relações jurídicas entre o SUCH e os respectivos associados, em matéria de aquisição de serviços, envolvendo o próprio SUCH e os procedimentos de aprovisionamento por este adoptados, foram objecto de uma acção de auditoria do Tribunal de Contas e, sempre que este Tribunal, teve dúvidas fundadas sobre os procedimentos adoptados pelo SUCH em matéria de contratação com terceiros, em execução de contratos que lhe haviam sido atribuídos por uma entidade pública adjudicante sem sujeição às regras da contratação pública, o Tribunal colocou questões sobre as entidades terceiras que iam executar os serviços e o respectivo procedimento de adjudicação[74];
- Mesmo antes da posição expressa pelo Tribunal no Acórdão nº 143/2009 -22.JUL, da 1ª Secção, resultava já das relações especiais invocadas pela entidades públicas adjudicantes e o SUCH, que as tarefas cometidas a este deviam ser executadas em termos substancialmente idênticos daqueles em que seriam se fossem executadas por um serviço interno da própria entidade adjudicante[75]. Também, o segundo parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, debruçando-se sobre as relações do SUCH com entidades terceiras para aquisição de bens e serviços no exercício da sua actividade, o incluiu entre as entidades equiparadas a organismos de direito público. Por seu turno, a doutrina da contratação *"in house"*, pressupõe, igualmente, que "as empresas adjudicatárias de contratos celebrados *"in house"* estão, por sua vez, sujeitas às regras dos mercados públicos quando pretendam contratar com privados"[76].

[72] Protocolo de Prestação de Serviço de Tratamento e Fornecimento de Roupa em Regime de Aluguer ao Hospital de Faro, EPE.

[73] A decisão de concessão de visto aprovada e sessão diária de visto da 1ª Secção do Tribunal de Contas, no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 552/09 relativamente ao protocolo celebrado entre a Unidade Local de Saúde do Norte Alentejano EPE, e o SUCH para a prestação de serviços de lavagem, tratamento e fornecimento de roupa, no triénio 2008-2010, referiu-se à renovação anual da prestação de serviços, prevista em protocolo celebrado durante a vigência do Decreto-Lei n.º 197/99.

[74] Veja-se, a este propósito, a título de exemplo, as diligências realizadas no processo de fiscalização prévia n.º 1100/2007, relativo ao protocolo celebrado entre o SUCH e o Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, EPE, relativo à obra de remodelação e ampliação do serviço de urgência, e mais recentemente no Proc.º n.º 1045/2009 – relativo ao "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos", celebrado entre o SUCH e a Administração Regional de Saúde do Norte, IP.

[75] Os próprios alegantes o afirmam, nomeadamente no parágrafo 158 das respectivas alegações (pág. 137 das alegações).

[76] No sentido de que as adjudicatárias de contratos celebrados *in house* estão, por sua vez, sujeitas às regras da contratação pública quando pretendam contratar com terceiros, Alexandra Leitão, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações "in house"*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 65, e Cláudia Viana, *Contratos públicos "in house" – em especial, as relações contratuais entre municípios e* empresas *municipais e intermunicipais*, in Revista de Direito Regional e Local. Aliás só, assim, não se falsearia a concorrência, adjudicando,as adjudicatárias de contratos celebrados *in house,* a operadores económicos privados à revelia dos procedimentos de contratação pública.

- No decurso da auditoria verificou-se que o SUCH, no exercício da sua actividade, nem sempre aplicou os procedimentos de contratação pública quando contratou com terceiros, em regra, atribuindo a execução de contratos públicos, total ou parcialmente, a entidades participadas por ele e por outros operadores económicos privados – os agrupamentos complementares de empresas, SUCH-DALKIA, ACE, Somos Pessoas, ACE, e Somos Compras, ACE, - e ainda à Eurest, com base em contratos de consórcio;
- São estas as situações questionadas no Relatório e que não contrariam nem o princípio da protecção da confiança nem o princípio da não retroactividade dos ilícitos sancionatórios. Ademais, recorde-se, que no ponto 10 do Relatório se distinguem duas situações diferentes que salvaguardam aqueles princípios:
  - ✓ Uma, que referindo-se aos contratos celebrados ou renovados com o SUCH após a entrada em vigor do CCP e que, no seguimento da jurisprudência recente do Tribunal de Contas[77], deviam já ter sido precedidos do procedimento de contratação pública legalmente aplicável, por os mesmos não estarem abrangidos por qualquer excepção à aplicação daquele regime. Relativamente a estes contratos considerou-se que, embora se estivesse na presença de factos ilícitos – a violação das normas que regem a adjudicação dos contratos públicos –, tais factos não eram culposos, considerando, designadamente, que a legalidade das relações entre as entidades públicas e o SUCH apenas pontualmente havia sido posta em causa e que o próprio CCP (artigo 5º, n.º2) parecia dar acolhimento àquelas relações, existindo pareceres jurídicos nesse sentido;
  - ✓ Outra, em que, quer durante a vigência dos Decretos-Lei n.os 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, quer durante a vigência do CCP, o SUCH cometeu a entidades terceiras, sem precedência de procedimentos de contratação pública, a execução de contratos públicos que as entidades públicas adjudicantes lhe haviam atribuído. Relativamente a estas situações, entendeu-se que as mesmas não se conformavam nem com a doutrina constante dos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nem com a doutrina da contratação "*in house*" na medida em que envolveram operadores económicos privados, terceiros relativamente às relações associados/associação, que não foram escolhidos com base em procedimentos de contratação pública, devendo, por isso ser valoradas de forma diferente das enunciadas anteriormente.

Finalmente, relativamente aos protocolos apreciados em sede de fiscalização prévia, não foi evidenciada qualquer situação susceptível de configurar infracção financeira.

7.6.2.2. Da inexistência de qualquer infracção financeira relativa aos membros do Conselho de Administração do SUCH

i) Da inexistência de facto ilícito

No que respeita à eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho de Administração do SUCH, sustentam os alegantes que não se verifica o pressuposto da ilicitude, porquanto o próprio SUCH não pode ser qualificado como organismo de direito público, quer ao abrigo dos Decretos-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e 59/99, de 2 de Março, quer ao abrigo do CCP.

[77] Considerando, entre outros aspectos, os estatutos do SUCH e o novo quadro jurídico entretanto entrado em vigor - o CCP.

Referem os responsáveis que *"perante o quadro normativo em vigor, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República pronunciou-se no sentido de o SUCH estar abrangido pelo âmbito subjectivo"* do artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho[78], e pelo artigo 3º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março[79] e que a Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, transposta para o ordenamento jurídico português pelo CCP, não alterou, no essencial, o conceito de organismo de direito público[80], pelo que de princípio, o SUCH continuava abrangido por tal conceito.

Porém, continuam os responsáveis, *"em 2006, o SUCH procedeu a uma alteração estatutária, através da qual acentuou a dimensão privatista e procedeu ao enfraquecimento dos poderes de tutela do Ministério da Saúde, o que implicou a perda do controlo directo exercido pelo Estado. Desta forma, a alteração dos Estatutos do SUCH veio assim resolver a questão em torno da qualificação do SUCH como entidade adjudicante, (…) implicando a sua não qualificação como organismo de direito público e, desse modo, a sua não sujeição às regras da contratação pública. Esta alteração estatutária (….) teve assim em vista reduzir significativamente o risco de uma actuação que viesse, a posteriori, ser qualificada como ilegal, uma vez que, sem a supressão dos poderes de intervenção do Governo mais significativos, não estava garantido que uma leitura da sua não sujeição ao regime da contratação pública fosse considerada legítima. (…) a alteração estatutária introduzida em 2006 ao ter enfraquecido os poderes de tutela, obsta a que, desde aquele momento e até à presente data, o SUCH possa ser qualificado como um organismo de direito público"*.

Concluem, por fim, os alegantes, *"que, após a alteração estatutária de 2006, (…), o SUCH não tinha que ter observado qualquer procedimento público de contratação para o cometimento dos serviços, identificados no Relato, respectivamente, ao Consórcio SUCH/EUREST, ao SUCH-DALKIA, ACE, ao Somos Compras, ACE, e ao Somos Pessoas, ACE. Não se verificando qualquer comportamento ilícito (…) dos membros do Conselho de Administração do SUCH e, de igual modo, dos associados envolvidos"*.

E isto porque, em síntese, não se verifica o requisito necessário à sua qualificação como "organismo de direito público": o de serem maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior ou estarem sujeitas ao seu controlo de gestão ou terem um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades[81].

---

[78] Dispunha aquela norma que "*Ficam sujeitas às disposições do capítulo XIII do presente diploma as pessoas colectivas sem natureza empresarial que, cumulativamente, sejam: a) Criadas com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral; b) Financiadas maioritariamente pelas entidades referidas no artigo anterior ou sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, direcção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de 50% designados por aquelas entidades."*

[79] Dispunha aquela norma que *"são consideradas donos de obras públicas as entidades dotadas de personalidade jurídica, criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial e em relação às quais se verifique uma das seguintes circunstâncias: a) Cuja actividade seja financiada maioritariamente por alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número; b) Cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte de alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número; c) Cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados por alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número"*.

[80] Dispõe o n.º 9 do artigo 1º da Directiva em causa que *"Por «organismo de direito público» entende-se qualquer organismo: a) Criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial; b) Dotado de personalidade jurídica; e c) Cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público"*.

[81] Cfr. artigo 2º, n.º 2, todas as alíneas, do CCP.

Esta posição do SUCH encontra-se sustentada em pareceres jurídicos mencionados nas alegações, o último dos quais se encontra junto ao processo de auditoria[82].

Contudo, a diminuição dos poderes de intervenção do Ministro da Saúde, analisada no ponto 1.1. do Anexo II – Volume III, não afasta o enquadramento do SUCH no conceito de "organismo de direito público", designadamente nos preceitos invocados nos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República e na previsão da alínea d) do n.º 2 do artigo 2º do CCP[83], conforme se concluiu no ponto 2.2.1. daquele Anexo, considerando, designadamente, a seguinte matéria de facto:

- Todos os membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal são nomeados ou pelo Ministro da Saúde ou pela Assembleia Geral, na qual as entidades associadas do Sector Público detêm a maioria dos direitos de voto[84];
- Em Assembleia Geral, as entidades públicas adjudicantes têm o poder de deliberar sobre aspectos relevantes da gestão do SUCH[85].

Por outro lado, como já foi referido, resultava das relações especiais estabelecidas entre as entidades públicas adjudicantes e o SUCH, e invocadas pelos próprios, que as tarefas cometidas a este deviam ser executadas em termos substancialmente idênticos daqueles em que seriam se fossem executadas por um serviço interno da própria entidade adjudicante. Ora se fossem as entidades adjudicantes a adquirir o serviço a uma entidade terceira, as mesmas teriam de realizar os procedimentos necessários a essa aquisição. Tendo as entidades adjudicantes adjudicado o serviço ao SUCH, ao abrigo das referidas relações, este devia ter aplicado as regras da contratação pública na adjudicação de serviços a terceiros, quer fosse ou não organismo de direito público[86].

Mantém-se, assim, as conclusões sobre a ilicitude do cometimento das prestações de serviços, identificados no Relato, pelo SUCH, respectivamente, ao Consórcio SUCH/EUREST, ao SUCH-DALKIA, ACE, ao Somos Compras, ACE, e ao Somos Pessoas, ACE.

ii) Da inexistência de facto culposo

Sem prejuízo dos argumentos sobre a inexistência de facto ilícito, *supra* elencados, alegam, ainda, os responsáveis do SUCH a *"(…) falta de censurabilidade da conduta adoptada (…) relativamente a quaisquer factos que lhe são imputados. Com efeito, perante as dúvidas suscitadas em torno da qualificação do SUCH e da sua sujeição às regras da contratação pública, (…) tiveram o zelo e o cuidado de (i) num primeiro momento e na sequência das conclusões do Parecer subscrito, em primeiro lugar, pelo Professor Freitas do Amaral, promover as alterações estatutárias necessárias*

[82] Parecer de 26 de Julho de 2007.

[83] Nos termos da qual, "2 - São também entidades adjudicantes: (…) d) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas". Este poder, porém, não se confunde com a exigência "controlo análogo" estebelecida no artigo 5º, n.º2, alínea a), do CCP.

[84] Vide ponto 8 do Relatório e ponto 2 do Anexo I – Volume III.

[85] A este órgão que compete, entre outras, eleger e destituir os membros não nomeados dos órgãos do SUCH e os membros da comissão de vencimentos, apreciar e aprovar os planos estratégicos e de actividades do SUCH e o relatório e contas anual e deliberar sobre a realização de empréstimos, a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis e a participação do SUCH noutras pessoas colectivas. Este controlo, porém, não se confunde com o controlo exigido pela aplicação do n.º 2 do artigo 5º do CCP. Os poderes referidos não são suficientes para o preenchimento dos requisitos da contratação *in house.*

[86] Como refere Alexandra Leitão, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações in house"*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 65, *"Trata-se de um fenómeno semelhante ao que acontece com os concessionários de serviço público e com os mandatários."*. No sentido de que as entidades adjudicatárias de contratos *in house*, devem ser consideradas organismos de direito público, *vide,* Diogo Duarte de Campos, *in "A escolha do Parceiro Privado nas Parcerias Público-Privadas, A adjudicação in house em particular"*, Coimbra Editora, 2010, p. 329, nota 1004.

para acentuar a natureza privada do SUCH (…) e afastar o risco de uma interpretação no sentido da qualificação do SUCH como entidade adjudicante; e, (ii) num segundo momento, aquando da alteração ao regime da contratação pública até então vigente, solicitar novo parecer ao Professor Freitas do Amaral, com vista à análise do enquadramento da natureza jurídica do SUCH à luz do regime constante do CCP". Estes elementos evidenciam, assim, *"a convicção dos membros do Conselho de Administração (…) quanto à licitude da sua conduta, afastando, por isso, qualquer possibilidade de um juízo de censurabilidade que sustente a condenação de cada um como agente culposo"*.

A este argumento, contrapõem-se, porém, outros pareceres, obtidos junto das entidades auditadas e constantes do processo de auditoria[87] que, embora sem versarem especificamente sobre a matéria em causa, alertaram para a possibilidade de o SUCH poder ser considerado um organismo de direito público. Assim, embora os pareceres *supra* evocados tenham contribuído para "*a convicção dos membros do Conselho de Administração (…) quanto à licitude da sua conduta",* outros existiam que exigiam da parte dos responsáveis do SUCH uma atitude mais cautelosa. Acresce que as regras que norteiam a formação dos contratos públicos para além de garantirem uma sã concorrência contribuem, também, para a boa gestão dos recursos públicos e, consequentemente, para o fim estatutário do SUCH: contribuir para o funcionamento mais eficiente dos seus associados.

Contudo, face ao exposto, a não realização dos procedimentos de contratação legalmente exigíveis só pode ser imputada aos responsáveis do SUCH a título de negligência.

[87] Parecer sobre o Enquadramento geral das actividades desenvolvidas no âmbito do SUCH-DALKIA, ACE, à luz das normas sobre contratação pública, de 2 de Abril de 2009 (págs. 18-21), e Parecer sobre a responsabilidade dos Hospitais EPE e dos titulares dos seus órgãos e agentes no âmbito das relações directas com o SUCH ou por esta entidade intermediadas, de Novembro de 2007 (págs 18 e 19).

III – Desenvolvimento

8. Breve caracterização do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

O Serviço de Utilização Comum dos Hospitais foi criado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 46.668, de 24 de Novembro de 1965 e nos termos do artigo 417º do Código Administrativo de 1940[88], por estatutos aprovados por despacho ministerial de 22 de Abril de 1966, para *"obter o melhor rendimento económico"* das instituições fundadoras[89], caracterizando-se, desde então[90], como uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, de natureza associativa, organizada e posicionada para a oferta integrada de serviços de apoio para o Sector da Saúde, tomando "*a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados*"[91]. No ponto 9 procede-se a uma apreciação da natureza jurídica do SUCH face à evolução legislativa entretanto ocorrida.

Podem ser associados do SUCH as entidades, públicas ou privadas, que integrem o sistema de saúde português, instituições particulares de solidariedade social ou outras pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, bem como outros serviços pertencentes ou dependentes do Ministério da Saúde[92].

No ano de 2009 a estrutura associativa do SUCH era composta por 60 entidades hospitalares públicas, 11 institutos públicos e 1 serviço integrado do Ministério da Saúde, 22 entidades sem fins lucrativos (misericórdias, cooperativas, fundações) e 1 entidade hospitalar do sector privado lucrativo.

O SUCH "*tem por objecto tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão*" [93], podendo, designadamente, desenvolver actividades nas seguintes áreas:

a) Assistência técnica no domínio das instalações e equipamentos;
b) Exploração ou gestão de instalações técnicas e áreas industriais;
c) Desenvolvimento tecnológico e investigação de equipamentos e instalações;
d) Gestão de recursos humanos, gestão administrativa e financeira, informática e telecomunicações e gestão de frotas automóveis, constituindo unidades de serviços partilhados;

[88] Nos termos do qual "*as associações e institutos referidos no artigo anterior adquirem personalidade jurídica no acto da constituição e são para todos os efeitos reconhecidos desde logo de utilidade pública*". O artigo 416º do Código Administrativo estabelecia que "*consideram-se pessoas colectivas de utilidade pública administrativa as associações beneficientes ou humanitárias e os institutos de assistência ou educação, tais como hospitais, hospícios, asilos, casas pias, creches, lactários, albergues, dispensários, sanatórios, bibliotecas e estabelecimentos análogos, fundados por particulares, desde que umas e outros aproveitem em especial aos habitantes de determinada circunscrição e não sejam administrados pelo Estado ou por um corpo administrativo*".

[89] À época as instituições particulares de assistência que exerciam actividades de natureza hospitalar e, mediante autorização do Ministro da Saúde e Assistência, os estabalecimentos hospitalares oficiais, cfr. art.os 1º e 2º do Decreto-Lei n.º 46 668.

[90] Excepto durante o período compreendido entre 1975 e 1993, período em que, prevendo-se a criação do Serviço Nacional de Saúde, em 1975, o SUCH foi dirigido por uma comissão directiva, nomeada por despacho do Ministro da tutela (cfr. artigo único do Decreto-Lei n.º 70/75, de 19 de Fevereiro, conjugado com o artigo 1º do Decreto-Lei n.º 495/74, de 27 de Setembro), enquadrando-se na figura dos institutos públicos (*vide*, deliberação do Plenário da 2ª Secção do Tribunal de Contas, de 14 de Março de 1991, relativamente ao parecer do Gabinete de Estudos - Parecer n.º 14/91, de 11 de Março de 1991).

[91] Artigo 1º, n.º 1, dos Estatutos actuais, publicados no Diário da República, 2ª S, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006.

[92] Artigo 6º dos estatutos actuais.

[93] Artigo 2º, n.º 1, dos estatutos.

e) Formação do pessoal enquanto utilizador dos equipamentos.

Considerando o fim para o qual foi criado - *"obter o melhor rendimento económico"* – e as actividades por ele desenvolvidas, as entidades adjudicantes do Sector Público suas associadas têm-lhe adjudicado contratos públicos sem aplicação do regime jurídico da contratação pública (*vide* ponto 10). O SUCH tem, também, desenvolvido as suas actividades, no regime de concorrência e de mercado, relativamente a entidades dos Sectores Público, Privado e Social, sejam ou não suas associadas[94]. Tendo em consideração estas premissas, o volume de facturação do SUCH[95], em 2008 e 2009, distribuiu-se da seguinte forma:

Quadro II – Volume de negócios no biénio 2008 e 2009, por tipologia de cliente[96]

	Associados								Não associados					Vendas a dinheiro (receita proveniente da exploração de bares e refeitórios)		Σ *
	Sector Público					Sectores Privado e Social		Sub-Σ	Sector Público		Sectores Privado e Social		Sub-Σ			
	Adjudicação directa		Procedimentos de contratação pública		Sub-Σ											
	Valor	%	Valor	%	%	Valor	%	%	Valor	%	Valor	%	%	Valor	%	
2008	71.187.941,4 €	77,6%	8.669.894,8 €	9,4%	87,0%	607.017,3 €	0,7%	87,7%	1.299.378,6 €	1,4%	6.040.846,4 €	6,6%	8,0%	3.965.562,8 €	4,3%	91.770.641,3 €
2009	73.246.032,3 €	71,3%	15.374.090,2 €	15,0%	86,2%	1.223.581,2 €	1,3%	87,4%	914.296,7 €	0,9%	7.126.645,0 €	6,9%	7,8%	4.891.097,0 €	4,8%	102.775.742,3 €

Fonte: SUCH. *Inclui os valores das contas 72 - Prestação de serviços e o valor de quotas dos associados (registado na conta 76) deduzido à facturação, *cfr.* Regime de quotização e benefícios dos associados.

Os estatutos conferem, ainda, ao SUCH a possibilidade de constituir as unidades de serviços partilhados atrás referidas sob a forma de pessoas colectivas integradas pelo SUCH e pelos seus associados e ou por terceiras entidades e de instituir ou participar na constituição de associações, sociedades ou pessoas colectivas de outra natureza, bem como adquirir e alienar participações sociais[97].

Utilizando esta faculdade, o SUCH detém diversas participações (*vide* ponto 3 do Anexo I).

São órgãos do SUCH (vide ponto 2 do Anexo I): a Assembleia Geral, composta por representantes dos associados, o Conselho de Administração, constituído por um Presidente e um Vice-presidente, nomeados pelo Ministro da Saúde, e três Vogais eleitos em Assembleia Geral sobre proposta do Presidente do Conselho de Administração, e o Conselho Fiscal, composto por três membros efectivos e um suplente, eleitos pela Assembleia Geral.

As deliberações em Assembleia Geral são, em regra, tomadas com base no número de votos dos associados, sendo o número de votos de cada associado determinado pelo valor percentual dos serviços adquiridos, no ano anterior, relativamente à facturação total do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, entre um e seis votos. Em 2009, o número de votos dos associados do Sector Público ascendia a 111, sendo o dos associados dos Sectores Social e Lucrativo, 23. Tomando por referência a caracterização das empresas públicas constante do Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado, verifica-se que as entidades públicas associadas exercem uma influência dominante sobre a associação, detendo a maioria dos direitos de voto.

[94] Em conformidade, aliás, com os poderes que lhe são atribuídos pelo artigo 2º, n.os 2 e 4, dos estatutos.
[95] Não inclui o das entidades participadas pelo SUCH, de que se falará de imediato, que consubstanciam entidades juridicamente distintas deste.
[96] Os dados constantes do quadro não resultaram automaticamente do sistema de informação contabilística do SUCH, tendo sido objecto de um trabalho conjunto das áreas Financeira, Comerciais e de Negócio do SUCH, em ficheiros Excel, a fim de responder às solicitações da equipa de auditoria.
[97] Artigos 2º, n.º 3, e 3º dos estatutos.

O SUCH presta contas ao Tribunal de Contas no âmbito das disposições conjugadas da alínea a) do n.º 2 do artigo 2º e da alínea o) do n.º 1 do artigo 51º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

O SUCH encontra-se sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas, desde a entrada em vigor da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, que alterou a Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

9. Natureza jurídica do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

O SUCH, criado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 46.668, de 24 de Novembro de 1965, e nos termos do artigo 417º do Código Administrativo de 1940[98], por estatutos aprovados por despacho ministerial de 22 de Abril de 1966, caracteriza-se, de acordo com o artigo 1º, n.º 2, dos Estatutos actuais[99], como uma entidade privada de natureza associativa de utilidade pública administrativa.

Nos termos do artigo 1º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 46 668, os serviços de utilização comum tinham como principais destinatários as instituições particulares de assistência[100]. Os estabelecimentos hospitalares do Sector Público poderiam participar naqueles serviços, mediante autorização do ministro com a tutela da saúde.

As pessoas colectivas de utilidade pública administrativa gozam de isenções fiscais previstas, nomeadamente, nos Códigos do Imposto sobre o Rendimento Colectivo[101], do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis[102] e do Imposto de Selo[103].

A propósito da qualificação jurídica do SUCH como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, que se encontra, aliás, conforme com o estabelecido nos diplomas que sustentaram a sua criação, importa analisar a actualidade dessa qualificação.

Em 1966, prevendo-se que os serviços de utilização comum iriam desempenhar tarefas, até aí desenvolvidas por instituições de assistência particulares que, pelos fins que prosseguiam, pela sua criação e administração particulares, se enquadravam, elas próprias, no conceito de pessoas colectivas de utilidade pública administrativa estabelecido no artigo 416º do Código Administrativo, e considerando que os serviços de utilização comum seriam fundados essencialmente por particulares[104] e não seriam administrados pelo Estado, procedeu-se ao enquadramento dos mesmos no conceito de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

A manutenção desta caracterização não teve em atenção, no entanto, a alteração operada na natureza jurídica da maioria dos seus associados, que, com a criação do Serviço Nacional de Saúde, passaram a ser pessoas colectivas públicas, afastando-se assim um dos elementos essenciais do

[98] Nos termos do qual "*as associações e institutos referidos no artigo anterior adquirem personalidade jurídica no acto da constituição e são para todos os efeitos reconhecidos desde logo de utilidade pública*". O artigo 416º do Código Administrativo estabelecia que "*consideram-se pessoas colectivas de utilidade pública administrativa as associações beneficientes ou humanitárias e os institutos de assistência ou educação, tais como hospitais, hospícios, asilos, casas pias, creches, lactários, albergues, dispensários, sanatórios, bibliotecas e estabelecimentos análogos, fundados por particulares, desde que umas e outros aproveitem em especial aos habitantes de determinada circunscrição e não sejam administrados pelo Estado ou por um corpo administrativo*".

[99] Publicados no DR, 2ª S, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006, págs. 30661-30663.

[100] À época (1965), ainda, não havia sido criado o Serviço Nacional de Saúde, estando as prestações de saúde maioritariamente a cargo de sistemas de previdência e assistência particulares.

[101] Artigo 10º, n.º 1, alínea a), do Código do Imposto sobre o Rendimento Colectivo.

[102] Artigo 6º, alínea d), do Código do Imposto sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis.

[103] Artigo 6º do Código do Imposto de Selo.

[104] Apenas com autorização do ministro da tutela, os hospitais públicos existentes à época podiam participar daqueles serviços.

conceito de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa – a sua fundação por entidades particulares (privadas).

De igual forma, os fins prosseguidos pelo SUCH – "*tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados*", prestando-lhe serviços em diversas áreas, mediante o pagamento de um preço fixado contratualmente - não se inserem nos fins beneficentes ou humanitários ou de assistência e de educação previstos no artigo 416º do Código Administrativo.

Por outro lado, verifica-se que os destinatários da actividade económica e empresarial do SUCH são ou os seus associados[105] ou outras entidades com as quais se relaciona em regime de concorrência e de mercado[106], o que sustenta a afirmação anterior de que o SUCH não desenvolve os fins altruísticos que sustentem a sua qualificação jurídica como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa[107].

Finalmente, uma nota, para ressalvar que, de entre os associados do SUCH, em 31 de Dezembro de 2009, contam-se maioritariamente hospitais do Sector Público Administrativo e do Sector Empresarial do Estado[108], sendo que estes últimos não auferem designadamente das isenções fiscais que, mantendo-se a qualificação jurídica do SUCH como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, beneficia a associação de que fazem parte.

Sobre este assunto, a Ministra da Saúde apresentou as alegações sintetizadas no ponto 7.1, remetendo-se para aí o seu tratamento. Por seu turno, os responsáveis do SUCH defenderam a manutenção do seu estatuto de utilidade pública administrativa. Remete-se, igualmente, para o ponto 7.1., o tratamento desta questão.

10. Enquadramento da actuação do SUCH junto de entidades do Sector Público

Em aplicação das competências consagradas nos respectivos estatutos, o SUCH tem desenvolvido a sua actividade, junto dos associados do Sector Público, quer através da celebração de protocolos/acordos sem precedência de procedimentos concorrenciais, quer através da celebração de contratos precedidos daqueles procedimentos.

Qualquer um dos protocolos/acordos analisados, objecto dos pontos 11 e 12 do presente Relatório, subsumem-se no conceito de contrato, constituindo acordos de vontades entre duas pessoas jurídicas distintas e estabelecendo direitos e obrigações recíprocas entre as partes. Verificou-se, ainda, nos contratos analisados que os mesmos não contêm cláusulas específicas de serviço público e que as prestações neles previstas, em regra prestação de serviços e/ou fornecimento de bens e/ou realização de obras, poderiam ter sido adquiridas no mercado.

[105] Em 2008 e 2009, 81,9% e 76% do volume de negócios do SUCH, respectivamente, são referentes a serviços prestados aos mesmos, cfr. ponto 2.1. do Anexo II.
[106] *Vide*, também, ponto 2.1. do Anexo II – volume de negócios prestados a entidades não associadas e volume de negócios prestados a entidades públicas associadas ao abrigo de procedimentos de contratação pública.
[107] No sentido do SUCH não ser uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, *vide*, também, declaração de voto ao Parecer n.º 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (PGR), publicado no DR II Série de 23 de Abril de 2003, no qual se conclui que o SUCH constitui antes uma associação pública.
[108] Entidades Públicas Empresariais.

Em 2008 e 2009, o volume de negócios do SUCH (cfr. quadro 2, *supra*) decorrente dos dois modos de actuação junto dos associados do Sector Público ascendeu a € 79.857.836,16 (87%) e a € 88.620.122,43 (86,2%), respectivamente. Destes valores, € 71.187.941,36, (77,6%) em 2008, e € 73.246.032,26, (71,3%) em 2009, foram realizados em execução de protocolos/acordos celebrados sem precedência de procedimentos concorrenciais.

O fundamento jurídico, invocado pelas entidades associadas do Sector Público, da adjudicação directa de contratos públicos ao SUCH tem sido, essencialmente, o fim para o qual o mesmo foi criado (vide ponto 8), que os afasta do âmbito de aplicação do regime jurídico da contratação pública.

Este entendimento foi corroborado, durante a vigência dos Decretos-Lei n.ºs 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, por Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República[109], que concluíam, entre outras, que as relações entre o SUCH e os respectivos associados se situavam materialmente no plano da auto-satisfação das necessidades da Administração, fora do âmbito de aplicação daqueles diplomas, por não pressuporem a necessidade de recurso a um contratante externo.

Concluía, ainda o último dos Pareceres emitidos que, nas situações em que o SUCH, no desenvolvimento das suas actividades, carecesse de contratar a aquisição de bens e serviços ou a realização de uma empreitada a entidades terceiras, exteriores à associação, o mesmo se incluía *"entre as entidades equiparadas a organismos de direito público"* para efeitos de aplicação do regime jurídico da contratação pública, sendo ele próprio uma entidade adjudicante.

Com a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (CCP), em 30 de Julho de 2008, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, as entidades públicas têm, também[110], sustentado a contratação directa com o SUCH, no artigo 5º, n.º 2, daquele Código nos termos do qual *"A parte II[111] do presente código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:*

> *"a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, e*
>
> b) *Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.*"

Trata-se da consagração legislativa da doutrina da contratação *"in house"*, com origem na jurisprudência comunitária e próxima da doutrina dos pareceres do Conselho Consultivo da PGR. Esta doutrina tem por base a liberdade de auto-organização da Administração Pública, reconhecendo a possibilidade de as entidade(s) adjudicante(s) adjudicarem contratos públicos a uma entidade dela(s) distintas no plano jurídico-formal, mas de tal forma dela(s) dependente, que

[109] O primeiro, emitido ainda no âmbito do regime jurídico anterior ao citado no texto, encontra-se publicado no DR II S de 1 de Julho de 1995. O segundo, o Parecer nº 145/2001, publicado no DR II S de 23 de Abril de 2003, foi já emitido durante a vigência daqueles diplomas e manteve, no essencial, a doutrina do anterior. Os pareceres foram homologados por despachos do Ministro da Saúde de 31 de Março de 1995 e de 18 de Março de 2003, respectivamente. Dispõe o artigo 43º, n.º1, do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, que "Quando homologados pelas entidades que os tenham solicitado, ou a cujo sector respeite o assunto apreciado, os pareceres do Conselho Consultivo sobre disposições de ordem genérica são publicados na 2.ª série do *Diário da República* para valerem como interpretação oficial, perante os respectivos serviços, das matérias que se destinam a esclarecer".

[110] A par dos pareceres do Conselho Consultivo da PGR.

[111] Relativa aos procedimentos de contratação pública.

as relações que se estabelecem entre elas são semelhantes às relações que a(s) entidade(s) adjudicante(s) têm com os seus próprios departamentos.

Após a entrada em vigor do CCP, o Tribunal de Contas recusou o visto a contratos celebrados entre entidades do Sector Público e o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, sem precedência do procedimento de contratação pública legalmente aplicável, por os mesmos não estarem abrangidos por qualquer excepção à aplicação daquele regime, nomeadamente a estabelecida no artigo 5º, n.º 2, do referido Código[112]. A este propósito, *vide*, também, análise constante do Anexo II.

Nesta matéria, conforme já referido no ponto 7.5, vêm os alegantes, entidades públicas adjudicantes e Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, manter a posição que têm defendido junto da 1ª Secção do Tribunal de Contas, considerando não assistir razão ao Tribunal de Contas quando conclui não poderem as entidades públicas adjudicantes adjudicar contratos públicos ao SUCH ao abrigo do artigo 5º, n.º 2, do CCP, por não se verificarem preenchidos os seus pressupostos, designadamente o referente ao controlo análogo, não invocando, no entanto, qualquer elemento novo que faça alterar o entendimento sufragado pelo Tribunal.

A adjudicação ao SUCH de contratos públicos que não cumpra os procedimentos de contratação pública estabelecidos no CCP, inclusive a renovação de contratos cujo prazo de vigência inicial já expirou, é susceptível de gerar responsabilidade financeira sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração das entidades públicas adjudicantes, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por violar regras do regime jurídico da contratação pública.

Esta situação foi identificada em todas as entidades seleccionadas para a execução do trabalho de campo (*vide* ponto 2 do Anexo III), com excepção do Hospital de São João, EPE, cujos contratos, celebrados sem aplicação de regras de contratação pública, são anteriores à data da entrada em vigor do CCP.

Contudo, para que haja infracção financeira, não basta que estejamos perante um facto ilícito, i.e., uma acção violadora de normas disciplinadoras da actuação financeira do Estado, no caso concreto, as normas que regem a adjudicação dos contratos públicos. É necessário, também, que o facto ilícito seja culposo e, nesta sede, considerando designadamente:

- ✓ A história do SUCH e as fases da evolução da respectiva natureza jurídica em que se destacam períodos de forte intervenção do Estado na sua organização (cfr. ponto 1 Anexo I);
- ✓ O enquadramento das relações das entidades do Sector Público com o SUCH constante dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, o último dos quais emitido durante a vigência dos Decretos-Lei n.ºs 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de

[112] Proc.º n.º 349/2009 - Acórdão nº 143/2009 -22.JUL-1.ª S/SS e Acórdão n.º 7/2010 – 09.MAR-1ªS/PL (Recurso Ordinário n.º 22/2009) – "Protocolo de Prestação de Serviço de Tratamento e Fornecimento de Roupa em Regime de Aluguer ao Hospital de Faro, EPE", celebrado entre aquele Hospital e o SUCH; Proc.º n.º 1045/2009 - Acórdão nº 159/2009 -29.Out-1.ª S/SS - "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, I.P., e o SUCH; Proc.º nº 1861/2009 - Acórdão nº 167/09 - 20.NOV.09-1.ª S/SS – "Protocolo de execução da obra de remodelação da instalação de ar condicionado dos serviços de medicina física e reabilitação, consultas externas, esterilização, oftalmologia e quartos de isolamento", celebrado entre o Hospital do Litoral Alentejano e o SUCH; Proc.º 1807/2009 - Acórdão n.º 4/2010, de 23 de Fevereiro – "Protocolo de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Centro, IP, e o SUCH; Proc.º 1825/2009 - Acórdão n.º 6/2010, de 25 de Fevereiro - "Protocolo de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, IP, e o SUCH.

Junho, e que, até 2009, apesar das alterações entretanto ocorridas nos estatutos do SUCH[113], apenas pontualmente foi questionado[114];

- ✓ O facto de ter sido introduzida uma norma no CCP (o artigo 5º, n.º2) que, aparentemente, dava acolhimento a essas relações;
- ✓ A existência de diversos pareceres jurídicos, solicitados pelo SUCH e por entidades públicas adjudicantes, que sustentavam estarem os contratos de prestação de serviços celebrados entre o SUCH e as entidades públicas suas associadas, excluídas das regras da contratação pública;
- ✓ A situação de nunca as relações jurídicas entre o SUCH e os respectivos associados, em matéria de aquisição de serviços, ter sido objecto de uma acção de fiscalização específica por parte do Tribunal de Contas ou, que se conheça, por parte de um órgão de controlo interno[115],

os responsáveis das entidades públicas seleccionadas actuaram com a diligência que lhes era exigida, não sendo de evidenciar, nestas situações, qualquer situação susceptível de configurar infracção financeira. Exortam-se, porém, esses responsáveis a procederem à abertura atempada dos procedimentos de contratação pública legalmente aplicáveis, à medida que a duração dos contratos celebrados ou renovados com o SUCH se aproxima do fim.

Verificou-se, porém, que durante a vigência dos Decretos-Lei n.ºs 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, e durante a vigência do Código dos Contratos Públicos, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais cometeu a entidades terceiras a execução de contratos públicos que as entidades públicas adjudicantes lhe haviam atribuído sem precedência dos procedimentos de contratação pública legalmente aplicáveis.

Estas situações, identificadas nos pontos11.1 e 12.1.1, ocorreram relativamente a entidades participadas pela Associação e por operadores económicos privados – o SUCH-Dalkia, ACE, o Somos Pessoas, ACE, o Somos Contas, ACE, e o Somos Compras, ACE -, ao abrigo dos respectivos contratos de constituição e de contratos de cedência de direitos e obrigações e de mandato. Verificou-se ainda a execução de dois contratos públicos de prestação de serviços de alimentação, por consórcios formados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e por uma empresa.

Embora a formação dos contratos de agrupamento complementar de empresas e de consórcio não estivessem sujeitos ao regime jurídico da contratação Pública[116], o facto de, por via deles, essas entidades terem prestado serviços a entidades públicas adjudicantes, ainda que por intermediação do SUCH, vinculava esta entidade a aplicar aquele regime, senão aquando da celebração dos contratos de agrupamento ou de consórcio, pelo menos aquando da atribuição em concreto dos

[113] Com destaque para as alterações de 2006.

[114] Em 2009, o Tribunal de Contas, após a entrada em vigor do CCP, recusou o visto aos contratos celebrados entre o SUCH e as entidades públicas. Anteriormente, já os Tribunais Administrativos colocavam dúvidas sobre as relações jurídicas entre o SUCH e aquelas entidades (veja-se, a título de exemplo – Recurso Jurisdicional n.º 1047/05, 2º Juízo, 1ª Secção, do Tribunal Central Administrativo).

[115] Tendo sido, também, remetidos, no âmbito da presente auditoria, ofícios à Inspecção Geral das Actividades em Saúde (IGAS) e à Inspecção Geral de Finanças, solicitando a remessa de estudos, pareceres e relatórios de auditoria e de inspecção, produzidos desde 2004, que tenham tido como objecto, ainda que parcialmente, a actividade desenvolvida pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais ou por entidades por ele participadas, relativamente às entidades dos Sectores Administrativo e Empresarial do Estado, apenas a IGAS remeteu o Relatório Final/de progresso, datado de 19.01.2004, elaborado no âmbito do processo n.º 8/2001-AI, efectuada conjuntamente pelas, então, Inspecção-Geral da Saúde, Inspecção-Geral do Ministério do Trabalho e da Solidariedade e Inspecção-Geral do Trabalho. Nesse Relatório, concluíram essas Inspecções que as irregularidades detectadas foram corrigidas relativamente à matéria objecto da acção inspectiva (quadro de pessoal, categorias profissionais, remunerações, descontos para a segurança social, promoções, férias, suplemento de reforma, formação, benesses dos dirigentes, realização de subempreitadas, fraccionamento de despesas e funcionamento sem alvará de empreiteiro de obras), e que, em matéria de obras, o SUCH deverá observar o disposto no parecer da Procuradoria-Geral da República.

[116] Actualmente, o CCP incluiu no seu âmbito de aplicação o contrato de sociedade.

contratos públicos com ele celebrados. As situações identificadas não se conformam nem com o entendimento constante dos Pareceres do Conselho Consultivo da PGR nem com a doutrina da contratação "*in house*" na medida em que envolveram operadores económicos privados que não foram escolhidos com base em procedimentos de contratação pública.

Por outro lado, era exigível às entidades públicas adjudicantes que, junto da Associação, garantissem o cumprimento por esta dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública, não podendo ter aceite que os serviços contratados fossem efectuados por entidades que contavam com a participação de operadores económicos privados, escolhidos sem procedimento prévio de contratação pública.

Em sede de contraditório, e sobre esta matéria, evocaram, os alegantes a violação dos princípios constitucionais da protecção da confiança e da não retroactividade dos ilícitos sancionatórios (SUCH e ARS Algarve) e questionaram a existência de um dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros pelas entidades públicas adjudicantes (CHLO, ARS Algarve, HSJ e CHVNGE). Os responsáveis do SUCH, por sua vez, alegaram, ainda, o facto de não serem organismo de direito público. Por se considerarem transversais ao Relatório, as alegações apresentadas foram objecto dos pontos 7.6.1.2, 7.6.2.1 e 7.6.2.2-i).

11. Áreas tradicionais de actividade do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

Desde a sua fundação que o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais tem como missão tomar a seu cargo determinadas actividades de apoio instrumental das unidades prestadoras de cuidados de saúde. Tendo iniciado a sua actividade na área das instalações e equipamentos, em 1989 toma a seu cargo também a actividade de lavagem e tratamento de roupa hospitalar, em 1992 começa a desenvolver a actividade de gestão e tratamento de resíduos e, em 1995, inicia actividade na área da alimentação. Estas são as suas áreas tradicionais de actividade.

Até 2007, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais possuía uma estrutura regionalizada (Norte, Centro e Sul), em que os Directores Regionais eram responsáveis por todas as áreas de negócio, funcionando na prática como unidades autónomas.

Em cumprimento do plano estratégico 2007-2009, aprovado por unanimidade na Assembleia Geral, de 17 de Janeiro de 2007, foi desenvolvida uma estratégia de verticalização[117] e clusterização das áreas de negócio tradicionais[118] e criaram-se novas áreas de negócio (*vide*, sobre estas últimas, ponto 12).

A estratégia aprovada deveria contribuir para a sustentabilidade do SNS e garantir a auto-suficiência do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, a evolução para uma unidade de serviços partilhados (USP), a reestruturação da relação com associados e parceiros, o reposicionamento no mercado

[117] O CA do SUCH, através da deliberação n.º 794/2007, de 23 de Agosto, extinguiu as suas Direcções Regionais, com efeitos a 1 de Setembro de 2007, e adoptou uma estratégia de verticalização das áreas de negócio tradicionais. O SUCH tinha uma organização completamente regionalizada em que os Directores Regionais eram responsáveis por todas as áreas de negócio, funcionando na prática como unidades autónomas.

[118] Agrupando as unidades de negócio (UN) em áreas de negócio: Somos Ambiente, composta pelas UN Gestão e Tratamento de Resíduos, Lavagem e Tratamento de Roupa e Limpeza Hospitalar; Somos Equipas, composta pelas UN Projectos e Obras, Manutenção de Instalações e Equipamentos, Energia e Segurança e Controlo Técnico; Somos Nutrição, composta por uma única unidade de negócios; em 2007 foi ainda criada a área de negócios Somos Consultoria, ainda com pouca relevância no volume de negócios do SUCH.

consoante condições de mercado e valor acrescentado, a adequação da oferta de serviços e capitalizar, incorporar e desenvolver competências, tendo por base uma cultura empresarial.

No âmbito da empresarialização da sua actividade, prevista no referido plano estratégico, foi ainda ampliado o objecto social de uma empresa totalmente detida pela Associação[119], de modo a permitir àquela sociedade actuar nas mesmas áreas de actividade em que o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais actua. A sociedade deveria funcionar *"(…) como elemento central do processo de reestruturação (…)"* do SUCH, assegurando a empresarialização das áreas tradicionais. No entanto, até à data da realização da auditoria, as áreas tradicionais de negócio mantêm-se no Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e a referida sociedade não desenvolve qualquer actividade para além da posse de participações sociais[120].

O quadro seguinte reflecte os resultados da totalidade das áreas de negócio tradicionais - Somos Ambiente; Somos Equipas; Somos Nutrição.

Quadro III – Resultados das áreas de negócio tradicionais

	2009	2008	2007	Δ% 07/08	Δ% 08/09
Áreas de negócio - Resultados Operacionas					
Custos	92.933.068,00	82.723.829,00	69.320.584,00	19,34%	12,34%
Proveitos	99.764.741,00	90.190.511,00	78.693.561,00	14,61%	10,62%
Resultados	6.831.673,00	7.466.682,00	9.372.977,00	-20,34%	-8,50%

Fonte: Demonstrações de Resultados por área de negócio

A área de negócios cujo desempenho mais contribuiu para a diminuição dos resultados operacionais (vide ponto 1 do Anexo III), em 2008, foi a do Somos Equipas (unidades de negócio da Manutenção, Segurança e Controlo Técnico e Projectos e Obras), o que evidencia a existência de ineficiências que, reflectindo-se nos preços das propostas apresentadas às entidades públicas, importa colmatar.

Na área do Somos Ambiente, as unidades de negócios de limpeza hospitalar e de gestão de resíduos, em 2008, apresentaram resultados de exploração negativos.

No ponto 1 do Anexo III procede-se ainda a uma descrição de cada uma das áreas de negócios tradicionais, incluindo-se um ponto relativo a outras áreas de actuação do SUCH.

11.1. Observações às aquisições de serviços nas áreas tradicionais

Dos processos analisados em trabalho de campo concluiu-se que, com excepção dos contratos, cuja adjudicação ao SUCH foi precedida de uma análise dos preços praticados pelo SUCH face aos anteriormente praticados por outras entidades adjudicatárias[121] ou da solicitação de propostas a outras entidades eventualmente interessadas em contratar para proceder a uma comparação com os preços do SUCH[122], a adjudicação de contratos à Associação, sem recurso a um procedimento de contratação pública, não foi fundamentada pelas entidades públicas adjudicantes, em termos de

[119] EAS – Empresa de Ambiente na Saúde – Tratamento de Resíduos Hospitalares, Lda., actualmente transformada em Sociedade Unipessoal

[120] 64,53% da Valor Hospital, S.A. e 100% da Somos SGPS, S.A. .

[121] Designadamente, os celebrados pelos Centros Hospitalares de Lisboa (todas as áreas contratadas), pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE (prestação de serviços de manutenção de instalações e equipamentos, contrato entretanto rescindo também por considerações de eficiência e eficácia).

[122] No Hospital de São João, EPE (prestação de serviços de lavandaria), e no Centro Hospitalar do Nordeste, EPE (tratamento de resíduos), e nos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE (tratamento de resíduos).

economia, eficiência e eficácia. Nessas situações o principal fundamento das adjudicações era a possibilidade de lhe poderem adjudicar directamente os contratos.

Sem prejuízo dos argumentos de legalidade formal que, neste caso se verificou não terem já razão de ser uma vez que não estão reunidos, relativamente ao SUCH, os pressupostos de aplicação do artigo 5º, n.º 2, ou de qualquer outra excepção à aplicação do CCP, as entidades públicas devem fundamentar as suas decisões, em especial se envolverem valores elevados de despesa, em termos de economia, eficiência e eficácia. Só assim garantirão a afectação eficiente dos recursos públicos.

Do ponto 2 do Anexo III constam os contratos analisados das entidades auditadas, nas áreas de actuação tradicionais do SUCH. Seguidamente destacam-se os contratos analisados das entidades auditadas, nas áreas de actuação tradicionais do SUCH, que mereceram observações específicas.

Hospital de São João

Prestação de serviços de tratamento e lavagem de roupa

O Hospital de São João, EPE, (HSJ) celebrou um protocolo com o SUCH, datado de 4 de Agosto de 1995, no qual concedeu a utilização e exploração das instalações e equipamentos da sua lavandaria.

O referido protocolo, celebrado pelo período de 10 anos, previa que o SUCH prestasse ao HSJ o serviço de recolha, tratamento[123], dobragem e distribuição de roupa de tipo hospitalar ou hoteleiro. Ainda no âmbito deste protocolo foi acordado que o SUCH deveria adquirir e instalar na lavandaria do HSJ equipamentos de lavagem, calandragem e acabamentos, de forma a garantir a qualidade e um preço competitivo do serviço prestado, que, finda a duração do contrato, seriam pertença do HSJ.

No que concerne ao preço a facturar pelo SUCH ao HSJ pela prestação de serviços de tratamento de roupa foi acordado que o mesmo dependeria do valor do investimento a realizar pelo SUCH em equipamentos a instalar na lavandaria, podendo fixar-se num mínimo de 62$50/Kg para um investimento de 120.000.000$00 e num máximo de 71$00/kg para um investimento de 250.000.000$00. Estes preços já incluíam as importâncias devidas ao HSJ pela utilização de instalações e equipamentos e dos consumos de água, vapor e electricidade na lavandaria que seriam fornecidas e suportadas pelo HSJ.

Prevendo o protocolo a possibilidade do SUCH proceder ao tratamento de roupa doutras instituições na lavandaria do HSJ, ficou clausulado[124] que seriam instalados pelo SUCH contadores de água, energia eléctrica e vapor para que se pudessem determinar, mensalmente, os custos energéticos/kg de roupa tratada, a custos reais, cabendo ao SUCH compensar o HSJ pelos consumos energéticos pelo tratamento de roupa de outras instituições.

Ao SUCH caberia ainda, para além da compensação pelos consumos de energia, pagar ao HSJ 2% sobre o valor facturado a outras instituições pelo tratamento de roupa na lavandaria do HSJ.

Da análise do processo verificou-se que o SUCH, mensalmente, incluiu nas facturas do serviço de tratamento de roupa do HSJ um valor, referente a 2% da facturação emitida a outras instituições[125], que foi descontado ao total da prestação de serviços de tratamento de roupa do HSJ.

[123] Lavagem de roupa.
[124] N.º 2 da cláusula 7º do Protocolo.
[125] Tratamento de roupa doutras instituições

Sucede, porém, que os serviços do HSJ não efectuaram nenhum controlo sobre a exactidão dos montantes descontados pelo SUCH na facturação ao HSJ. De facto, para além de não controlarem os Kg de roupa tratada na lavandaria do HSJ de outras instituições, os serviços do HSJ não efectuaram nenhuma confirmação ou cruzamento de informação com outras instituições de modo a assegurarem-se da regularidade dos montantes descontados pelo SUCH na facturação ao HSJ.

Acresce ainda que, durante a vigência deste protocolo[126], o HSJ nunca determinou mensalmente os custos energéticos[127]/kg de roupa tratada, a custos reais, de modo a ser ressarcido pelo SUCH pelo tratamento de roupa doutras instituições, conforme previsto no n.º 2 da cláusula 7ª, o que originou que o HSJ tivesse suportado custos com o tratamento de roupa doutras instituições.

Em Setembro de 2006 o HSJ e o SUCH celebraram um novo protocolo que visava manter a exploração da lavandaria do HSJ pelo SUCH por mais 5 anos[128]. Neste novo protocolo o HSJ e o SUCH introduziram algumas alterações às condições contratuais do protocolo inicial, das quais se destacam:

a) O SUCH obriga-se a realizar obras de pintura, reparação e conservação das instalações onde funciona a lavandaria do HSJ[129];
b) Derrogação da transferência para a propriedade do HSJ dos equipamentos de lavagem, calandragem e acabamentos adquiridos e instalados na lavandaria do HSJ pelo SUCH no âmbito do protocolo inicial;
c) Os preços a facturar pelo SUCH por kg de roupa tratada ao HSJ já incluem as importâncias devidas a este pela utilização que o SUCH faz das instalações, da cedência dos equipamentos e dos consumos energéticos fixados em € 0,004/kg de roupa tratada para a água de rede, € 0,08/kg para o vapor e € 0,025/kg para a energia eléctrica[130].
d) Seriam instalados e conferidos mensalmente pelo HSJ contadores de água de rede, energia eléctrica e vapor, que permitissem determinar o custo energético/kg de roupa tratada a custos reais, de modo a que o SUCH ressarcisse o HSJ pelos custos energéticos com o tratamento de roupa doutras instituições, utilizando o seguinte método: Custos totais energéticos – Kg de roupa tratada do HSJ x € 0,109.
e) O SUCH pagaria ao HSJ, pelo tratamento de roupa doutras instituições nas sua lavandaria, 3% sobre o valor a facturar a essas entidades.
f) Fornecimento de roupa em regime de aluguer para a roupa de utilização geral. O preço por kg da roupa em regime de locação iria ser faseado de acordo a introdução de mudas da seguinte forma: introdução de uma muda € 0,351; introdução de 2 mudas € 0,381; introdução de 3 mudas € 0,411; introdução de 4 mudas € 0,441. Ao preço unitário do kg de roupa lavada e tratada acresceria ainda € 0,09 pela recolha e entrega da mesma roupa.

Considerando as alterações contratuais, nomeadamente quanto ao preço por kg de roupa tratada, as obras realizadas pelo SUCH[131], a derrogação da transferência para o HSJ dos equipamentos instalados na lavandaria e a fixação de valores de referência para os consumos energéticos da lavandaria, era expectável e indispensável que o HSJ tivesse procedido a uma avaliação do custo/benefício de cada um destes itens.

[126] 10 anos.
[127] Água, energia eléctrica e vapor.
[128] A findar em 30 de Setembro de 2011.
[129] Conforme n.º 2º da cláusula 7ª.
[130] Estimativa do SUCH.
[131] De acordo com o n.º 4º da cláusula 4ª do protocolo estas obras confeririam direito a indemnização por benfeitorias.

Todavia, da análise do processo, constatou-se a ausência de qualquer avaliação ou estudo sobre a racionalidade económica das alterações contratuais propostas. Deste modo, a decisão de manter a exploração da lavandaria do HSJ pelo SUCH não se encontra devidamente fundamentada e não permite aferir da racionalidade económica deste novo protocolo.

Quanto à execução do novo protocolo e questionados os serviços do HSJ pelos consumos energéticos na lavandaria e os correspondentes montantes pagos pelo SUCH no âmbito dos custos energéticos com o tratamento de roupa doutras instituições[132] *(Custos totais energéticos – Kg de roupa tratada do HSJ x € 0,109*), os mesmos informaram de que nunca haviam procedido ao apuramento daqueles montantes.

Considerando os kg de roupa tratada do HSJ e os consumos energéticos da lavandaria desde o início do protocolo e até 31 de Março de 2010, data em que o Hospital procedeu à emissão da correspondente factura ao SUCH, a receita não arrecadada ascendia a € 1.044.403,27. O deficiente controlo da execução daquele protocolo teve como consequência o financiamento parcial da actividade económica do SUCH, com prejuízo para o HSJ e para o Erário Público.

A não arrecadação das receitas devidas no âmbito da execução do contrato pode configurar uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração do HSJ, nos termos dos artigos 60º e 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por violação dos artigos 7º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e 7º, n.º 1, alínea r), dos Estatutos aprovados pelo mesmo Decreto-Lei. Contudo, considerando que os responsáveis do HSJ apenas tomaram conhecimento daquela falha no âmbito da auditoria, tendo já diligenciado no sentido da arrecadação dos valores em dívida, conclui-se que os mesmos não actuaram nem com dolo nem com culpa, o que afasta a efectivação de eventual responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória.

No âmbito do contraditório, o CA do HSJ refere que *"(…) Não tendo os signatários, membros do CA de 2006/2010, sido alertados, quer pelos Serviços que integram a estrutura funcional do respondente, quer pelos órgãos de fiscalização internos e entidades auditoras externas, não foi possível detectar tal situação para que, atempadamente, procedessem à facturação devida."* e que *"(…) assim que chegou ao seu conhecimento, tendo em conta a factualidade apurada, facturou, de imediato, à entidade externa, tal como consta do próprio relato e da descrição da infracção em causa e determinou a adopção de novos procedimentos (…)"* e que *"(…) Todavia, esta realidade não se encontra referenciada, ou sequer espelhada no Relato de Auditoria."*. O CA do HSJ refere ainda que *"(…) Os valores alegadamente não arrecadados que aqui estão em causa, não revestem grande materialidade, atento o volume de negócios do respondente (…)* e que *(…) É de todo verosímil que, face à diminuta quantia alegadamente não arrecadada, é perfeitamente razoável que aos CA de 2006/2010 a mesma fosse imperceptível (…)"*.

Para além de se dever fazer notar a incorrecção e contradição em que incorre o contraditório do CA do HSJ quanto à ausência de menção no Relato de Auditoria de que o HSJ já facturou ao SUCH as importâncias devidas no âmbito da execução do referido contrato, considera-se inadequada a adjectivação "diminuta" tratando-se de € 1.044.403,27, ainda que considerando a dimensão do volume de proveitos e custos do HSJ.

[132] N.º 3 da cláusula 7ª do referido protocolo.

No que concerne ao pagamento de 3% sobre a facturação emitida a outras instituições cuja roupa fosse tratada na lavandaria do HSJ, verificou-se que o SUCH, mensalmente, incluiu nas facturas um valor que foi descontado ao total da prestação de serviços de tratamento de roupa do HSJ.

Sucede, porém, que à semelhança do sucedido durante a vigência do protocolo inicial os serviços do HSJ não efectuaram nenhum controlo sobre a exactidão dos montantes descontados pelo SUCH na facturação ao HSJ. Deste modo, não foi assegurada a regularidade dos montantes descontados pelo SUCH na facturação ao HSJ.

Verificadas as facturas dos anos de 2008 e 2009 foi ainda possível comprovar as seguintes incorrecções relativamente ao previsto no protocolo:

a) O SUCH actualizou os preços unitários de facturação de alguns artigos que são propriedade do HSJ e que não estão em regime de locação, pelo que não lhes era aplicável o aumento de preço previsto com a introdução de novas mudas[133];
b) O SUCH incluiu nos preços unitários de facturação o valor referente à recolha e entrega de artigos (€ 0,09/kg) cuja recolha e distribuição é efectuada por funcionários do HSJ.

No que concerne à qualidade do serviço prestado pelo SUCH verificou-se que existem algumas reclamações de vários serviços do HSJ sobre a qualidade do serviço de tratamento de roupa, tendo o HSJ, através do serviço de aprovisionamento, envidado esforços junto do SUCH para que fossem corrigidas as situações anómalas, tendo inclusivamente solicitado um crédito a favor do HSJ por penalização da qualidade da roupa entregue.

Pelo exposto, considera-se que os factos acima descritos evidenciam um deficiente controlo da execução dos protocolos, por parte dos vários CA e dos serviços do HSJ, celebrados com SUCH para a exploração da lavandaria do HSJ.

Importa referir ainda que até à data da realização do trabalho de campo o HSJ nunca submeteu a exploração da sua lavandaria ou a prestação de serviços de tratamento de roupa a um procedimento concursal, apesar de, informalmente, ter consultado e recebido uma proposta de uma empresa para a prestação do serviço de tratamento de roupa.

Prestação de serviços de alimentação

Em 3 de Fevereiro de 2000 foi celebrado entre o HSJ e o SUCH um protocolo cujo objecto foi a concessão pelo primeiro da utilização das instalações e equipamentos da cozinha para a exploração da respectiva actividade pelo segundo, durante 10 anos, incluindo a possibilidade de fornecimento de refeições a outras instituições de saúde. No âmbito do referido protocolo, o SUCH obrigou-se a realizar obras e a adquirir equipamentos, com um valor de investimento até € 3.491.585,28[134].

Para assegurar o cumprimento do protocolo, o SUCH celebrou, em 22 de Maio de 2000, um contrato de consórcio interno[135] com a Eurest – Sociedade Portuguesa de Restaurantes, SA, nos

[133] O HSJ já havia detectado esta situação tendo solicitado nota de crédito respeitante ao diferencial de preço da roupa.

[134] Através de Adenda ao Protocolo, outorgada em 12 de Outubro de 2006, o SUCH obrigou-se a realizar um novo investimento, no valor de € 642.000,00, para remodelação e reapetrechamento do refeitório e bar. Em contrapartida, o HSJ autorizou o SUCH a servir multiofertas, no refeitório e bar, com preços compostos e de mercado[134], o preço unitário dos almoços e jantares dos doentes, suportado pelo HSJ, foi agravado em € 0,20 e o termo do protocolo foi prorrogado para 30 de Junho de 2011

[135] Consórcio é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou colectivas, que exercem uma actividade económica se obrigam entre si a, de forma concertada, realizar certa actividade ou efectuar certa contribuição com o fim de, entre outros, executar determinado empreendimento ou fornecer a terceiros bens, iguais ou complementares entre si, produzidos por cada um dos membros

termos do qual cabia em exclusivo ao SUCH o estabelecimento de relações contratuais com o HSJ. Foi aquela empresa quem assegurou a capacidade técnica e financeira do projecto, sendo o SUCH o responsável pelos fornecimentos relacionados com projectos, obras e equipamentos[136].

O protocolo celebrado entre o HSJ e o SUCH é um contrato de prestação de serviços de alimentação, cujo valor anual estimado, à época, ascenderia a cerca de € 3.194.261,83, pelo que o procedimento de contratação legalmente aplicável seria o de concurso público, conforme disposições conjugadas dos artigos 80º, n.º 1, e 191º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Julho, vigente à data da celebração do protocolo.

Não tendo aquele procedimento sido assegurado pelo HSJ por o protocolo celebrado entre ele e o SUCH se encontrar excluído das regras da contratação pública em conformidade com o entendimento existente durante a vigência do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Julho, o SUCH apenas poderia ter recorrido a uma entidade terceira, ainda que sob a forma de um contrato de consórcio, se tivesse sustentado a respectiva escolha num concurso público, o que não aconteceu.

Por seu turno, tendo o HSJ consentido, no protocolo, a subcontratação pelo SUCH de outras entidades, deviam os respectivos responsáveis ter garantido a legalidade dos procedimentos de contratação a serem utilizados nessa situação.

A não realização do procedimento de contratação adequado configura uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração do SUCH, e aos membros do Conselho de Administração do HSJ, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto. Contudo, à época do facto ilícito (2000), o SUCH não se encontrava sujeito aos poderes de jurisdição do Tribunal[137], e tendo decorrido, desde então, mais de 5 anos, um eventual procedimento por responsabilidade financeira sancionatória, relativamente aos membros do Conselho de Administração do HSJ, já se encontraria prescrito, cfr. artigo 70º daquela Lei.

No que concerne ao processo decisional do HSJ subjacente à contratação em causa, não se encontraram evidências de quaisquer estudos de análise de custo-benefício ou outros estudos adequados à aferição da afectação eficiente e eficaz dos recursos públicos que sustentassem a sua celebração.

Sobre este assunto, alegam os responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais *"(…) que tal não corresponde à verdade, na medida em que durante as negociações foi trocada um conjunto de informações que evidenciam o contrário."*. Contudo, nem no processo consultado, já antigo de facto, constavam essas informações, nem os alegantes juntaram qualquer prova ao processo que contrarie a afirmação.

Tratando-se de um contrato de longo prazo e considerando o montante do investimento envolvido, esses estudos seriam importantes para aferir o equilíbrio do protocolo e a adequação do

do consórcio. O consórcio pode ser externo ou interno, conforme as actividades ou os bens sejam fornecidos directamente a terceiros com invocação ou não do consórcio. Existe consórcio interno (o existente no HSJ, EPE) quando as actividades ou os bens são fornecidos a um dos membros do consórcio e só este estabelece relações com terceiros ou quando as actividades ou os bens são fornecidos directamente a terceiros por cada um dos membros do consórcio, sem expressa invocação dessa qualidade.

[136] Cfr, resulta da análise das prestações a cargo de cada um dos elementos do consórcio, constantes do contrato de consórcio.

[137] Situação que se alterou com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, que sujeitou as associações de entidades públicas e privadas ao controlo de gestão de entidades públicas à jurisdição do Tribunal.

investimento às necessidades do Hospital, sendo que o investimento realizado (suportado num histórico de refeições fornecidas de 70.000/mês), que o Hospital teria que amortizar, se revelou excessivo face às necessidades reais do Hospital. Durante o ano de 2008 e o 1º semestre de 2009, o HSJ suportou uma penalização de € 232.702,86 e de € 91.211,94[138], correspondente a refeições não servidas face ao histórico que serviu de referência à celebração do protocolo. Em anos anteriores, o HSJ apenas não suportou o débito correspondente a refeições não servidas nos meses de Abril, Maio e Outubro de 2000.

Nomeadamente, esta situação poderia ter sido evitada se, aquando das negociações do protocolo, se tivesse considerado o facto de o HSJ ter permitido ao SUCH a utilização da cozinha para a confecção de refeições para outras instituições de saúde, o que tem ocorrido[139], considerando para o cômputo das 70.000 refeições/mês, os fornecimentos para o exterior[140].

Ao invés, como contrapartida deste fornecimento e em conformidade com o estabelecido no protocolo, o SUCH tem deduzido, na facturação ao HSJ, um valor que pretende cobrir as importâncias devidas ao Hospital pela utilização das instalações e equipamentos e pelo fornecimento das energias necessárias à exploração da cozinha, bem como pela participação nos resultados.

Em 2008 e durante o 1º semestre de 2009, foram fornecidas ao exterior um total de 137.027 e de 62.958 refeições, que corresponderam a uma dedução na facturação ao HSJ de € 54.584,07 e de € 25.236,15, respectivamente. Tomando por referência o ano de 2008, confirmou-se que o valor ressarcido ao HSJ, EPE, nesse ano, cobriu os custos com os consumos, na cozinha, de água, vapor e gás, correspondentes aos fornecimentos ao exterior. Porém, a este valor acrescerá, ainda, o valor dos consumos com electricidade, que o HSJ não tem controlado, bem como a importância devida pela utilização das instalações e equipamentos, de cujo cálculo não se encontrou qualquer evidência no processo, e a correspondente à participação nos resultados.

Face ao exposto, conclui-se que o HSJ aquando da celebração do protocolo não ponderou a possibilidade de, no cômputo dos almoços e jantares fornecidos a doentes, se incluírem as refeições fornecidas ao exterior, amortizando um valor de investimento superior ao das suas reais necessidades e beneficiando a actividade económica do SUCH e da Eurest, com prejuízo para o Erário Público.

A este propósito, os responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais salientam *"o seguinte: no final dos anos noventa, não existia em Portugal nenhuma tradição, na área hospitalar, de cozinhas centrais ou partilhadas (…). Assim, o fornecimento das refeições para o exterior era um projecto intencional sem que existissem à época outros hospitais associados interessados na partilha da cozinha, razão pela qual não seria cauteloso prever amortizações efectuadas por outros associados."*. Referem, ainda *"que o projecto de investimento de equipamentos realizado foi apenas o indispensável para o fornecimento do HSJ, prevendo-se e deixando-se espaço e infra-estruturas funcionais preparadas, de modo a ser possível a instalação de mais equipamentos, não previstos na amortização do HSJ"*. Finalmente, salientam que *"o HSJ, até à remodelação da cozinha efectuada*

[138] Valores a que acresceu o IVA, à taxa de 12%: € 27.924,34 e € 10.945,43, respectivamente.

[139] O SUCH e a Eurest têm utilizado a cozinha do HSJ para confeccionarem refeições para o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE (CHVNGE, EPE), desde Agosto de 2006, para a Junta de Freguesia de S. Ildefonso, desde Maio de 2007, e para o Centro de Educação e Formação Profissional Integrada, entre Janeiro e Julho de 2007

[140] O fornecimento ao exterior não foi considerado na estimativa de 70.000 refeições/mês de almoços e jantares fornecidos a doentes, sendo que, se existiam dúvidas, as mesmas foram esclarecidas, por Adenda de 11 de Setembro de 2007, que, com carácter interpretativo, esclareceu que a previsão se refere à quantidade de refeições fornecida ao HSJ.

pelo SUCH, não efectuava distribuição unitária de refeições – unidose – mas sim o empratamento nos serviços com distribuição a granel das refeições, e apresentava nas suas estatísticas uma quantidade de refeições muito superior ao verificado por este método mais racional de gestão".

Estas explicações, tornando um pouco mais clara a razão pela qual o HSJ tem sido, sucessivamente, penalizado pelo número de refeições não servidas face ao histórico que serviu de referência à celebração do protocolo, não afastam as conclusões do Relatório.

Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia Espinho, EPE

Prestação de serviços de alimentação

A prestação de serviços de alimentação pelo SUCH, no Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia (actual CHVNGE), remonta a Março de 2004, tendo sido precedida do Concurso Público Internacional (CPI) n.º 08-62/04, cuja adjudicação recaiu sobre o agrupamento formado pelo SUCH e pela Eurest, os quais, de acordo com o programa do concurso, constituíram um consórcio externo[141].

O contrato celebrado para o ano de 2004 podia ser prorrogado por mais dois anos, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, o que aconteceu.

Sucede, porém, que de Março de 2007 a Fevereiro de 2009, as prestações, cujo valor ascendeu a € 1.513.476,40, em 2007, e a € 1.892.289,86, em 2008, continuaram a ser realizadas pelo consórcio, sem precedência de qualquer procedimento concursal e, com base, no último contrato celebrado na sequência do CPI n.º 08-62/04.

Em Março de 2009, o CHVNGE celebrou com o SUCH um protocolo de fornecimento de serviços de alimentação, uma vez mais sem sujeição às regras da contratação pública. Confirmou-se, junto do SUCH e do CHVNGE, que a sociedade Eurest continua a colaborar com o SUCH no fornecimento de serviços de alimentação a este Centro Hospitalar, tendo o SUCH invocado, como base desta parceria, o já referido contrato de consórcio externo.

Assim, desde 2007, o CHVNGE tem adquirido serviços ao SUCH e à Eurest sem precedência do procedimento concorrencial adequado que, durante a vigência do Decreto-Lei n.º 197/99, seria o concurso público, conforme artigo 13º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e artigos 80º, n.º 1, e 191º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Julho, e, durante a vigência do CCP (a partir de 30 de Julho de 2008), seria o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação, nos termos dos respectivos artigos 2º, n.º 2, 5º, n.º 3, alínea b), e 20º, n.º1, alínea b).

A não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, nos anos de 2007 a 2009, contrariou o disposto no regime da contratação pública, podendo configurar uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração do SUCH e relativamente aos membros do Conselho de Administração do CHVNGE, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

[141] Existe consórcio externo quando as actividades ou os bens são fornecidos directamente a terceiros por cada um dos membros do consórcio, com expressa invocação dessa qualidade.

Sobre a prestação de serviços de alimentação entre Março de 2007 e Fevereiro de 2009, pelo consórcio SUCH/Eurest, vêm os responsáveis do **Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE,** que não se levou *"em consideração a factualidade subjacente às decisões do Conselho de Administração (…), que sustentaram a prestação de serviços durante o mencionado período, cuja ponderação não determinaria seguramente a imputação de qualquer, ainda que eventual, infracção (…)"*. De entre a factualidade apresentada pelos referidos responsáveis destaca-se a seguinte:

- *"De Março de 2004 a Março de 2007, a prestação de serviços de alimentação (…) foi prestada com base em contrato celebrado com o consórcio SUCH/Eurest, na sequência de um concurso público internacional, sendo que os termos e condições estabelecidos no concurso tendente à contratação, haviam já sido ditados pela imprescindível alteração do sistema de alimentação tradicional a quente, confeccionada nas instalações da unidade hospitalar, dadas as deploráveis condições físicas do espaço da cozinha e refeitório (…). Deste modo, no âmbito do concurso público aberto para o efeito, foi apreciada e escolhida entre as demais, a proposta apresentada pelo agrupamento, posteriormente associado sob a forma de consórcio, que apresentava uma alternativa de fornecimento, através de sistema de alimentação refrigerada"*[142];
- *"(…) o CA 2006-2010, deliberou em 28.09.2006, pela criação de um grupo de trabalho destinado à elaboração de uma proposta fundamentada para a abertura de concurso na área da alimentação, (…) daí resultando proposta datada de Janeiro de 2007, contendo pressupostos para abertura do novo concurso"*. Nessa proposta o grupo concluiu *"1. Que o próximo concurso de alimentação deve ter por objecto o fornecimento de serviços de alimentação diferida para doentes (…), prevendo o empratamento a frio e a regeneração da alimentação centralizados na cozinha da unidade"*;
- *"(…) paralelamente, viu nessa altura o CHVNGE a sua natureza jurídica alterada, por força (…) do Decreto-Lei n.º 50-A/2007, de 28 de Fevereiro, que o transformou em Entidade Pública Empresarial, integrando por fusão o Hospital Nossa Senhora da Ajuda de Espinho, (…) à qual não ficou, nem podia ficar, alheia a prestação de serviços de alimentação. (…) A reestruturação daquela Unidade teve impacto directo na aquisição de serviços de alimentação, uma vez que detinha cozinha e refeitório com confecção e quadro de pessoal próprios, tornando-se necessária a avaliação da externalização dos mencionados serviços, a incluir no concurso que, entretanto, se mantinha em preparação"*;
- *No início de 2008 concluíram-se estudos sobre a obras a realizar, designadamente na* cozinha, tendo então sido *"tomadas as opções referentes à preparação e laboração de documentos para lançamento de concursos públicos (…) de empreitada de cozinha e refeitório de pessoal, cujo estudo permitiu apurar que seria mais vantajoso separar do fornecimento de serviços de alimentação (…), tudo conforme resulta de documento do grupo de trabalho no qual foi exarada deliberação do CA, de 13.03.2008"*. Entretanto *"teve o respondente conhecimento, através de estudos e projectos da estrutura de missão Parcerias.Saúde, que o processo de construção do novo hospital de Gaia havia merecido avanços"*, tendo o CA do CHVNGE procedido à *"revogação das decisões concernentes à construção do refeitório"* por deliberação de 10 de Julho de 2009.

[142] Nota do Tribunal: Compulsado o processo do concurso, verificou-se que o n.º 8 do Programa do Concurso previa a possibilidade de apresentação de propostas alternativas, em que a prestação se efectuasse sem utilização das instalações da entidade adjudicante para confecção das refeições, apresentando refeições prontas a consumir (tipo *catering*), o agrupamento adjudicatário apresentou uma proposta alternativa, tendo sido o primeiro classificado de oito propostas apresentadas a concurso (4 propostas base e 4 propostas alternativas), naquela modalidade de prestação. O contrato e a primeira renovação, ao abrigo do referido concurso, foram visados em sessão diária de visto, respectivamente, de 3 de Junho de 2004 – proc.º n.º 803/04, e de 30 de Novembro de 2005 - proc.º n.º 2448/2005. A segunda renovação foi objecto de declaração de conformidade, homologada em sessão diária de visto de 12 de Abril de 2006 - proc.º n.º 449/2006.

Alegam, ainda, que *"ditou o princípio da boa gestão, sustentado em critérios de eficácia e eficiência, que os serviços de alimentação dos doentes continuassem a ser adquiridos ao actual prestador (…). Além do mais, as condições físicas das instalações sempre imporiam o estabelecimento da exigência de um sistema de alimentação refrigerada com preparação no exterior – na exacta medida do que vinha sendo prestado ao abrigo do Concurso Público – o que constituiria, por si só, uma limitação à apresentação de demais propostas, para além do actual prestador (…)."*. Consideram, também que *"constituindo condição essencial para a decisão de contratar (…) a impossibilidade de utilização das suas instalações, o recurso ao actual prestador, poderia, eventualmente, permitir o enquadramento em procedimento mediante escolha em função de critérios materiais (…), pelo ajuste directo"*.

Sobre a celebração, em Março de 2009, do protocolo de fornecimento de serviços de alimentação com o SUCH, sem sujeição às regras da contratação pública, e a continuação da colaboração da Eurest na execução deste protocolo, vêm os responsáveis do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia, EPE, alegar que:

- a *"outorga se fundamentou na necessidade de formalizar a contratação da prestação de serviços de alimentação"*;
- *"o contrato foi celebrado em conformidade com a doutrina constante dos Pareceres (…) emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, bem como ao abrigo do n.º 2 do artigo 5º do CCP"*;
- *"a colaboração da Eurest ao SUCH, constituirá uma eventual contratação entre estes, da qual o CHVNGE não é parte (…), nem competindo ao CHVNGE, fiscalizar os processos de contratação que o SUCH desencadeia para a satisfação das necessidades dos associados"*.

Informam, ainda, os responsáveis, por fax de 14 de Julho de 2010, em resposta a um pedido de esclarecimentos do Tribunal, fazendo prova disso, que *"(…) por deliberação do Conselho de Administração deste Centro Hospitalar, de 08.07.2010, foi tomada a decisão de contratar, autorizada a abertura e escolhido o procedimento por Concurso Público, tendente à aquisição de serviços de alimentação, encontrando-se o procedimento em fase de colocação para publicação na plataforma electrónica de aquisições em uso na instituição e competentes publicações oficiais"*.

Relativamente às alegações produzidas sobre a prestação de serviços de alimentação entre Março de 2007 e Fevereiro de 2009, pelo consórcio SUCH/Eurest, salienta-se que a factualidade elencada poderá, eventualmente, ser considerada em sede de avaliação da culpa e de graduação de multa, contudo não afasta a culpa nem a ilicitude da conduta, porquanto, também, não se vislumbra quer no Decreto-Lei n.º 197/99 (artigo 86º) quer no CCP (artigos 24º e 27º) qualquer fundamento para a realização de ajustes directos ao abrigo de critérios materiais, nem os alegantes concretizam qual o fundamento, de entre os elencados nas normas referidas, a que recorreriam.

Quanto ao argumento de que *"as condições físicas das instalações sempre imporiam o estabelecimento da exigência de um sistema de alimentação refrigerada com preparação no exterior – na exacta medida do que vinha sendo prestado ao abrigo do Concurso Público – o que constituiria, por si só, uma limitação à apresentação de demais propostas, para além do actual prestador (…)"* recorda-se os alegantes que naquele Concurso Público foram apresentadas 4 propostas alternativas, em que a prestação se efectuaria sem utilização das instalações da entidade adjudicante para confecção das refeições, apresentando refeições prontas a consumir (tipo *catering*), pelo que seria de esperar que, num novo concurso público, surgissem novas propostas.

Ainda relativamente às alegações sobre a prestação de serviços de alimentação naquele período, que apelam ao *"princípio da boa gestão"*, refira-se que, o gestor público tem de conseguir

demonstrar que obteve a melhor utilização possível dos recursos públicos, traduzida não só no melhor resultado ao mais baixo custo, mas também no respeito pelas regras estabelecidas. No caso concreto, o CHVNGE, não tendo respeitado o regime jurídico da contratação pública, também não logrou demonstrar que com a manutenção do mesmo prestador de serviços conseguiu a melhor utilização possível dos recursos públicos.

Quanto às alegações sobre a celebração, em Março de 2009, do protocolo de fornecimento de serviços de alimentação com o SUCH, remete-se para o já tratado nos pontos 7.5 e 7.6.1.2 do Relatório, acrescentando-se que o CHVNGE tinha conhecimento da continuação da participação da Eurest após a celebração do protocolo, sendo de concluir por um dos seus anexos (o IV[143]) e pelas actas das reuniões de acompanhamento da execução do Protocolo, que a Eurest continuava a prestar serviços no âmbito do referido Protocolo.

Contudo, considerando que nesta matéria nunca houve recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno no sentido de ser corrigido o procedimento adoptado, que perante a factualidade aduzida nas alegações se pode concluir que os responsáveis do CHVNGE não actuaram com dolo, e que o CHVNGE já iniciou um procedimento de aquisição de serviços ao abrigo do regime jurídico da contratação pública, conclui-se pelo preenchimento dos pressupostos para a relevação pelo Tribunal da eventual responsabilidade financeira sancionatória, constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto, no que respeita aos responsáveis do CHVNGE.

Sobre a eventual responsabilidade financeira sancionatório dos membros do Conselho de Administração do **Serviço de Utilização Comum dos Hospitais**, vêm os mesmos alegar que, apesar de considerarem que o SUCH não é organismo de direito público, para efeitos da aplicação das regras da contratação pública, e que o *"consórcio SUCH/Eurest prestou serviços de alimentação ao CHVNGE, no âmbito da subcontratação feita pelo SUCH, ao abrigo do disposto no protocolo celebrado com o CHVNGE (…) não estando aqui em causa nenhuma das situações elencadas no artigo 317º do CCP"* , argumentos que na sua opinião afastam a ilicitude da sua conduta, o SUCH tem reconhecido a importância da aplicação daquelas regras na sua actividade:

- Aprovando, *"(…) em, Março de 2008, um Regulamento de Contratação (…) que adopta e aplica, nas aquisições do SUCH a terceiros, as regras de contratação pública (…)"*[144];
- Celebrando com a Eurest, em 20 de Abril de 2009, uma adenda[145] *"(…) ao Contrato de Consórcio interno celebrado entre o SUCH e a Eurest, para efeitos de remodelação e reequipamento da cozinha e refeitório do Hospital de São João, bem como para (…) fornecimento de alimentação aos doentes e pessoal daquela instituição hospitalar (…)"*[146]. *"No âmbito da referida adenda, passou a abranger-se (transitoriamente) no objecto do Contrato de Consórcio a prestação de serviços de alimentação a doentes e pessoal do CHVNGE, a partir de 1 de Abril de 2009, que tinha sido cometida ao SUCH – com previsão expressa da possibilidade de subcontratação (cfr Cláusula 2ª) – através do Protocolo celebrado entre este e o CHVNGE em 19 de Março de 2009."*;
- *"(…) tendo em conta a nova política adoptada no sentido de submeter a subcontratação de terceiros, para efeitos de prestação de serviços que lhe tenham sido confiados por ajuste directo pelos seus associados, o Conselho de Administração do SUCH deliberou no sentido de que a atribuição ao consórcio SUCH/Eurest devia ser excepcional e transitória, prevendo-se*

[143] Relativo ao "inventário de equipamento e material diverso" do CHVNGE e do Consórcio.
[144] Referenciado, também, no Anexo II, ponto 2.2.- i).
[145] Junta como doc. n.º 8 junto às alegações.
[146] Sobre este assunto, vide ponto 11.1 – Hospital de São João, EPE - Prestação de serviços de alimentação.

especificamente na referida adenda que "se mantém em vigor até à conclusão de um novo procedimento de contratação, a lançar pelo CHVNGE, cessando em qualquer caso, no dia 31 de Dezembro de 2010" (cfr. cláusula 5ª da adenda)".

Sobre a qualificação do SUCH como organismo de direito público, remete-se para o ponto 7.6.2.2.-i).

Quanto à invocação do artigo 317º do CCP, refira-se que, embora o argumento tenha correspondência com a letra da lei, a interpretação da mesma deve ser feita, também, tendo por referência o elemento sistemático, sendo que este último nos indica que as normas que regulam a formação e a execução dos contratos públicos, incluindo a parte III do CCP, foram especialmente concebidas para as situações que seguem o regime regra, sendo a contratação *in house*, invocada pelo SUCH e pelos seus associados, uma excepção ao regime regra. Assim, a aplicação das normas da parte III do CCP, como o artigo 317º, aos contratos celebrados *in house* deve ter em atenção a sua excepcionalidade, sendo que, a possibilidade de subcontratação por uma entidade adjudicatária de contratos *in house*, sem precedência dos procedimentos de contratação pública aplicáveis seria uma forma de falsear o próprio regime dos contratos públicos, uma vez que, deste modo, tal regime poderia nunca ser aplicado na escolha de uma entidade exterior à relação *in house*.

Acresce que as razões que levam a impedir a subcontratação quando a escolha do co-contratante tenha sido determinada por ajuste directo, nos casos em que só possa ser convidada uma entidade[147], se podem estender às situações em que há contratação *in house*, uma vez que se a entidade adjudicante escolhe a entidade adjudicatária em razão da relação especial existente, se a adjudicatária cede a sua posição contratual a outrem, deixaria de haver fundamento para a adjudicação *in house*, devendo a entidade adjudicante aplicar *ab initio* o regime geral da formação dos contratos públicos.

Aliás, do próprio Regulamento de Contratação, invocado pelos alegantes, decorria já *"que o recurso ao outsourcing, por parte do SUCH, no âmbito da execução de tarefas que lhe tenham sido atribuídas pelos seus associados por ajuste directo, deve ser sujeito às regras da contratação pública"*[148] (*vide* considerando 9º da adenda junta às alegações), o que nunca foi feito, nesta e noutras situações apontadas no Relatório.

Considerando, porém, que:

- O próprio CHVNGE já iniciou um procedimento de contratação pública tendente à aquisição dos serviços em causa;
- Nesta matéria nunca houve qualquer recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno no sentido de o SUCH aplicar os procedimentos de contratação pública em situações com as agora em análise;

[147] Proibição estabelecida no artigo 317, n.º1, al. a), do CCP. Se nestes casos se verificasse subcontratação deixava de existir fundamento para aquele ajuste directo uma vez que outras entidades podiam ter sido, desde o início, convidadas para prestarem o serviço ou para fornecerem o bem subcontratado.

[148] Da cláusula 2ª, n.º1, al. b), do Regulamento de Contratação, que estabelece que refeido regulamento não se aplica *"À formação de contratos cujas prestações se destinem à execução de contratos celebrados entre o SUCH e uma entidade adjudicante sem observância de um procedimento aberto à concorrência, desde que os fundamentos que determinaram, nos termos da lei, a adopção de um procedimento não concorrencial sejam extensíveis aos contratos a celebrar pelo SUCH com terceiros"* resulta*, a contrario,* aquela interpretação.

- Por adenda ao contrato de consórcio celebrada entre o SUCH e a Eurest, a colaboração desta apenas se mantém em vigor até à conclusão de um novo procedimento de contratação, a lançar pelo CHVNGE, cessando em qualquer caso, no dia 31 de Dezembro de 2010,

considera-se estarem, também, reunidos, nesta situação, os pressupostos para a relevação pelo Tribunal da eventual responsabilidade financeira sancionatória, constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.ºs 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto, relativamente aos membros do Conselho de Administração do SUCH.

A gestão e tratamento de resíduos

Em 19 de Dezembro de 2003 foi celebrado um protocolo com vista à instalação de uma central de autoclavagem, pelo SUCH, para tratamento de resíduos hospitalares[149] dos seus clientes, numa parcela de terreno afecta à unidade hospitalar Eduardo Santos Silva[150]. Acessoriamente, o SUCH obrigou-se a satisfazer as necessidades do CHVNGE[151], tratando, mediante remuneração, de todos os seus resíduos hospitalares perigosos. A central iniciou a sua actividade em Junho de 2006.

Como contrapartida da utilização da área cedida, o SUCH tem pago ao CHVNGE uma comissão de 5% sobre a facturação emitida a outras entidades referente aos resíduos tratados naquela central de autoclavagem.

Nos termos do protocolo, o fornecimento das energias consumidas (água, vapor e electricidade) na central seria realizado pelo Centro Hospitalar, mediante reembolso do SUCH. Verificou-se que o fornecimento de vapor e de água para utilização industrial tem sido assegurado por meios próprios do SUCH. A água para os balneários e a energia eléctrica, por seu lado, têm sido fornecidas pelo CHVNGE.

Questionados os serviços do CHVNGE pelos montantes reembolsados pelo SUCH no que concerne às energias fornecidas pelo Centro Hospitalar, verificou-se que o CHVNGE, desde o início da actividade da central, não procedeu à facturação de qualquer importância. Em consequência, esta actividade económica do SUCH tem estado a ser parcialmente financiada pelo Centro Hospitalar, com prejuízo para o Erário Público.

Apenas em 30 de Abril de 2010, o CHVNGE emitiu facturas para efeito de reembolso das quantias em dívida pelo SUCH desde Junho de 2006 (€ 13.676,88 – energia eléctrica; € 6.123,60 – água). As quantias facturadas pelo CHVNGE foram estimadas, pelo que podem não corresponder efectivamente aos consumos realizados.

Sobre a forma de cálculo das quantias facturadas pelo CHVNGE, vêm os responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais informar que tal *"(…) o SUCH, (…) instalou, desde o início, o contador de água nos balneários e o contador de energia eléctrica (…). O consumo de energia eléctrica teve que ser aferido a partir da totalidade de Kg de resíduos tratados, pois a dada altura (…), o contador descalibrou-se e deixou de apresentar contagens fiáveis. Detectado este problema, calibrou-se o contador e aferiram-se os consumos unitários de energia eléctrica consumida por Kg de resíduo tratado e, com recurso à estatística de laboração da central, chegou-se ao valor total."*.

[149] A autoclavagem consiste num tratamento que mantém o material contaminado a uma temperatura elevada e em contacto com vapor de água, durante um período de tempo suficiente para destruir potenciais agentes patogénicos ou reduzi-los a um nível que não constitua risco.
[150] A minuta de acordo foi aprovada por despacho do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, de 5 de Novembro de 2003.
[151] À época da celebração não integrava a unidade hospitalar de Espinho.

A não arrecadação das receitas devidas no âmbito da execução do contrato pode configurar uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração do CHVNGE, nos termos dos artigos 60º e 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por violação dos artigos 13º, alínea g), do regime jurídico da gestão hospital aprovado pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro, e 6º, n.º 1, alínea p), do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, enquanto entidade do Sector Público Administrativo[152], e dos artigos 7º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e 7º, n.º 1, alínea r), dos Estatutos aprovados pelo mesmo Decreto-Lei, enquanto entidade pública empresarial. Contudo, considerando que os responsáveis do CHVNGE apenas tomaram conhecimento daquela falha no âmbito da auditoria, tendo já diligenciado no sentido da arrecadação dos valores em dívida, ainda que estimados, conclui-se que os mesmos não actuaram nem com dolo nem com nem com culpa, o que afasta a efectivação de eventual responsabilidade financeira reintegratória e sancionatória.

No âmbito do contraditório, os responsáveis do CHVNGE informaram, ainda, que diligenciaram, junto do respectivo departamento técnico, no sentido de serem instalados contadores nos espaços contratualmente ocupados por terceiros, recebendo informação *"dando conta de dificuldades técnicas"*, quanto a essa instalação. *"Posteriormente, (…) quando foi possível a sua efectivação, ter-se-á verificado descalibragem dos contadores, deixando os mesmos de apresentar contagens fiáveis"*.

Sendo necessária a área onde se encontra instalada a central de autoclavagem para a construção do novo hospital, o Conselho de Administração notificou o SUCH da sua intenção de revogar o protocolo, instando a Associação a desocupar o espaço até ao dia 31 de Outubro de 2010.

Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE

Em Agosto de 2007, o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, (CHLO) celebrou com o SUCH um contrato de prestação de serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas, no valor de € 1.130.942,00[153], cujo prazo terminava a 31 de Dezembro de 2008. O contrato foi renovado em 2009, pelo valor de € 911.729,40.

Para assegurar o cumprimento parcial do contrato, o SUCH subcontratou, desde logo e sem a realização de qualquer procedimento concorrencial, o SUCH-DALKIA, Serviços Hospitalares, ACE[154], pelo valor inicial de € 286.624,00. Em 2009, o valor da subcontratação foi de € 250.814,40.

A não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em 2007, o concurso público internacional, conforme artigo 13º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e artigos 80º, n.º 1, 191º, n.º 1, alínea b) e 194º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Julho, e, em 2009, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, conforme artigos 2º, n.º 2, 5º, n.º 3, alínea b), e 20º, n.º1, alínea b)

[152] O Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho foi transformado em entidade pública empresarial a partir de 1 de Março de 2007 (artigo 10º do Decreto-Lei n.º 50-A/2007, de 28 de Fevereiro).
[153] 17 meses de prestação.
[154] O ACE, inicialmente designado por SUCH-EMIAC – Serviços Hospitalares, ACE, foi constituído em 1996, encontrando-se matriculado na Conservatória do Registo Comercial de Cascais (matrícula n.º 5 – Oeiras) desde 1996. Em 2000, o ACE alterou a firma de SUCH-EMIAC – Serviços Hospitalares, ACE, para SUCH-DALKIA – Serviços Hospitalares, ACE. Este ACE, ao contrário dos posteriormente constituídos pelo SUCH para os serviços partilhados e na área da gestão de resíduos, tem capital próprio (€ 150.000,00), sendo de 50% a participação de cada uma das entidades que o compõem – o SUCH e a Dalkia-Empresa de Serviços, Condução e Manutenção de Instalações Técnicas, SA.

do CCP, pode configurar uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração do SUCH e relativamente aos membros do Conselho de Administração do CHLO, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

De referir, que o Conselho de Administração do SUCH, com base em parecer jurídico[155], deliberou, em 2 de Abril de 2009, *"Encarregar o Somos Equipas de se substituir aos trabalhos assegurados pelo SUCH-Dalkia, ACE, a pedido do SUCH, nomeadamente na área da Manutenção de Equipamentos (…)"* e *"(…) o Gabinete Jurídico da preparação formal das adendas ou notificações de rescisão de eventuais sub-contratos"* com aquela entidade. No âmbito da execução do contrato celebrado com o CHLO, esta deliberação foi executada com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2010.

Sobre a situação identificada, invocam os responsáveis do CHLO, EPE, a licitude da adjudicação e da renovação do contrato de prestação de serviços ao SUCH, tendo em consideração o objecto estatutário do SUCH, os pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República e o artigo 5º, n.º 2, do CCP, e, relativamente à subcontratação do SUCH-DALKIA, ACE, pelo SUCH, a autonomia jurídica desta Associação, da qual resulta que *"será manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer ilícito omissivo aos membros do Conselho de Administração do CHLO, subjacente à afirmação, constante do Relato de Auditoria"*, de que *"era exigível às entidades públicas adjudicantes que junto da Associação (o SUCH), garantissem o cumprimento por esta dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública"*. Acrescentando que *"inexiste qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLO o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros."*.

Informam, ainda, os responsáveis, que o CHLO encontra-se a ultimar a preparação de um procedimento concursal, com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, tendente à aquisição dos serviços em causa.

Sobre a inexistência de um dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros pelas entidades públicas adjudicantes, remete-se para o ponto 7.6.1.2i)., onde se considerou que o especial dever de vigilância das entidades públicas adjudicantes funda-se, precisamente, na obrigação de, no âmbito das especiais relações invocadas pelo SUCH e pelos respectivos associados, a entidade adjudicante dever exercer um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, garantindo, designadamente, a legalidade dos procedimentos adoptados.

Contudo, considerando que nesta matéria nunca houve recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno no sentido de serem implementados mecanismos de controlo de situações como as analisadas, que os responsáveis do CHLO actuaram convictos de que não tinham nenhum dever especial de controlo da actividade do SUCH, e que o CHLO já iniciou um procedimento de aquisição de serviços ao abrigo do regime jurídico da contratação pública, conclui-se pelo preenchimento dos pressupostos para a relevação pelo Tribunal da eventual responsabilidade financeira sancionatória, constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto, no que respeita aos responsáveis do CHLO.

[155] Parecer sobre o Enquadramento geral das actividades desenvolvidas no âmbito do SUCH-DALKIA, ACE, à luz das normas sobre contratação pública, de 2 de Abril de 2009.

Insta-se, no entanto o CHLO a lançar, com a maior brevidade, o procedimento concursal que informou encontrar-se a ultimar e a apresentar provas do mesmo ao Tribunal.

Quanto à eventual responsabilidade financeira dos membros do CA do SUCH, alegam estes em geral o já referido nos pontos 7.6.2.1 e 7.6.2.2 e, em especial, que tratando-se, aqui, de uma verdadeira subcontratação, e "*não estando em causa nenhuma das limitações previstas no artigo 317º do CCP, verifica-se que tal procedimento foi feito em conformidade com a lei.*". Sobre a invocação deste preceito do CCP, remete-se, também, para o já atrás referido sobre a prestação de serviços de alimentação ao Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE, relativamente à qual o SUCH invocou o mesmo argumento.

Contudo, considerando que:

- O próprio CHLO se encontra a ultimar a preparação de um procedimento concursal, com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, tendente à aquisição dos serviços em causa;
- Nesta matéria nunca houve qualquer recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno no sentido de o SUCH aplicar os procedimentos de contratação pública em situações com as agora em análise;
- Na sequência de parecer jurídico questionando a legalidade da subcontratação ao SUCH-DALKIA, ACE, o Conselho de Administração do SUCH, deliberou, em 2 de Abril de 2009, "*Encarregar o Somos Equipas de se substituir aos trabalhos assegurados pelo SUCH-Dalkia, ACE, a pedido do SUCH, nomeadamente na área da Manutenção de Equipamentos (…)"* e *"(…) o Gabinete Jurídico da preparação formal das adendas ou notificações de rescisão de eventuais sub-contratos"* com aquela entidade."e que, no âmbito da execução do contrato celebrado com o CHLO, aquela deliberação foi executada com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2010;

conclui-se estarem, também, reunidos, nesta situação, os pressupostos para a relevação pelo Tribunal da eventual responsabilidade financeira sancionatória, constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.ºs 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto, relativamente aos membros do Conselho de Administração do SUCH.

Centro Hospitalar do Nordeste, EPE

Em 2008, o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos das três unidades hospitalares que constituem actualmente o CHNE, foi prestado por diferentes entidades. O SUCH prestou o serviço ao Hospital de Macedo de Cavaleiros e ao Hospital de Mirandela e uma empresa privada ao Hospital de Bragança.

Considerando a possibilidade de obter ganhos nos custos unitários, pelo serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos, que vigoravam nos diferentes contratos em vigor, pela junção, num único contrato, daquele serviço, o CHNE procedeu, em 2008, à abertura de um procedimento de consulta prévia[156] para a aquisição de serviços de recolha, transporte e tratamento de resíduos para o ano de 2009.

Para tal, no dia 1 de Outubro de 2008, endereçou convites a três entidades (SUCH e duas empresas privadas) para que apresentassem preços para o fornecimento em causa até 21 de Outubro de 2008. Da análise das propostas apresentadas, concluiu-se que a empresa privada que prestou o serviço em causa na unidade hospitalar de Bragança apresentou a melhor proposta, no total de

[156] Consulta prévia n.º 67009/2008.

€ 81.018,00, e que era 16,3% inferior ao preço proposto pelo SUCH (€ 96.770,00). A proposta da referida empresa para o ano de 2009 representava uma redução de custos totais de 7% relativamente aos encargos com o tratamento de resíduos das três unidades hospitalares em 2008 (€ 86.849).

Posteriormente, a 12 de Março de 2009, o CHNE endereça às duas entidades que apresentaram melhores propostas (SUCH e a empresa privada que prestou serviços em 2007 na unidade hospitalar de Bragança) uma comunicação para que *"(...) até ao dia 18/03/2008."* melhorassem a proposta apresentada.

Em resposta ao solicitado pelo CHNE, o SUCH envia uma nova proposta de preços, no total de € 70.218, 27,4% inferior à primeira proposta e a referida empresa apresenta o valor de € 69.210, 14,6% inferior à apresentada inicialmente.

Com base nestas últimas propostas o Departamento de Compras e Logística propôs a adjudicação ao SUCH tendo em conta *"(...) a condição de associado (…)"* e que o custo das propostas *"(...) estão semelhantes (…)"*. Sobre essa Proposta o CA do CHNE deliberou, em 18 de Junho de 2009, no sentido de encarregar o Responsável do referido Departamento de renegociar novamente o preço, dada a proximidade das propostas.

Posteriormente, através de fax de 11 de Setembro de 2009, o SUCH vem apresentar uma nova proposta que iguala o preço da 2ª proposta da referida empresa (€ 69.210), não havendo no processo qualquer evidência de consulta ou negociação com a empresa privada após a deliberação do CA de 18 de Junho de 2009. No próprio dia 11 de Setembro de 2009, o Departamento de Compras e Logística propõe a adjudicação do serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos ao SUCH, considerando que as propostas do SUCH e da referida empresa *"(...) estão iguais (…)"* e *"(...) tendo em conta a condição de associados do SUCH"*.

No dia 13 de Outubro de 2010 o CA do CHNE adjudicou o serviço ao SUCH.

Em sede de contraditório, o Conselho de Administração do CHNE refere que *"(…) Não é verdade, como conclui o TC, que se tenha excluído da última fase de negociação a empresa concorrente. O CHNE chamou a negociações ambos os concorrentes, sendo que a Direcção Comercial da empresa Ambimed, aquando da apresentação da revisão à proposta inicial, informou desde logo, que não tinha condições para ir além dos descontos que apresentava, enquanto o SUCH manifestou disponibilidade para melhorar a proposta (…) tendo igualado a melhor proposta apresentada"*.

Sucede, porém, que:

a) O CHNE não veio juntar qualquer comprovativo da alegada recusa da referida empresa em renegociar o preço da sua 2ª proposta;
b) Da análise aos documentos constantes do processo, incluindo da revisão à proposta inicial da referida empresa, verificou-se não existir nenhuma referência ao alegado pelo CA do CHNE, nomeadamente a menção de "proposta final" ou qualquer menção a recusa em renegociar novamente os preços;
c) Não existir no processo evidência de consulta ou negociação com aquela empresa na última fase de negociação;

Termos em que se mantêm todas as observações e conclusões formuladas.

Note-se que, mesmo nas situações em que os processos de aquisição se encontram excluídos da aplicação do regime de formação dos contratos públicos, tendo designadamente em consideração a natureza jurídica de entidade pública empresarial e o valor dos contratos, por via designadamente do disposto no artigo 13º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e, posteriormente, do artigo 5º, n.º 3, do CCP[157], as entidades públicas adjudicantes encontram-se vinculadas aos princípios, da prossecução do interesse público, da igualdade, da imparcialidade e da transparência que devem nortear as relações entre a Administração Pública e os administrados, bem como aos princípios da boa gestão dos recursos públicos. Na situação em análise, o CHNE, ao excluir da última fase de negociação a empresa que apresentou as melhores propostas, não respeitou os referidos princípios.

Da análise do processo é possível retirar as seguintes conclusões:

1. Desde 21 de Outubro de 2008 que o CHNE dispunha de uma proposta que lhe permitiria, previsivelmente, reduzir os custos com o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos em 2009, em 7% (melhor 1ª proposta apresentada no âmbito da consulta realizada)[158].
2. Por não ter procedido à adjudicação dessa melhor proposta, até à data de adjudicação (Outubro de 2009), e mantido em vigor os contratos e preços de 2008, estima-se que o CHNE suportou custos desnecessários com o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos em 2009, de € 4.859,17 (quantidade estimada de resíduos tratados no CHNE até Outubro de 2009 x preços unitários da melhor 1ª proposta – custos totais estimados até Outubro de 2009)[159].
3. Considerando as 2ª´s propostas apresentadas, datadas de Março de 2009, estima-se que o CHNE suportou custos desnecessários com o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos até Outubro de 2009, de € 10.610,25 (quantidade estimada de resíduos tratados no CHNE de Abril a Outubro de 2009 x preços unitários da melhor 2ª proposta – custos totais estimados em 2009 no período).
4. Não tendo dado a oportunidade de rever o preço da prestação do serviço, em Setembro de 2009, à empresa que havia apresentado as melhores propostas até àquele momento, o CHNE não se assegurou de que iria adquirir o serviço ao melhor preço possível.
5. A tramitação e demora do procedimento de consulta para o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos do CHNE em 2009 é reveladora de negligência na gestão dos recursos públicos;
6. O SUCH, numa situação de concorrência, baixou em cerca de 40% (de € 96.770 para € 69.210) o valor da proposta inicialmente apresentada.

No exercício do direito do contraditório, vieram os responsáveis pelo CA do CHNE alegar o seguinte:

" (…)

Caso o CHNE tivesse adjudicado, logo após a recepção das 1ªs propostas em Outubro de 2008, teria efectivamente poupado no ano de 2009 relativamente a 2008 (quantidades reais) o montante de € 4.468, correspondente a uma redução de 6%, não sendo acusado de qualquer negligência. Mas, em contrapartida, teria perdido a poupança de € 14.692, correspondentes a uma redução de 19%, que foi obtida nas negociações havidas posteriormente e que, como é óbvio, embora conduzindo à

[157] Nos termos do qual "*A parte II do presente Código não é igualmente aplicável à formação dos contratos, a celebrar pelos hospitais E. P. E.: a) De empreitada de obras públicas cujo valor seja inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e 31 de Março; b) De locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços cujo valor seja inferior ao referido na alínea b) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março*".

[158] Mapa comparativo das propostas apresentadas do departamento de hotelaria e apoio geral do CHNE.

[159] Dados do CHNE.

diminuição de preços unitários também contribuiu para o arrastar do processo, pelo que a considerada atitude negligente conduziu a um incremento total de poupança de cerca de € 10.000.

Por o SUCH deter uma "estrita vinculação da respectiva actividade à realização das atribuições dos associados públicos", (…) por o CHNE ser associado do SUCH, por o SUCH revestir a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, (…) por todo o historial de relacionamento comercial com o CHNE, pelo Know-how que detém, é considerado pelo CHNE como um parceiro privilegiado na contratação de serviços (…) Para além dos motivos apontados subsistem ainda motivos financeiros: o CHNE, pelas dificuldades económicas e financeiras que vem sentido, tem apresentado resultados fortemente negativos, com as inerentes dificuldades de tesouraria, pelo que tem vindo a protelar o pagamento a vários fornecedores como forma de financiamento, sendo que é ao SUCH que se verifica a maior dívida (…) No entanto, nunca foram cobrados juros de mora pelo SUCH, nem suspensas as prestações de serviços, o que só é possível pelos motivos apontados e impossível de se verificar com os restantes fornecedores (…).

De qualquer forma, o facto de ser considerado um parceiro privilegiado, tem, por parte deste CHNE no caso em apreço, apenas o significado de ser concedida preferência ao SUCH sobre outros concorrentes, em casos de semelhança de condições oferecidas, sendo as negociações concluídas com a última auscultação ao SUCH".

Apreciando o alegado pelo CA do CHNE, importa, desde logo, referir que os montantes de custos e poupanças constantes do Relatório foram calculados com base na previsão de consumos para 2009 e são os que relevam para a análise efectuada por terem sido os que suportaram a decisão de contratar do CA do CHNE (quantidades apresentadas em caderno de encargos, nos mapas comparativos das propostas e nas propostas de adjudicação). Os montantes de custos e poupanças constantes do contraditório do CHNE foram calculados com base em consumos reais que, à data de trabalho de campo no CHNE (Outubro de 2009) e da tomada de decisão da adjudicação ao SUCH, não estavam disponíveis.

Verifica-se ainda que as poupanças agora reclamadas pelo CA do CHNE (€ 14.692,00) foram calculadas como se o CHNE tivesse beneficiado dos preços unitários constantes da 3ª proposta do SUCH (que igualou os preços unitários da 2ª proposta da empresa privada) desde o início de 2009, o que, obviamente, não aconteceu. Deste modo, considerando que o objecto do contrato consistia na prestação de serviços de recolha, transporte e tratamento de resíduos durante o ano de 2009 e que o mesmo só foi adjudicado em Outubro de 2009 só poderiam ter sido calculadas poupanças relativas a 3 meses de consumo e não de 12 meses, pelo que reiteram-se as conclusões de que o CHNE suportou custos desnecessários com aquele serviço em 2009 e de negligência na gestão de recursos públicos por o CHNE dispor de uma proposta com os melhores preços unitários desde Março de 2009 e só ter adjudicado o serviço em Outubro de 2009 quando o SUCH igualou os preços unitários daquela proposta da empresa privada.

Quanto ao facto do CA do CHNE considerar o SUCH como parceiro privilegiado e de lhe ser concedida preferência sobre outros concorrentes, em casos de semelhança de condições oferecidas, remete-se para o ponto 10 do presente Relatório e reafirma-se que as entidades públicas encontram-se vinculadas aos princípios, da prossecução do interesse público, da igualdade, da imparcialidade e da transparência que devem nortear as relações entre a Administração Pública e os administrados, pelo que não se aceita que, em qualquer procedimento de contratação, se possa considerar "(…) *ser associado do SUCH, (…) o SUCH revestir a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, (…) o historial de relacionamento comercial com o CHNE* (…) e

nunca ter cobrado juros de mora (…)" possam constituir factores de desempate, como resulta das alegações do CA do CHNE, no que respeita à escolha e adjudicação de propostas.

Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE

Prestação de serviços de tratamento e lavagem de roupa

Desde 1989[160] que o SUCH, através da exploração da lavandaria dos HUC, assegura a lavagem, tratamento, recolha, distribuição e transporte da roupa hospitalar dos HUC.

O preço por Kg de roupa lavada tem sido revisto anualmente desde essa data por acordo entre as partes, tendo-se verificado que o CA dos HUC negoceia efectivamente as actualizações de preços propostas pelo SUCH, tendo inclusive obtido significativas reduções nas actualizações de preços propostas pelo SUCH[161].

Foi ainda contratado entre as partes que o SUCH seria responsável pelo pagamento de todas as despesas de exploração da lavandaria[162], nomeadamente os consumos de água, electricidade e vapor, competindo aos HUC a instalação de contadores para medição dos respectivos consumos.

Em trabalho de campo verificou-se que os HUC, mensalmente, procedem à contagem dos consumos de água e electricidade da lavandaria e estimam uma contagem de vapor em função do consumo dos equipamentos por não disporem de um contador para o efeito. Os custos apurados com o funcionamento da lavandaria são posteriormente enviados ao SUCH que os deduz à facturação mensal emitida aos HUC pelo serviço de lavagem e tratamento de roupa.

Com referência a 2008, verifica-se que os custos estimados com o consumo de vapor (€ 253.425,71) representaram 56% dos custos totais com os consumos energéticos da lavandaria (€ 453.215,93), pelo que é urgente a instalação de um contador que possa aferir exactamente os consumos de vapor na lavandaria de modo a conhecer o valor real dos consumos efectuados.

Nos termos do contrato, o SUCH utiliza a lavandaria para prestar serviços a outras entidades, sendo que o preço pago por kg de roupa tratada dos HUC deverá ser *"(…) inferior ao mínimo pago pelos restantes utentes da lavandaria."*. Em trabalho de campo verificou-se que o SUCH efectivamente utiliza a lavandaria dos HUC para prestar serviços a outras entidades. No entanto, os HUC não se asseguraram de que o preço por kg de roupa que actualmente pagam é, de facto, inferior ao cobrado pelo SUCH às outras entidades a quem presta serviços.

Em sede de contraditório, o CA dos HUC refere que *"(…) Para suprir esta lacuna foi solicitado ao SUCH informação sobre os preços acordados com as instituições que utilizam a lavandaria dos HUC (…)* e que *(…) vai ser efectuada uma consulta ao mercado com o objectivo de proceder à instalação de contadores, adequados às condições de pressão e temperatura verificadas, que permitam aferir os consumos de vapor."*.

A este respeito o CA do SUCH refere, também, que *"(…) o SUCH tem cumprido o previsto contratualmente, assegurando junto dos HUC que o preço por kg de roupa tratada cobrado é inferior ao pago pelas restantes entidades utilizadoras da lavandaria (…)"*.

[160] Contrato n.º 17/89/99.
[161] Em 2008 o SUCH propôs inicialmente uma actualização de 2,8% e após negociação a actualização ficou-se pelos 2,1%.
[162] Os HUC fornecem a água, electricidade e o vapor necessários ao funcionamento da lavandaria contra o reembolso dos respectivos custos.

Prestação de serviços informáticos

Os HUC celebraram, em 1999, um contrato com o SUCH[163] para a colocação de pessoal no serviço de informática dos HUC, que foi sucessivamente renovado até ao final de 2003. Em 12 de Novembro de 2003, e em moldes semelhantes ao anterior contrato, os HUC celebraram com o SUCH um protocolo que visava a continuação da prestação do serviço para 2004.

Desde 1999 que o pessoal destacado pelo SUCH, em permanência, nos HUC[164], cumpre um horário, executa tarefas semelhantes às dos outros funcionários do serviço de informática dos HUC, com os meios que os HUC põem ao seu dispor e sobre a direcção do responsável dos HUC pelo serviço de informática.

Da análise do protocolo para 2004, que tem vindo a ser anualmente renovado até à data, verifica-se que o valor da prestação mensal do mesmo (€ 11.800,21 + IVA) é justificado com a soma de salários base, subsídios de alimentação, encargos com a taxa social única, seguros de acidentes de trabalho e de grupo, subsídio de turno e encargos gerais e benefícios relativos a quatro trabalhadores.

O próprio clausulado do protocolo faz depender a actualização anual do valor da prestação mensal do protocolo de alterações nas condições remuneratórias do pessoal destacado nos HUC[165].

Para além da situação acima descrita configurar uma relação de contrato de trabalho com os HUC e não uma prestação de serviços, pode conclui-se que:

a) Os custos com pessoal estão subavaliados por contrapartida da conta de fornecimentos e serviços externos;
b) Os HUC suportaram custos desnecessários com os encargos gerais e benefícios do SUCH (20%) e com o IVA, que no ano de 2008 foram de € 63.905,87[166].

Ainda a este propósito, importa referir que o CA dos HUC iniciou um procedimento que visa a regularizar esta situação através da celebração de contratos com o pessoal em causa, pondo cobro a uma situação que onera os recursos públicos desnecessariamente.

Em sede de contraditório, o CA dos HUC referiu que *"(…) A partir do momento em que foi possível celebrar contratos individuais de trabalho (CIT) (…) os protocolos com o SUCH foram denunciados e procedeu-se à celebração de CIT com os técnicos de informática"*.

Ainda a este propósito, o CA do SUCH informou, em contraditório, que *"(…) se trata de uma situação descontinuada desde 31 de Dezembro de 2009, tendo todos os colaboradores cessado funções por iniciativa própria. O conselho de administração do SUCH deliberou em 8 de Junho de 2006 no sentido de descontinuar os serviços denominados Apoios não Especificados que o SUCH historicamente prestava por solicitação dos associados"*.

Face ao exposto, e não tendo sido invocados facto susceptíveis de alterar a análise efectuada, reiteram-se as conclusões.

[163] Contrato n.º 49/99/99.
[164] Os funcionários colocados pelo SUCH nos HUC são os mesmos desde o início do contrato, sendo que com o decorrer do tempo foram acrescidos mais colaboradores ao contrato inicialínea
[165] N.º 5 da cláusula 7º do protocolo.
[166] Estimativa calculada com base no valor total facturado deduzido do iva e dos encargos gerais e benefícios do SUCH.

Administração Central do Sistema de Saúde, IP

O Instituto de Gestão Financeira e Informática da Saúde (IGIF) solicitou ao SUCH a apresentação de uma proposta para a prestação de serviços de gestão de obra, consulta ao mercado e acompanhamento da execução da obra de remodelação do piso 0 do edifício da Avenida da República, n.º 61, Lisboa.

Para a execução daqueles serviços o SUCH apresentou a proposta n.º 11/2007, de 19 de Fevereiro, no valor de € 13.127,40, acrescido de IVA à taxa legal em vigor, que obteve despacho favorável do CA do IGIF.

Posteriormente, após quantificar os montantes estimados com a execução da referida obra, o SUCH procedeu à abertura de um concurso público para a componente de construção civil e de dois concursos limitados para a execução das instalações mecânicas e execução das instalações eléctricas e telefónicas[167].

Em resultado daquelas consultas ao mercado o SUCH seleccionou as seguintes propostas[168]:

- Construção civil e estrutura - € 162.718,74, da empresa Casa dos Asfaltos/Isolfrei, Lda.
- Instalações mecânicas - € 26.569,23, da empresa Luseca, Sociedade de Construções, S.A.
- Instalações eléctricas - € 29.690,41, da empresa Voltagem, Instalações Técnicas Especiais, S.A.

Apesar de se tratar de uma empreitada executada exclusivamente com recurso àqueles subcontratos, o SUCH propôs[169] à Administração Central do Sistema de Saúde, IP (ACSS)[170], a 21 de Dezembro de 2007, a realização da referida obra pelo montante de € 240.876,41, ou seja, mais 10% do que o valor que resultou das propostas seleccionadas no âmbito das consultas ao mercado (€ 218.978,38).

Através de despacho de 28 de Julho de 2008, exarado sobre a Informação n.º 298/08 – GAG, de 23 de Julho, o CA da ACSS autorizou a adjudicação ao SUCH da referida prestação de serviços.

Ora, tendo o SUCH sido remunerado pelo serviço de gestão de obra, fiscalização de obra e realização da consulta ao mercado no âmbito da proposta n.º 11/07, de 19 de Fevereiro, e o custo da execução física da obra ser exclusivamente o resultado de consultas ao mercado, a ACSS devia ter-se assegurado que o preço proposto pelo SUCH não incluía qualquer acréscimo sobre as propostas seleccionadas.

Não o tendo feito, pode-se concluir-se que a ACSS suportou custos adicionais com a execução física da obra, no total de € 21.898,03[171].

---

[167] De acordo com a Informação n.º DRS-42-07, de 10 de Outubro, *"(…) a exemplo do que tem sucedido em situações anteriores de obras de grande porte, se torna mais correcto, por razões técnicas, proceder à organização de processos por especialidades envolvidas (…)* e que *(…) ao se proceder à abertura de um único concurso, englobando todas as especialidades, corre-se o risco de poderem aparecer subempreiteiros considerados, tecnicamente menos apropriados, comprometendo o rigor de execução dos trabalhos, a nível de qualidade. Há ainda a registar o facto desta metodologia permitir, quase sempre, adjudicações de menor custo (…)".*

[168] Valores sem IVA.

[169] Proposta n.º 45/07.

[170] Instituto Público que sucedeu ao IGIF.

[171] Face ao tempo que mediou entre as consultas ao mercado efectuadas pelo SUCH e a adjudicação da obra pela ACSS, IP, o valor proposto por duas das empresas consultadas foram alterados para € 32.307,45 e € 29.772,06. O SUCH suportou aquele aumento não o tendo reflectido no preço inicialmente proposto à ACSS, IP. Deste modo, a margem de lucro do SUCH prevista com a execução física da obra foi de 7,2% e os custos desnecessários suportados pela ACSS, IP, de € 16.078,16.

11.2. O caso específico da instalação e exploração das centrais de cogeração

Confirmou-se, durante os trabalhos preparatórios da auditoria e na Auditoria Financeira ao Hospital Garcia de Orta, EPE[172], que o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais tem celebrado contratos com entidades associadas do Sector Público, pelo prazo de 10 ou 15 anos, cujo objecto é a instalação e exploração de centrais de cogeração[173] e o fornecimento de energia térmica[174] às entidades públicas adjudicantes. Apenas um contrato[175] estabelece também o fornecimento de energia eléctrica à entidade pública adjudicante. Nos restantes essa energia é fornecida à Rede Eléctrica de Serviço Público (RESP). Estes contratos não foram precedidos de qualquer procedimento aberto à concorrência.

Nos termos dos contratos em apreço, o investimento, com a aquisição de equipamentos e a realização de obras com vista à instalação e exploração da central de cogeração são da responsabilidade do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, que garantiu a respectiva amortização através dos proveitos decorrentes do fornecimento de energia térmica às entidades adjudicantes e do fornecimento de energia eléctrica à RESP[176].

Caso os contratos cessem antes do seu termo[177], as entidades públicas adjudicantes suportarão o valor do investimento ainda não amortizado. Findos os contratos, os equipamentos serão propriedade das entidades adjudicantes.

Quadro IV – Protocolos celebrados com entidades do Sector Público

Entidade hospitalar	*Data da celebração do contrato*	*Duração do contrato (1)*	*Fase de execução*	*Valor do investimento (s/ IVA) (2)*
Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE (Hospital Pedro Hispano)	16.02.2000	10 anos	Em exploração	1.147.235,00
Hospital Garcia de Orta, EPE*	11.2000	10 anos (prorrogável)	Em exploração	1.945.312,00
Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE (Hospital de S. José)*	29.12.2001	10 anos (prorrogável)	Em exploração	1.895.432,00
Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE (Hospital de S. Francisco Xavier)	30.04.2002	10 anos (prorrogável)	Em exploração	2.250.000,00
Hospital de S. João, EPE**	11.09.2007	15 anos (prorrogável)	Em instalação	9.600.000,00
Centro Hospitalar de Setúbal, EPE	07.03.2008	10 anos (prorrogável)	Em instalação	2.000.000,00
Hospital de Santo André, EPE	08.01.2009	10 anos (prorrogável)	Obra não iniciada	2.700.000,00

(1) A partir do início da exploração.
(2) Fonte - Proposta Económica, em anexo aos contratos.
*Indicou-se o valor máximo do investimento previsto na proposta económica.
**Inclui outros trabalhos para além dos relativos à instalação e exploração da central de co-geração. Por aditamento, celebrado em 2008, o limite do investimento aumentou para € 16.000.000,00.

Os contratos foram, ainda, precedidos de estudos de análise custo-benefício do projecto, disponibilizados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, que previam ganhos anuais relativamente aos custos que as entidades públicas adjudicantes teriam que suportar com as

[172] Relatório de Auditoria n.º 18/2009– 2ª S, de 28 de Maio.
[173] Nos termos do n.º 2 do artigo 1º do Decreto-Lei n.º 538/99, de 13 de Dezembro, entende-se por cogeração o processo de produção combinada de energia eléctrica e de energia térmica, destinando-se ambas a consumo próprio e/ou de terceiros.
[174] Água quente, vapor e água gelada.
[175] O celebrado com o Hospital Garcia de Orta, EPE.
[176] Em conformidade com o disposto nos artigos 5º, 7º e 8º, do Decreto-Lei n.º 538/99, de 13 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 313/2001, de 10 de Dezembro.
[177] 10 ou 15 anos, conforme os casos, após o início da exploração da central de cogeração.

energias sem cogeração, resultante da maior eficiência das centrais de cogeração na produção de energia. As propostas económicas, anexas aos contratos, estabelecem garantias desses ganhos, que são controlados pelas entidades adjudicantes, com centrais já em exploração, com base em balanços mensais e anuais que evidenciam os custos das energias com cogeração e sem cogeração[178] e o benefício decorrente das primeiras.

Os estudos de análise custo-benefício não incluíram, porém, todos os custos decorrentes dos contratos para as entidades públicas com a exploração do projecto, designadamente os custos com o fornecimento, a título gratuito, de água bruta e electricidade para a central de cogeração[179]. Dos contratos em causa, apenas o contrato referente ao Hospital de Santo André, EPE, prevê que os custos incorridos por estes fornecimentos sejam totalmente deduzidos na facturação da energia térmica e os contratos celebrados com o Hospital Garcia de Orta, EPE, e com o Hospital de São João, EPE, estabelecem limites máximos ao fornecimento gratuito de electricidade. Os estudos de análise custo-benefício não consideraram, também, o custo com a cedência do espaço ocupado pela central de cogeração.

Sem prejuízo da observação *supra* e de que os estudos económicos foram realizados pela entidade adjudicatária[180] e não pelas entidades públicas adjudicantes ou por uma entidade independente, considera-se que, nestas matérias, os contratos assentaram em estudos previsionais que garantiram o equilíbrio económico dos mesmos para as partes contratantes e contém cláusulas que permitem o controlo da respectiva execução financeira pelas mesmas.

Os contratos estabelecem, ainda, a possibilidade do SUCH, na prossecução das actividades neles previstas poder subcontratar outras entidades ou ceder no todo ou em parte os direitos e obrigações inerentes aos mesmos. Caso a facturação à entidade pública adjudicante seja emitida directamente pelas entidades subcontratadas, a entidade adjudicante será notificada previamente.

No quadro IV do Anexo II evidenciam-se os contratos de "*cessão dos direitos e obrigações*" celebrados entre o SUCH e o SUCH-DALKIA, ACE, relativamente a cada um dos contratos celebrados pelo primeiro com as entidades públicas adjudicantes. Nas situações em que as centrais de cogeração já se encontram em exploração, confirmou-se, ainda, a existência de aditamentos aos contratos iniciais nos quais, entre outras alterações, as entidades públicas autorizaram expressamente o SUCH a ceder os direitos e obrigações deles decorrentes ao SUCH-DALKIA, ACE.

Embora o SUCH não ceda a posição de parte contratante com as entidades públicas adjudicantes nem as relações comerciais que a mesma origina, mantendo-se formalmente como o interlocutor

[178] Os custos das energias sem cogeração têm por base os custos que as entidades adjudicantes teriam se as energias fossem geradas pelos métodos convencionais que implicavam no caso da energia térmica, designadamente o consumo de combustível e de energia eléctrica para a produção de água gelada. De acordo com a informação constante em www.eficiencia-energetica.com "A cogeração consiste no aproveitamento local do calor residual originado nos processos termodinâmicos de geração de energia eléctrica, que doutra forma seria desperdiçado. O aproveitamento pode dar-se sob a forma de vapor, água quente e/ou fria (trigeração) (…). Nos processos convencionais de transformação da energia fóssil em energia eléctrica (centrais termoeléctricas), por mais eficiente que seja o processo, a maior parte da energia contida no combustível, usado no accionamento das turbinas, é transformado em calor e perdido para o meio ambiente. Embora as centrais de cogeração também consumam combustível, as mesmas potenciam um maior aproveitamento desse combustível".

[179] Em todos os contratos prevê-se ainda o fornecimento de gás natural à central de cogeração pelas entidades públicas. Porém ao contrário do que acontece com a água bruta e a electricidade, a maioria dos contratos (com excepção dos celebrados com o Hospital Garcia de Orta, EPE, e Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE) estabelece que os custos incorridos pelas entidade públicas com o fornecimento de gás natural à central de cogeração são deduzidos na facturação das energias produzidas pela central de cogeração e por aquelas consumidas.

[180] Que, para além das Análises Custo-Benefício para as entidades públicas adjudicantes, realizou também análises económico-financeiras de cada um dos projectos.

daquelas entidades, conclui-se da análise dos contratos de "*cessão dos direitos e obrigações*" que é o SUCH-DALKIA, ACE, quem assume todas as responsabilidades pela execução e exploração do projecto de cogeração, incluindo as relativas à concepção, investimento e financiamento.

Para além da partilha dos lucros decorrentes da actividade do ACE entre o SUCH e a DALKIA, SA, numa proporção de 50%, conforme previsto no contrato constitutivo do ACE[181], os contratos de "*cessão dos direitos e obrigações*" *supra* referidos, estabelecem, ainda, a subcontratação do SUCH e/ou da DALKIA, SA, pelo Agrupamento, mediante remuneração, e, os referentes às centrais de cogeração instaladas na Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE, e no Hospital de São João, EPE, prevêem, também, o débito mensal ao ACE de 40% do resultado de exploração do projecto, por cada uma daquelas entidades.

Com a celebração dos contratos de "*cessão dos direitos e obrigações*", o SUCH atribuiu a uma entidade dele distinta e participada por um operador económico privado, sem precedência de qualquer procedimento concorrencial, contratos com ele celebrados ao abrigo de uma relação que se entendia excluída das regras da concorrência.

O Conselho de Administração do SUCH, com base em parecer jurídico, deliberou, em 2 de Abril de 2009, suspender "*a propositura aos associados públicos do SUCH, de novos contratos por ajuste directo na área da cogeração (…) de molde a estarem salvaguardadas todas as exigências necessárias à relação in house*". Esta suspensão foi confirmada no desenvolvimento da auditoria.

Com base nas observações *supra*, concluiu-se no Relato de Auditoria, notificado às entidades auditadas e respectivos responsáveis, em síntese, o seguinte:

- "(…) a situação descrita, envolvendo uma terceira entidade, não tem acolhimento, nem na doutrina constante dos pareceres do Conselho Consultivo da PGR, nem no CCP, uma vez que, os contratos celebrados entre o SUCH e o SUCH-DALKIA, ACE, implicaram o recurso a uma entidade exterior à associação, com vista à execução de contratos públicos, pelo que deviam aqueles ter sido precedidos do adequado procedimento de contratação pública.";
- "Perante a eventual necessidade do SUCH recorrer a entidades externas à associação para os executar, era exigível às entidades públicas adjudicantes que, junto do SUCH, garantissem o cumprimento por este dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública. Não o tendo feito, não podiam ter aceite que os serviços que lhes seriam prestados, ao abrigo do contrato por elas celebrado, o fossem por uma entidade (o ACE) que, contando com a participação de um operador económico privado, não foi sujeita a qualquer procedimento prévio de contratação pública.";
- Que a "não realização do procedimento de contratação legalmente exigível configura eventuais infracções financeiras susceptíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração das entidades públicas adjudicantes e do SUCH, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto".

Estas conclusões foram objecto de contestação pelos membros do Conselho de Administração do Hospital de São João, EPE, do Hospital de Santo André, EPE, do Centro Hospitalar de Setúbal, EPE, e do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

[181] Artigos 6º e 24º do contrato de ACE.

Sem prejuízo das alegações apresentadas por estas entidades, que constam na íntegra do Volume II, e que evocam argumentos já evidenciados a propósito de outros pontos do relatório[182] destacam-se os seguintes:

- *"O financiamento do método de cogeração é primacialmente assegurado pela venda à RESP da energia eléctrica produzida, de acordo com os tarifários de venda de energia legalmente estabelecidos"*;
- *"Por outro lado, é ainda de referir a diminuição substancial da factura energética que o sistema de cogeração proporciona aos associados do SUCH. Com efeito, as centrais de cogeração consistem em instalações de produção de energia eléctrica dotadas de maior eficiência, na medida em que, ao contrário das centrais termoeléctricas convencionais, potenciam um maior aproveitamento da energia gerada pelo consumo de combustível, mediante a respectiva conversão noutra fonte de energia (energia térmica). Essas centrais possibilitam, assim, a obtenção de uma redução no custo global das energias consumidas."*
- *"(…) os contratos aqui em causa não geram qualquer despesa pública. Por esse motivo, é manifesto que não se encontra preenchido o tipo sancionatório, previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto. (…) teria que se demonstrar que os contratos em causa implicaram alguma assunção, autorização ou pagamento de despesa pública. Ora, não se tendo verificado qualquer dessas realidades, o tipo não se mostra preenchido."* (*vide*, por todos, alegações dos responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais);
- *"(…) o contrato aqui em causa jamais poderá ser considerado um contrato de empreitada, antes devendo considerar-se um contrato atípico"* (responsáveis do Hospital de São João, EPE)

Sobre a primeira e penúltima alegações citadas, não se pode deixar de observar que muito embora o financiamento do método de cogeração seja primacialmente assegurado pela venda à RESP da energia eléctrica produzida[183], todos os contratos celebrados entre as entidades públicas adjudicantes e o SUCH estabelecem um preço pelo consumo das energias consumidas. Em regra, como resulta do texto do Relatório, as entidades públicas adjudicantes consomem a energia térmica produzida pela central de cogeração, estando inclusivamente obrigadas a consumos mínimos. Aliás, em parecer jurídico entregue pelo SUCH durante a auditoria[184], nos contratos referenciados *"os associados do SUCH (…) comprometem-se a consumir as energias fornecidas nas condições e modalidades acordadas, a conceder ao SUCH a exclusividade dos fornecimentos objecto do protocolo e, sobretudo, a pagar um preço (…)".*

Porém, não se pode deixar de referir que o custo a suportar com o consumo dessas energias, que inclui aquele preço, é inferior ao custo que elas teriam que suportar com o consumo de energias sem cogeração. Os benefícios económico-financeiros resultantes dos estudos de análise custo-benefício de cada um dos projectos, consubstanciando-se na redução de custos até então incorridos pelas unidades hospitalares com o consumo de energia permitida através do método da cogeração, são os seguintes:

- Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE - € 680.332,00;
- Hospital Garcia de Orta, EPE - € 215.217,00;

[182] Como aquele de que os contratos celebrados com o SUCH estão excluídos da aplicação das regras da contratação pública.
[183] Com excepção da cogeração do Hospital Garcia de Orta, EPE.
[184] Parecer sobre o Enquadramento geral das actividades desenvolvidas no âmbito do SUCH-DALKIA, ACE, à luz das normas sobre contratação pública, de 2 de Abril de 2009 (págs. 6).

- Centro Hospitalar de Lisboa Central – € 385.595,65;
- Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE - € 923.307,00;
- Hospital de São João, EPE - € 1.969.160,37;
- Centro Hospitalar de Setúbal, EPE - € 1.296.601,00;
- Hospital de Santo André, EPE - € 1.589.663,00.

A efectivação destes benefícios, embora aquém do estimado, foi, aliás, observada na Auditoria Financeira ao Hospital Garcia de Orta, EPE, já referenciada, em cujo Relatório se pode ler que *"De acordo com a Análise Custo-Benefício do projecto disponibilizada pelo SUCH previam-se ganhos de 2,94%/ano relativamente aos custos que o Hospital teria que suportar com as energias sem co-geração (no final de 10 anos, € 215 216,62). Ao fim de 5 anos de exploração esses ganhos situam-se em 1,31% (€ 93 481,07)"*.

Quanto à última alegação citada, reconhece-se que os contratos relativos às centrais de cogeração configuram contratos atípicos, próximos da figura das concessões, uma vez que o investimento inicial é da responsabilidade da entidade adjudicatária, sendo depois amortizado através da exploração do projecto, não se lhes aplicando as regras da contratação pública invocadas no Relato e afastando-se, em consequência, as eventuais infracções financeiras suscitadas no Relato.

Contudo, a propósito do regime jurídico aplicável à formação dos contratos atípicos salienta-se a jurisprudência resultante de vários Acórdãos da 1ª Secção deste Tribunal[185], no sentido da qual ainda que estejamos no domínio da contratação que a Administração realiza com recurso ao direito privado, nem assim ela fica isenta da realização de um procedimento que garanta os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, decorrentes dos artigos 266º e 267º da Constituição da República Portuguesa, do Código do Procedimento Administrativo e, ainda, do Tratado da União Europeia. A administração pública encontra-se vinculada a *"assegurar que todos os cidadãos potencialmente interessados em contratar com a Administração (...) tenham efectivo acesso ao procedimento de contratação e iguais hipóteses de se tornarem co-contratantes"*[186].

Tem sido, também, este o entendimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e da Comissão Europeia, no âmbito da interpretação do Tratado da União Europeia e das directivas relativas aos contratos públicos[187].

Acresce, ainda, que embora os artigos 6º e 16º do CCP restrinjam o âmbito de aplicação da Parte II (Contratação Pública) aos contratos neles elencados, o artigo 1º, n.º 2, CCP, é mais abrangente, qualificando como contratos públicos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no Código e o n.º 4 do mesmo preceito determina que à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

Finalmente, os procedimentos concorrenciais, como já evidenciado noutras partes do Relatório, são um meio importante de garantir que as entidades públicas obtêm os melhores bens e os melhores serviços, ao melhor preço. A concorrência aumenta a pressão sobre os potenciais fornecedores, obrigando-os a inovar e a procurar soluções geradoras de eficiência, com impacto na qualidade dos

[185] Nomeadamente, Acórdão nº 111/09- 12.MAI-1.ª S/SS e Acórdão n.º7/03-22.JAN.03-1.ªS/SS.
[186] *Margarida O. Cabral, "O concurso público nos contratos administrativos", 1999, pág. 258 e segs.). Neste sentido, também, Canotilho e Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição, pág. 921; J. M. Sérvulo Correia, " Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos", Coimbra, 1987, pág 532.*
[187] Processos do TJCE *C-458/03, Parking Brixen,* e *C-324/98, Telaustria.*

bens e serviços fornecidos e nos preços praticados. E, nesta matéria, os contratos de cogeração, embora se revistam de alguma complexidade, não constituem excepção, existindo neles elementos que podem ser postos à concorrência.

Efectivamente, para além de se ter constatado que nem todas as entidades públicas assumem os mesmos custos com a exploração das centrais de cogeração[188], verificou-se, ainda, com base na análise dos contratos que os benefícios económico-financeiros neles previstos variam de contrato para contrato.

A este propósito, o actual Presidente do Conselho de Administração da Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE, refere, em sede de alegações, que *"Atentas as constatações, instruções e recomendações (…), os contratos em causa celebrados com o SUCH não serão renovados, terminando os seus efeitos na data indicada nos mesmos (…) sendo certo que novos contratos serão sempre precedidos dos competentes procedimentos de contratação pública"*.

Por seu turno e, conforme já constava do texto do Relato, tendo a instalação e exploração da central de cogeração do Hospital Garcia de Orta, EPE, sido objecto do Relatório de Auditoria n.º 18/2009 – 2ª S, de 28 de Maio, relativo à auditoria financeira *supra* referida, os responsáveis daquele Hospital já informaram, no âmbito do acatamento das recomendações, ter deliberado denunciar o respectivo contrato no seu término, previsto para Dezembro de 2012, e que será aberto concurso com vista à exploração daquela central

Quanto à cedência da posição contratual do SUCH ao SUCH-DALKIA, ACE, uma referência, ainda, aos argumentos apresentados pelos responsáveis do SUCH no sentido de que:

(i) *"o que no Relato se designa, sem mais desenvolvimentos, como cedência de direitos e obrigações do SUCH ao SUCH-DALKIA, ACE, constitui na verdade, subcontratação – e não uma qualquer cessão da posição contratual"*;

(ii) *"as actividades relativas à cogeração se integram nos designados sectores especiais"* pelo que *"nas subcontratações do SUCH ao SUCH-DALKIA, ACE, os procedimentos contratuais não eram juridicamente exigíveis", "(…) sendo aplicável à relação entre o SUCH e o SUCH-DALKIA, ACE, a excepção in house, seja nos termos do disposto no artigo 13º da Directiva n.º 93/38/CEE[189], seja nos termos do disposto no artigo 13º do CCP"*.

Discorda-se, em absoluto, dos argumentos invocados, mantendo-se as observações do Relato, porquanto:

(i) Os contratos celebrados entre o SUCH e o SUCH-DALKIA, ACE, são verdadeiras cessões da posição contratual, pois embora o SUCH se mantenha formalmente como o interlocutor da entidade pública adjudicante, conclui-se da análise dos contratos de "*cessão dos direitos e obrigações*" que é o SUCH-DALKIA, ACE, quem assume todas as responsabilidades pela execução e exploração do projecto de cogeração, incluindo as relativas à concepção, investimento e financiamento[190];

(ii) Sobre o último argumento aduzido pelos alegantes resulta do contrato de constituição do SUCH-DALKIA, ACE[191], que não se encontram preenchidos os requisitos para esta entidade poder ser

[188] Recorde-se a situação dos custos com água, electricidade e gás natural fornecidos à cogeração.
[189] Artigo 12º do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto.
[190] *Vide*, em especial, 3º, 4º e 5º parágrafos da Introdução e cláusulas 1ª, n.os 1 e 2, 2ª, 3ª e 4ª, n.º 3, do Contrato Tripartido Cogeração do Hospital de São João; e, ainda, embora, sem se manter quanto a eles as conclusões sobre as eventuais responsabilidades financeiras, considerandos d) a g), e Cláusulas 1ª e 3ª do "Contrato Tripartido Cogeração do Hospital Santo André, EPE; 3º e 4º parágrafos da Introdução e cláusulas 1ª e 3ª, do Contrato Tripartido Cogeração do Hospital São Bernardo (actual Centro Hospitalar de Setúbal, EPE).
[191] Designadamente, artigos 5º, 6º, 11º, 13º, 15º, 17º, 18º e 21º.

considerada uma empresa associada do SUCH, estabelecidos actualmente no artigo 14º do CCP[192], designadamente, não se verificam os laços de influência dominante do SUCH sobre o SUCH-DALKIA, ACE – o capital social do ACE é detido em partes iguais pelo SUCH e pela DALKIA, SA, bem como a sua participação nos encargos e lucros; o número de votos de cada membro, em Assembleia Geral, é proporcional à participação no agrupamento; o SUCH não dispõe do poder de designar a maioria dos membros do Conselho de Administração ou de fiscalização do ACE. Estas são, aliás, as conclusões de um parecer solicitado pelo SUCH[193], e que esteve na base da deliberação do Conselho de Administração desta Associação, de 2 de Abril de 2009, já referenciada.

11.3. Formação de preços das propostas comerciais

Relativamente a esta matéria verificou-se que a implementação, em Setembro de 2009, de um modelo de valorização económica de propostas (MVEP) constituiu uma alteração no processo de formação dos preços do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, pelo que se optou por analisar separadamente a formação de preços antes e após a implementação daquele modelo.

No entanto, saliente-se que o referido modelo só é aplicado às novas propostas comerciais. Deste modo, relativamente aos contratos mais antigos, que vêm sendo anualmente renovados, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, muitas vezes, limita-se a propor a actualização do valor dos contratos tendo por referência o valor do índice de preços no consumidor, o que não garante que os preços praticados cubram os custos com a execução dos serviços ou que os preços praticados não possam ser inferiores relativamente aos montantes inicialmente contratados. Outras vezes porém, as actualizações propostas representam reavaliações dos contratos em execução e determinam alterações significativas nos preços em vigor.

A formação de preços até Setembro de 2009

Até Setembro de 2009, data de implementação do modelo de valorização económica de propostas (MVEP), os Directores Comerciais do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais gozavam de ampla discricionariedade na fixação dos preços de comercialização dos serviços prestados.

Esta situação decorria, em parte, do facto do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais não dispor dos mecanismos de análise de custos (contabilidade analítica[194]) imprescindíveis para a fixação de preços de eficiência económica. Os preços eram assim fixados recorrendo a dados e informações históricas e pelo interesse percepcionado do negócio.

Durante a auditoria verificou-se que:

- Os preços propostos pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais para a prestação de um determinado serviço baixaram quando as entidades públicas consultaram o mercado (*vide* ponto 11.1);

  Em sede de contraditório, o CA do SUCH refere que: *"(…) Em relação a esta afirmação, tendo em conta o nível de gravidade implícita na mesma, a qual é desmerecedora da*

[192] Correspondentes aos estabelecidos no artigo 12º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto, anteriormente vigente,
[193] Novamente, o Parecer sobre o Enquadramento geral das actividades desenvolvidas no âmbito do SUCH-DALKIA, ACE, à luz das normas sobre contratação pública, de 2 de Abril de 2009 (págs. 34-36 e 52-54).

[194] Implementada progressivamente a partir de 2006.

idoneidade do SUCH e dos seus associados, afectando a relação de transparência que constitui um dos valores principais em que assenta a actuação do SUCH, seria de todo o interesse que o Tribunal de Contas informasse sobre quais foram os contratos onde verificou esta situação (…)".

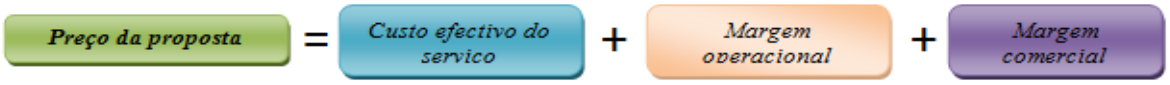
A este respeito remete-se, a título de exemplo, para as observações e conclusões referidas no ponto 11.1 nomeadamente quando o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, numa situação de concorrência, baixou em cerca de 40% o valor da proposta inicialmente apresentada (de € 96.770,00 para € 69.210,00, até igualar a proposta de uma empresa concorrente e, deste modo, conseguir que lhe fosse adjudicado o serviço).

- Contratos da mesma área de negócio, relativos ao mesmo cliente, tinham margens sobre os custos diferentes (num caso concreto variavam entre os 7,8% e os 23,9%[195]);
- Contratos da mesma área de negócio com margens sobre os custos diferentes em função da entidade adjudicante.

A formação de preços pelo modelo de valorização económica de propostas

No processo de formação de preços do SUCH, como definido no modelo de valorização económica de propostas (MVEP)[196], intervêm as unidades de negócio (UN), a divisão financeira (DF) e as direcções comerciais (DC). Às UN cabe-lhes quantificar os recursos necessários e os custos não padronizados. A DF é responsável pela valorização da proposta com os custos padrão e com a margem operacional[197], fixada pelo CA do SUCH para cada área de negócio. As DC fixam o preço final de venda tendo em conta os contributos das UN e da DF, acrescido de uma margem comercial[198].

Gráfico I – Modelo de valorização económica de propostas



Tendo por base os Orçamentos para 2008 e 2009, o CA deliberou[199] aprovar as seguintes margens operacionais mínimas:

Área de negócio	Unidade de negócio	Margem operacional 2008	Margem operacional 2009
Somos EQUIPAS	Manutenção e SCT	38,39%	39,16%
	Energia	43,77%	43,77%
	Projectos e obras	14,48%	19,49%
Somos AMBIENTE	Gestão e Tratamento de roupa	20,78%	21,52%
	Gestão e Tratamento de resíduos	12,38%	12,38%
	Limpeza	12,11%	16,26%
Somos NUTRIÇÃO		22,40%	22,40%

[195] Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, obras de remodelação.
[196] Instrumento de apresentação dos custos directos das áreas (ambiente, equipas e nutrição), os custos indirectos associados e o preço mínimo de propostas, desenvolvido internamente em 2008, aprovado pelo CA a 26 de Junho de 2008, e que está implementado desde Setembro de 2009.
[197] A margem operacional é definida por área de actividade e é o contributo para a cobertura dos custos com as funções corporativas do SUCH.
[198] A margem comercial é gerida por cada director comercial e deve ser fixada tendo em conta o prazo médio de pagamento do cliente ao SUCH, o volume e potencial do negócio e o número médio de áreas de negócio contratadas pelo cliente.
[199] Deliberação n.º 543/2008, de 29 de Maio, e deliberação n.º 209/2009, de 5 de Março.

As margens comerciais foram fixadas com seguintes intervalos:

Área de negócio	2008		Até Maio de 2009		Após Maio de 2009	
	Mínima	Máxima	Mínima	Máxima	Mínima	Máxima
Somos EQUIPAS	5,6%	9,5%	5,6%	9,5%	6%	9,5%
Somos AMBIENTE	4,5%	7,5%	4,5%	7,5%	6%	7,5%
Somos NUTRIÇÃO	3,0%	5,0%	3,0%	5,0%	4%	7,5%

No seguimento da deliberação n.º 542/2009, de 14 de Maio, do CA do SUCH, procedeu à revisão e ao aumento das margens comerciais, em virtude do impacto dos custos financeiros estimados para 2009, que se previam superiores a € 6 milhões[200], justificado, em parte, pela consolidação de resultados negativos dos agrupamentos complementares de empresas (*vide* pontos 12.2. a 12.4.).

Deste modo, considerando que as margens operacionais são calculadas em função do custo efectivo do serviço e que a margem comercial incide sobre o custo da proposta técnica[201], a diferença entre o custo efectivo de uma proposta para o SUCH e o preço praticado aos seus clientes é reduzida nas áreas da "gestão e tratamento de resíduos"[202] e "limpeza"[203], mas pode ser superior a 50% na área da "energia".

Este modelo económico de valorização de propostas enquadra-se no contexto de reorganização do SUCH e constitui, sem dúvida, um instrumento de objectivação do processo de formação de preços.

No entanto, o MVEP prevê a possibilidade de haver propostas comerciais que não respeitem as margens operacionais e comerciais mínimas definidas, se autorizadas pelo CA do SUCH.

A necessidade de previsão desta faculdade surge das situações em que o SUCH é oponente a um procedimento concorrencial e o modelo de valorização económica de propostas acima enunciado não permite a formação de um preço de comercialização do produto/serviço competitivo.

11.4. Custos que concorrem para a formação das margens operacionais

Como já foi referido anteriormente, a margem operacional é definida por área de actividade e é o contributo para a cobertura dos custos com as funções corporativas do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

As funções corporativas incluem as áreas de apoio geral, apoio jurídico, compras, marketing, qualidade, financeira, comunicação e imagem, recursos humanos, sistemas de informação, cooperação e comercial.

O quadro seguinte apresenta os custos, proveitos e resultados, por área de negócio, relativos ao ano de 2008.

[200] Plano de acção e orçamento 2009 do SUCH, aprovado em Assembleia Geral de 22 de Janeiro de 2009.
[201] O custo da proposta técnica corresponde ao somatório do custo efectivo do serviço com a margem operacional.
[202] Margem operacional de 12,38% + margem comercial variável de 4,5% a 7,5%.
[203] Margem operacional de 16,26% + margem comercial variável de 4,5% a 7,5%.

Quadro V – Resultados por área de negócio

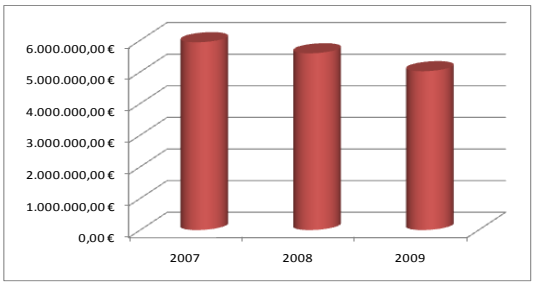
	Funções corporativas	Somos equipas	Somos ambiente	Somos nutrição	Somos consultoria	Total
Proveitos	3.342.330,00 €	32.667.052,00 €	34.323.119,00 €	23.227.770,00 €	117.182,00 €	93.677.453,00 €
Custos	14.733.136,00 €	29.181.216,00 €	32.531.157,00 €	21.485.547,00 €	156.973,00 €	98.088.029,00 €
Resultados	**-11.390.806,00 €**	**3.485.836,00 €**	**1.791.962,00 €**	**1.742.223,00 €**	**-39.791,00 €**	**-4.410.576,00 €**

Fonte: Elementos recolhidos em trabalho de campo

Verifica-se que todas as áreas de negócio, excepção à consultoria, apresentaram resultados positivos que, no entanto, não foram suficientes para cobrir os encargos com as funções corporativas.

Da análise mais detalhada dos custos com as funções corporativas destacam-se os custos com pessoal que, em 2008, representaram 13,2% (€ 5.588.789,00) do total de custos com pessoal do SUCH (€ 42.371.880,62)[204] e os custos com fornecimentos e serviços externos que, em 2008, foram de € 4.837.515,00. Os custos com pessoal das funções corporativas representaram, em 2008, 47,8% do total dos custos operacionais nesta área.

Gráfico II – Evolução dos custos com o pessoal em funções corporativas



Apesar do significativo peso dos custos com o pessoal no total dos custos das funções corporativas, verificou-se uma diminuição de 15,4% no período 2007-2009.

As remunerações atribuídas aos membros do Conselho de Administração também registaram uma diminuição de 10,2%, de 2006 para 2008. No entanto, verificou-se um aumento de 50,2% do total das remunerações pagas aos membros do Conselho de Administração no triénio 2006-2008 (€ 1.348.051,93) relativamente ao triénio anterior 2003-2005 (€ 897.537,71).

Em sede de contraditório, o CA do SUCH refere que *"(…) No triénio 2003-2005 (…) o CA laborou, pelo menos durante 18 meses com um membro a menos, ou seja, apenas com 4 membros (…)"*, que *"(…) no triénio 2006-2008, o montante total pago (…) inclui a remuneração do Secretário Geral (…)"*, que *"(…) no ano de 2006 (…) foram contabilizadas indemnizações a membros do Conselho de Administração do triénio anterior, no valor de € 45.019,02, o qual deveria ter sido descontado (…)"* e que *"(…) o valor das remunerações não é fixado pelos próprios membros desse órgão, mas sim por um órgão autónomo: a Comissão de Vencimentos (…)"*, para concluir que *"(…)A taxa de 50,2% apresentada no Relato tem por referência bases de incidência distintas e que, por isso, não podem ser relacionadas e muito menos comparadas. (…)* e que *"(…) não se pode, pois, falar em "auto-remuneração" dos membros do Conselho de Administração."*.

A este respeito, note-se desde já que a leitura atenta do Relato de Auditoria não teria permitido qualquer outra interpretação que não a de que a competência para fixar as remunerações dos membros dos órgãos do SUCH é da Comissão de Vencimentos (*vide* parágrafos mais adiante, neste ponto). De notar ainda que não foi utilizada a expressão "*auto-remuneração*" ou qualquer outra com o mesmo significado.

[204] Fonte: Demonstração de Resultados (Quadro IX).

Relativamente ao cálculo dos custos com remunerações do Conselho de Administração, que resultam inequivocamente dos Relatórios de Gestão e Contas elaborados pelo Conselho de Administração, aprovados pela Assembleia-Geral, aprovados pelo Conselho Fiscal e certificados pelo Revisor Oficial de Contas, e aos comentários aduzidos em contraditório, refira-se que o cálculo efectuado visa proceder à análise da evolução dos custos da Associação com aquele órgão social, pelo que não há que expurgar quaisquer custos ou imputá-los a outros exercícios económicos.

Quanto aos custos com a remuneração do Secretário-Geral[205], considerando que aquele cargo foi criado em 2006 por iniciativa do Conselho de Administração do SUCH para desenvolver uma actividade de coordenação e apoio ao CA e que foi considerado que os custos com a sua remuneração deveriam ser imputados àquele órgão, ainda que estatutariamente não lhe pertença, mantêm-se os cálculos e as conclusões do Relato.

Ainda no que respeita a custos com pessoal verificou-se a existência, em 2007 e 2008, de um plano de incentivos para as Direcções Comercial e Financeira implementado com o *"(…) intuito de melhorar o desempenho das cobranças*[206] *do SUCH (…)"*[207]. O valor dos prémios a atribuir foi calculado com base no grau de concretização global dos objectivos definidos[208].

Deste modo, foram pagos prémios por objectivos de cobranças, no biénio 2007-2008, aos 3 Directores Comerciais no total de € 129.750,00 e de € 11.743,97 a outros colaboradores. Por reporte ao ano de 2007 foi ainda atribuído um prémio de € 12.580,83[209], a título de "trabalhador do ano"[210], a um dos Directores Comerciais.

Considerando que aproximadamente 90% do volume de negócios do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais respeita a entidades públicas o risco de incobrabilidade[211] de dívidas é muito reduzido, apesar dos elevados prazos médios de pagamento praticados, pelo que a atribuição de prémios de cobrança não acautela a boa gestão dos recursos, redundando num despesismo injustificado.

Acresce ainda que o montante do prémio anual atribuído a cada Director Comercial representa o equivalente a aproximadamente 5 meses do respectivo salário base, o que não pode deixar de se considerar excessivo.

Em sede de contraditório, o CA do SUCH alega que *"(…) é incorrecto considerar que se está na presença de um "prémio de cobrança", pois, como se acabou de referir, a efectivação de cobranças é apenas um dos vários critérios de avaliação, de entre o volume de vendas, a elaboração de documentos de análise do progresso da relação comercial com os associados, o desenvolvimento integrado das prestações nos associados e a redução de custos internos de operação das equipas comerciais, entre outros.*

[205] O cargo de Secretário Geral não está previsto nos Estatutos do SUCH e foi criado em 2006 por iniciativa do Conselho de Administração. O Secretário Geral tem funções de coordenação e apoio ao Conselho de Administração, estando inclusive presente nas suas reuniões.
[206] Através da recuperação de dívidas de associados, da manutenção de prazos de recebimento razoáveis e da angariação de novos serviços.
[207] Fonte: *Informação "Assunto: Política de Compensação e Benefícios*".
[208] Apesar de em 2007 não terem sido alcançados os objectivos inicialmente contratualizados, o CA do SUCH deliberou ajustar as ponderações e pagar os incentivos aos Directores Comerciais, conforme Deliberação n.º 200/2008.
[209] Correspondente a três salários mensais.
[210] Em 2008, o prémio de "trabalhador do ano" não foi atribuído devido ao resultado líquido anual negativo.
[211] Entendeu-se considerar como cobrança quaisquer formas de recebimento, incluindo o factoring.

Em especial, no que concerne ao objectivo de intervenção dos Directores Comerciais no processo de cobrança, o mesmo incorpora para além do acompanhamento da tramitação da facturação nos serviços dos associados, a tarefa de providenciar junto destes no sentido da concretização de pagamentos em prazos que contribuam para minorar o recurso ao crédito bancário, missão essencial face às crónicas dificuldades de pagamento por parte dos associados".

Não obstante o alegado, verificou-se que os prémios pagos em 2007, à Direcção Comercial, e no biénio 2007-2008, à Direcção Financeira, resultaram, exclusivamente, de objectivos de cobrança.

Em 2009, foi implementado um "Sistema de Gestão de Desempenho"[212] que, dependente do cumprimento e realização de objectivos, prevê a atribuição de remunerações variáveis.

Relativamente aos custos com fornecimentos e serviços externos das funções corporativas destacam-se os custos com viaturas, utilizados por via de contratos de *renting*.

O SUCH dispõe de um Regulamento que define os termos e condições de atribuição de viaturas aos seus colaboradores.

Nesse Regulamento foram definidos três escalões[213] por níveis de funções desempenhadas no SUCH e em empresas participadas, sendo que cada escalão deverá respeitar limites máximos de cilindrada, valor de *renting* mensal e encargos com a utilização das viaturas (combustíveis, lavagens e portagens).

À data de execução do trabalho de campo desta auditoria estavam atribuídas 25 viaturas a membros do CA e colaboradores do SUCH para fins que não exclusivamente profissionais[214].

Pertencendo a competência para fixar as remunerações dos membros dos órgãos do SUCH a uma comissão de vencimentos[215], esta fixou as remunerações mensais ilíquidas dos membros do CA com base nos valores atribuídos aos gestores públicos do Grupo B, nível 1[216]. Contudo, no que respeita aos abonos de despesas de representação, foi deliberado o pagamento de abonos superiores aos daqueles gestores, na medida em que:

- os mesmos foram incluídos na remuneração mensal dos membros do Conselho de Administração e como tal pagos 14 vezes por ano[217];

[212] Deliberação n.º 664/2008, de 3 de Julho.

[213] Escalão I, para os membros do CA, viaturas com cilindrada superior a 2.0 e igual ou inferior a 2.7, valores de renting mensais entre os € 800 e os € 1.150 e sem limites anuais de despesas com a utilização de viaturas. Escalão II, para os Directores Comerciais, Administradores e Directores de Área, viaturas com cilindrada igual ou superior a 2.0 e valores de renting situados entre os € 550 e € 700 e sem limites anuais de despesas com a utilização de viaturas. Escalão III, para outros Directores 1ª linha e Coordenadores de Gabinete, viaturas com cilindrada superior a 1.6 e inferior a 2.0 e valores de renting situados entre os € 450 e os € 600, com o limite anual máximo de € 2.000 de despesas com a utilização de viaturas (os valores de renting não incluem iva). Actualizado pela deliberação n.º 1011/2007.

[214] O documento "Política de Utilização de Viaturas" aprovado pela deliberação n.º 84/2008, de 31 de Janeiro, do CA do SUCH, admite a utilização das viaturas durante o período de férias anual, período de baixa médica e/ou ausências prolongadas, prevendo apenas que os colaboradores/membros do CA suportem os encargos com combustível, portagens e estacionamento da viatura que lhes está atribuída durante esses períodos.

[215] Composta por três membros, eleitos em Assembleia-Geral, conforme o n.º 2 do artigo 11º dos Estatutos do SUCH. Até à produção de efeitos dos Estatutos actuais (Dezembro de 2006), um dos membros da Comissão de Vencimentos era nomeado pelo Ministro da Saúde e outro era cooptado. Apenas um elemento era eleito pela Assembleia-Geral.

[216] Acta n.º 1/2006, de 17 de Janeiro de 2006, da Comissão de Vencimentos. Nesta data o sistema remuneratório dos gestores públicos encontrava-se estabelecido na Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/89, de 26 de Agosto, entretanto revogada pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de Março.

[217] O n.º 3 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 121/2005 fixou em 12 meses o abono de despesas de representação aos administradores das empresas públicas.

- os abonos do Vice-Presidente e dos Vogais do Conselho de Administração do SUCH foram fixados em valor superior ao que resultaria da aplicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/89, de 26 de Agosto, respectivamente, mais 7% e 4%.

Sem prejuízo de o SUCH não ser uma empresa pública[218], a Associação deve pautar-se por regras em tudo semelhantes às que regem a maioria dos seus associados, entidades públicas empresariais.

A este propósito, esclarecem os responsáveis, *"que enquanto associação de direito privado, o SUCH não está obrigado a respeitar as normas de direito público concernentes a práticas de gestão"*, pautando-se, *"antes de tudo o mais, pelos princípios e regras de direito civil"*, onde *"vigora o princípio da autonomia privada, segundo o qual os particulares têm o poder de regular, pelo exercício da própria vontade, as relações em que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica"*. Sobre este assunto remete-se para o ponto 7.4.2 do Relatório.

Constatou-se, ainda, que as demais componentes remuneratórias dos membros do CA, onde se contam a atribuição de viaturas, o pagamento de todas as despesas com elas relacionadas e os telemóveis, nunca foram objecto de qualquer deliberação da referida comissão.

Relativamente à atribuição de viaturas a Directores de Departamentos Instrumentais, bem como ao pagamento de despesas relacionadas com a sua utilização, sem que as mesmas constituam um instrumento necessário ao normal desempenho das suas funções, considera-se que aqueles encargos são injustificados, para mais considerando o fim estatutário do SUCH e os problemas de sustentabilidade económico-financeira que atravessa.

Em sede de contraditório, o CA do SUCH alega que *"(…) o Tribunal de Contas desconsiderou por completo que essa é uma prática historicamente seguida, uma vez que já desde há 20 anos o SUCH atribuía viaturas aos membros do Conselho de Administração e aos Directores e Sub-Directores Regionais"*.

A utilização das viaturas por alguns colaboradores do SUCH afigura-se essencial para a efectivação de todas as actividades da Associação, na medida em que as mesmas são desenvolvidas ao nível do território nacional (…) e a utilização das viaturas é feita de forma criteriosa, pautando-se por critérios de racionalidade e contenção (…) destas políticas resultou, designadamente, a redução em cerca de 50% das despesas que o SUCH sustentava com a utilização de viatura pelos colaboradores em algumas áreas de actividade".

Os comentários aduzidos não contrariam as conclusões formuladas em sede de Relato de Auditoria, devendo ser implementadas medidas de redução dos encargos mensais com o *renting* de viaturas e o seu uso ser afecto exclusivamente às actividades da Associação.

12. As novas áreas de negócio

12.1. A constituição dos serviços partilhados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

A constituição de serviços partilhados na Administração Pública integra-se, a par do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), na estratégia de reorganização e modernização da Administração Pública dos XVII e XVIII Governos Constitucionais, tendo como

[218] Na medida em que não é nem uma sociedade comercial nem uma entidade pública empresarial.

objectivos, designadamente o aproveitamento de economias de escala e a racionalização de processos, melhorando a qualidade dos serviços e a eficiência com que são prestados[219]. No Sector da Saúde, a criação dos serviços partilhados insere-se, ainda, nos objectivos de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde.

Decorre de diversos actos do Governo, praticados entre 2006 e 2009, identificados no Anexo IV, que a criação dos serviços partilhados no Sector da Saúde, com a excepção das tecnologias e sistemas de informação, seria da responsabilidade do SUCH.

Para a criação dos serviços partilhados o SUCH optou pela constituição de parcerias com empresas e hospitais, sob a forma de Agrupamentos Complementares de Empresas. Esta opção teve por base o facto de a montagem de raiz de uma plataforma de serviços partilhados implicar a realização de elevados investimentos, os prazos de implementação do projecto e a ausência de competências do SUCH nestas novas áreas.

A repartição das participações (nos encargos e proveitos) nos ACE seria de: 86% para o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais; 9% para parceiros institucionais (hospitais); 5% para as empresas privadas.

Os Somos Compras, ACE, Somos Contas, ACE, e Somos Pessoas, ACE, foram criados em 2007, com um prazo de vigência de 5 anos. O prazo de vigência do Somos Contas, ACE, foi posteriormente prorrogado até 2017.

Apenas o Somos Compras, ACE, contou com a participação de parceiros institucionais – o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, o Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, e o Hospital de Santa Maria, EPE (actual Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE) – cada um com uma participação de 3%. Esta participação foi autorizada por despacho conjunto do Secretário de Estado do Tesouro e Finanças e pelo Secretário de Estado da Saúde, de 28 de Fevereiro de 2007[220]. Os restantes 86% e 5% constituíam participação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e do parceiro do sector privado, que, entretanto, cedeu a sua participação à Associação em 17 de Março de 2009, permanecendo, no entanto, como prestador de serviços do Agrupamento até 31 de Dezembro do mesmo ano.

Não existindo parceiros institucionais no Somos Pessoas, ACE, e no Somos Contas, ACE, a participação reservada a estes (9%) acresceu à participação do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, cuja participação nestes Agrupamentos é de 95%.

12.1.1. A escolha dos parceiros privados

De *"(…)forma a evitar a dependência de uma só empresa aportadora de conhecimento e a manter em aberto alternativas de opção rápida, caso fosse necessário proceder a alterações na arquitectura de qualquer das áreas, por eventual menor adequação do parceiro inicial"*[221], o SUCH seleccionou parceiros distintos para as diferentes áreas: a Capgemini Portugal, Serviços de Consultoria e Informática, SA, para a área de gestão de recursos humanos; a Accenture – Consultores de Gestão,

[219] Programa do XVII Governo Constitucional (pág. 39 e segs); Grandes Opções do Plano 2005-2009 (Lei n.º 52/2005, de 31 de Agosto, DR IS, n.º 167, pág. 5266); Grandes Opções do Plano 2007 (Lei n.º 52/2006, de 1 de Setembro, DR IS, n.º 169, pág. 6425)
[220] Pelos Ministros de Estado e das Finanças e da Saúde (*vide* artigo 10º, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2002, de 29 de Dezembro).
[221] Fonte: Plano estratégico 2007-2009 do SUCH.

SA, para a área de gestão financeira e contabilística; a SGG – Serviços Gerais de Gestão, SA[222], para a área de compras e logística. A escolha foi realizada pela análise do curriculum das três empresas (*vide* ponto 2 do Anexo IV).

Não se questionando a competência das empresas seleccionadas, não se pode deixar de fazer notar que poderiam existir outras entidades aptas a desenvolver aquele projecto, circunstância que só poderia ser afastada se o SUCH tivesse aberto um procedimento concorrencial, através de publicidade adequada, dando a oportunidade aos vários operadores económicos de manifestar o seu interesse na constituição dos serviços partilhados.

Acresce que, a análise do curriculum e a consulta do potencial interesse na adesão ao projecto das empresas seleccionadas é manifestamente insuficiente para a escolha do parceiro para cada área.

De facto, só um procedimento concorrencial poderia ter assegurado que o parceiro escolhido para cada uma dessas novas áreas era de facto aquele que reunia e oferecia melhores condições. Este procedimento, aliás, devia ter sido o considerado pelo SUCH, atendendo ao seu fim estatutário de *"(…) tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados (…)"* e considerando que os custos com a implementação e operação dos ACE, no qual se inclui nomeadamente a retribuição dos agrupados pelos respectivos contributos[223], seriam, no final suportados pelas entidades aderentes aos serviços partilhados (os associados do SUCH).

Ainda que se possam aceitar os argumentos produzidos[224] para a escolha de parceiros diferentes para cada área, não é claro que uma das empresas seleccionadas pelo SUCH não pudesse garantir a obtenção de melhores condições económicas e técnicas do que outra empresa seleccionada noutra área, ou mesmo em todas as áreas.

Da análise dos contratos constitutivos, dos acordos de agrupados[225] e dos acordos de gestão celebrados entre o SUCH e cada um dos ACE[226], verifica-se que estes visavam, essencialmente:

(1) Implementar as estruturas de serviços partilhados que, dissolvidos os ACE, seriam do SUCH[227];

[222] Empresa do universo Deloitte.

[223] De acordo com os contratos constitutivos dos ACE e os respectivos acordos de agrupados, as empresas privadas, tal como o SUCH, para além de participarem nos proveitos ou excedentes de tesouraria do ACE, seriam, ainda, reembolsadas dos aportes iniciais, com os quais contribuíram para a constituição e montagem do ACE, e remuneradas pelas respectivas contribuições específicas para a operação do ACE.

[224] *"(…) parceiros distintos para as diferentes áreas, de forma a evitar a dependência de uma só empresa aportadora de conhecimento e a manter em aberto alternativas de opção rápida, caso fosse necessário proceder a alterações na arquitectura de qualquer das áreas, por eventual menor adequação do parceiro inicial."*

[225] Estabelecem as regras pelas quais se regem as relações entre os promotores (agrupados iniciais) do Agrupamento, entre estes e os demais Agrupados (caso venham a existir) e fixam os princípios gerais a que devem obedecer a implementação, estruturação e gestão do ACE (cfr. cláusula 2ª dos Acordos de Agrupados dos três ACE constituídos pelo SUCH).

[226] Regulam os termos e condições em que os ACE assumem e asseguram a implementação, a gestão e exploração das unidades de serviços partilhados da saúde, no âmbito do mandato que para esse efeito lhe é conferido pelo SUCH (cfr. cláusula 2ª dos Acordos de Gestão celebrados entre o SUCH e os três ACE). Consubstanciam os contratos de mandato sem representação, celebrados entre o SUCH, como mandante, e os ACE, como mandatários, pelo qual são atribuídos a estes os necessários poderes para, em nome próprio, procederem, no âmbito e dentro dos limites contratados entre o SUCH e os clientes, à gestão das estruturas operacionais dos serviços partilhados, definidos nas cláusulas 1.1., dos Acordos de Agrupados.

[227] Dissolvidos os ACE, seriam atribuídos ao SUCH, na liquidação dos mesmos, os activos, corpóreos e incorpóreos, necessários à assunção por este da gestão e administração directa das estruturas de serviços partilhados (cfr. artigos 30º dos contratos constitutivos dos três ACE).

(2) Prestar os serviços por eles implementados ao próprio SUCH e às entidades associadas do SUCH, maioritariamente entidades do Sector Público[228].

As relações com as entidades associadas do SUCH eram estabelecidas por intermédio deste, através da celebração de contratos de adesão[229] entre o SUCH e cada uma das entidades associadas. Até à realização do trabalho de campo haviam sido celebrados os contratos de adesão aos serviços partilhados indicados no quadro IV do Anexo II[230].

Todos os contratos de adesão, em conformidade com o estabelecido nos acordos de agrupados[231] e nos acordos de gestão[232] *supra* referidos estabeleceram a possibilidade das estruturas de serviços partilhados poderem ser criadas e geridas pelo SUCH ou por entidade por ele mandatada, mediante simples comunicação à entidade aderente, desde que nelas o SUCH detenha participação maioritária, controlo de gestão e dos respectivos órgãos de administração[233-234].

O único efeito daquela notificação era o de que, a partir daquela data, todas as relações jurídicas se passariam a estabelecer directamente entre a entidade mandatada pelo SUCH (no caso concreto, os ACE) e a entidade aderente[235]. Até então, embora os serviços fossem, na prática, prestados pelo ACE, uma vez que o SUCH não possuía competências internas para os desenvolver e, nos termos dos acordos de agrupados, o SUCH devia dar preferência à estrutura implementada e operada pelo respectivo ACE na prestação daqueles serviços[236], as relações jurídicas eram estabelecidas entre os aderentes e o SUCH[237].

Face ao exposto, qual então o(s) interesse(s) dos parceiros privados em participar no ACE, uma vez que não beneficiariam, no final, da estrutura dos serviços partilhados, não são nem serão clientes dos mesmos e apenas detinham uma participação minoritária (5%) nos ACE? Vislumbra-se apenas dois: o interesse lucrativo, essencialmente por via da remuneração dos respectivos contributos para

[228] Tal afirmação é, também, corroborada pela análise dos estudos de viabilidade económica dos ACE que são analisados nos pontos seguintes do Relatório.
[229] Designados efectivamente por Protocolos de Adesão. Regulam os termos e condições que regulam a adesão aos serviços partilhados, os direitos, obrigações e garantias dela emergentes, a participação dos aderentes na gestão dos serviços partilhados,
[230] Gestão de recursos humanos – 3; Compras – 3; Gestão financeira e contabilística – 2. Outros dos clientes dos ACE são o próprio SUCH e os restantes ACE.
[231] Designadamente cláusula 4ª de cada um dos Acordos de Agrupados, na parte referente aos compromissos do SUCH.
[232] Designadamente, considerandos D) dos contratos de gestão celebrados entre o SUCH e os Somos Pessoas, ACE, e Somos Contas, ACE, e considerandos 7 e 8 do contrato de gestão celebrado entre o SUCH e o Somos Compras, ACE.
[233] Designadamente, cláusulas terceiras dos contratos de adesão.
[234] Embora todos os ACE respeitassem aqueles requisitos, não se pode deixar de notar que, em determinadas matérias, o controlo de gestão não era apenas do SUCH, mas também dos outros agrupados privados, na medida em que, apesar da maioria dos membros do Conselho de Administração serem indicados pelo SUCH, algumas deliberações teriam de ser tomadas por unanimidade. Esta observação assume especial pertinência no Somos Contas, ACE, no qual era necessária a unanimidade dos votos do Conselho de Administração, designadamente para a celebração de contratos de prestação de serviços directamente com terceiros não agrupados e a fixação da remuneração dos serviços prestados a terceiros e ao SUCH.
[235] Vide, uma vez mais, considerandos D) dos contratos de gestão celebrados entre o SUCH e os Somos Pessoas, ACE, e Somos Contas, ACE, e considerando 8 do contrato de gestão celebrado entre o SUCH e o Somos Compras, ACE.
[236] Designadamente cláusula 4ª de cada um dos Acordos de Agrupados, na parte referente aos compromissos do SUCH, sendo que no Somos Pessoas, ACE, e no Somos Contas, ACE, essa preferência constituirá antes uma obrigação. Cláusula 4.1. do Acordo de Agrupados do Somos Contas, ACE - *"(…) o SUCH compromete-se perante os demais Agrupados: (…) (e) sempre que um potencial Cliente manifeste intenção de contratar o SUCH para a prestação de serviços de optimização de recursos, nas áreas financeira e de contabilidade, a utilizar a estrutura implementada e operada pelo Somos Contas para o exercício dessa actividade*"; Cláusula 4 (a). do Acordo de Agrupados do Somos Pessoas, ACE – *"O SUCH compromete-se perante os demais Agrupados a: (i) não fornecer ou prestar aos Utilizadores, sem recurso ao Somos Pessoas, ACE, qualquer serviço no exercício de actividade incluída no âmbito do Mandato*".
[237] Contudo, alguns contratos de adesão aos serviços partilhados referem que os pagamentos serão efectuados para um NIB que se veio a confirmar ser do ACE respectivo (vide, a este propósito os contratos de adesão aos serviços partilhados de gestão de recursos humanos celebrados entre o SUCH e a ARS do Algarve, IP, e a ARS do Norte, IP, este último remetido à fiscalização prévia).

o ACE[238] e o interesse na obtenção de *know how* sobre as especificidades do Sector Público da saúde. Em suma, os interesses que um qualquer operador económico teria se fosse convidado para o efeito.

Como remuneração dos respectivos contributos, os parceiros privados auferiram, até 31 de Dezembro de 2009: € 4.379.289,00, CapGemini; € 9.415.323,00, Accenture; € 7.659.195,60, SGG.

O SUCH, no respeito pelos princípios da transparência e igualdade entre os operadores económicos e como entidade adjudicante ao abrigo do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho[239], em vigor à data da constituição dos ACE, deveria ter lançado um procedimento para a escolha do parceiro privado que permitisse a participação de todos os eventuais interessados. Em analogia[240] com o regime jurídico aplicável aos contratos públicos de aquisição de serviços, o procedimento mais adequado seria o concurso público, cfr. disposições conjugadas dos artigos 80º, n.º 1, e 191º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, considerando os montantes percebidos[241] pelos parceiros privados até 31 de Dezembro de 2009, em execução dos acordos de agrupados.

A propósito do contrato de constituição de agrupamentos complementares de empresas vêm os alegantes (responsáveis do SUCH e de diversas entidades públicas adjudicantes, CHLO, CHLC, CHLN, ARSC e ARS Algarve) referir que o mesmo *"não estava – e continua a não estar – sujeita ao prévio lançamento de um procedimento concorrencial"*.

Ressalva-se o facto de a auditoria não evidenciar qualquer eventual infracção financeira a respeito da constituição dos agrupamentos complementares de empresas, por se considerar que o contrato de ACE não estava à data da sua celebração (2007) sujeito às regras da contratação pública e por se entender que os recursos públicos só seriam efectivamente postos em causa com a adjudicação em concreto dos contratos públicos de aquisições de serviços.

Contudo, as observações do texto do Relatório no sentido do SUCH, dever aplicar o regime da contratação pública aquando da celebração dos contratos de agrupamento, tem subjacente a tese de Bernardo Azevedo, *in* Estudos de Contratação Pública I, págs 136 e 137, que, tendo por base o Livro Verde da Comissão sobre Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões e da Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas, considera que *"(…) desde que observadas determinadas condições, subsistem boas razões que concorrem para sustentar que as sociedades de capitais mistos se podem conformar com os requisitos constitutivos do in house providing (…). Para tanto impõe-se um esforço de concepção de modelos de colaboração público-privada em que (i) o parceiro privado seja seleccionado no quadro de um procedimento concursal, com garantias adequadas de publicidade e imparcialidade; (ii) o objecto contratual se ache rigorosamente determinado e a duração do contrato pré-estabelecida; (iii) o parceiro público disponha de efectivos poderes de conformação da*

[238] De acordo com os contratos constitutivos e os acordos de agrupados, as empresas privadas, para além de participarem nos resultados dos ACE, foram reembolsadas pelos seus aportes iniciais e remuneradas pelas respectivas contribuições específicas para a operação do ACE.

[239] Recorde-se que o próprio Conselho Consultivo da PGR o qualifica como tal - *"(..) o SUCH, sempre que, como dono de obra ou adjudicante de bens e serviços, careça de contratar com terceiros, inclui-se entre as entidades equiparadas a organismos de direito público, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 3º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e 3º., n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, compreendendo-se, nessa estrita medida, no âmbito de aplicação subjectiva destes diplomas legais"* - 8ª conclusão do parecer 145/2001, da PGR.

[240] Uma vez que estamos perante contratos constitutivos de Agrupamentos Complementares de Empresas, não sujeitos à época ao regime jurídico da contratação pública.

[241] € 4.379.289,00, CapGemini; € 9.415.323,00, Accenture; € 7.659.195,60, SGG.

orientação estratégica e da gestão operacional da empresa; (iv) a sua actividade se dirija fundamentalmente ao abastecimento da entidade pública adjudicante; (v) a renovação do contrato seja aberta ao confronto concorrencial".

Ora, no caso concreto dos ACE criados pelo SUCH, os parceiros privados não foram sequer escolhidos no quadro de um procedimento concursal, com garantias adequadas de publicidade e imparcialidade, pelo que a atribuição em concreto dos contratos públicos de aquisição de serviços identificados pelas entidades públicas adjudicantes não podia deixar de ser precedida do procedimento legalmente aplicável.

As entidades públicas adjudicantes não podiam ter aceite que os serviços que lhes seriam prestados, ao abrigo do contrato de adesão por elas celebrado, o fossem por uma entidade (o ACE) que, contando com a participação de um operador económico privado, não foi sujeita a qualquer procedimento prévio de contratação pública[242].

Para além da previsão constante dos contratos de adesão relativa à possibilidade das estruturas de serviços partilhados poderem ser criadas e geridas pelo SUCH ou por entidade por ele mandatada, as entidades públicas adjudicantes conheciam[243], no momento da adjudicação, que o SUCH não possuía competências internas para prestar os serviços objecto dos contratos com elas celebrados, tendo de as ir buscar ao exterior. Assim, deviam estas entidades ter garantido o lançamento do procedimento de contratação pública adequado.

Considerando os valores estimados da despesa decorrente dos contratos de adesão, a natureza jurídica das entidades adjudicantes e o regime jurídico em vigor à data da celebração dos mesmos, os procedimentos de adjudicação legalmente aplicáveis seriam os que constam do quadro *infra*. Não se incluem os contratos de adesão, celebrados pelas Administrações Regionais de Saúde do Norte (gestão de recursos humanos e gestão contabilística e financeira) e do Centro (contabilística e financeira), submetidos a fiscalização prévia[244].

Quadro VI – Procedimentos de adjudicação

Unidade de serviços partilhados	Entidade hospitalar	Data da celebração do contrato	Duração do contrato	Fase de execução	Valor anual estimado (s/ IVA)	Procedimento de adjudicação aplicável	Base legal
Serviços partilhados de compras e logística Somos Compras, ACE	Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE	07.10.2008	16.04.2012 (prorrogável)	Transição/Operação	360.000,00	CP ou CLPQ, com publicação de anúncio no JOUE	Art.os 2º, n.º 2, al. a), 5º, n.º 3, al. b), e 20º, n.º 1, al. b), do CCP
	Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE	07.10.2008	16.04.2012 (prorrogável)	Transição/Operação	360.000,00	CP ou CLPQ, com publicação de anúncio no JOUE	Art.os 2º, n.º 2, al. a), 5º, n.º 3, al. b), e 20º, n.º 1, al. b), do CCP
	Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE	07.10.2008	16.04.2012 (prorrogável)	Transição/Operação	360.000,00	CP ou CLPQ, com publicação de anúncio no JOUE	Art.os 2º, n.º 2, al. a), 5º, n.º 3, al. b), e 20º, n.º 1, al. b), do CCP
Serviços partilhados de recursos humanos Somos Pessoas, ACE	Administração Regional de Saúde do Centro, IP	01.07.2008	6 meses (prorrogável)	Operação	157.862,88*	CP	Art.os 2º, al. b), e 80º, n.º 1, do DL n.º 197/99
		01.01.2009	1 ano (prorrogável)	Operação	278.863,20	CP ou CLPQ, com publicação de anúncio no JOUE	Art.os 2º, n.º 1, al. d), e 20º, n.º 1, al. b), do CCP
	Administração Regional de Saúde do Algarve, IP	03.03.2008	1 ano (prorrogável)	Operação	100.000.00	Negociação c/ publicação de anúncio	Art.os 2º, al. b), e 80º, n.º 3, do DL n.º 197/99
		01.03.2009	1 ano (prorrogável)	Operação	107.982,00	CP ou CLPQ	Art.os 2º, n.º 1, al. d), e 20º, n.º 1, al. b), do CCP

Nota: Os Centros Hospitalares referenciados para além de terem celebrado o contrato de adesão aos serviços partilhados de compras e logística, participam, como parceiros institucionais, no Somos Compras, ACE, conforme já referido no texto. Assim, para além de cada Centro Hospitalar deter uma participação de 3% neste ACE, participando por esta via na implementação e operação daquele, celebrou com o SUCH um contrato de adesão àqueles serviços partilhados que, por sua, vez, já tinha celebrado um contrato de gestão/mandato com o ACE em causa.
*Valor para 6 meses. Não existindo valor estimado, o valor indicado é o valor facturado pelo Somos Pessoas, ACE, pelos serviços prestados de Julho a Dezembro de 2008, deduzido da taxa de IVA (20%).

[242] A este propósito saliente-se que os pareceres da PGR sublinhavam que a exclusão de aplicação do regime jurídico da realização de despesas públicas entre o SUCH e os seus associados públicos não se estendia às relações entre o SUCH e terceiros a quem tivesse que recorrer para prover aos pedidos daquelas.

[243] Porque participaram nas Assembleias Gerais do SUCH, que aprovaram as alterações aos Estatutos, em 2006, a Estratégia de Constituição dos Serviços Partilhados, o Plano Estratégico do SUCH 2007-2009, a constituição em concreto de cada um dos ACE dos serviços partilhados e, finalmente, porque, no caso dos serviços partilhados de compras e logísticas, as entidades públicas adjudicantes são aquelas que participaram, *ab initio*, na constituição do ACE.

[244] Já objecto de decisão por parte do Tribunal de Contas, ainda que não transitada em julgado.

A não realização do procedimento de contratação legalmente exigível contrariou o disposto nos artigos identificados no quadro *supra*, o que configura eventuais infracções financeiras susceptíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória relativamente aos membros do Conselho de Administração das entidades públicas adjudicantes, à data da celebração dos contratos de adesão, e do SUCH, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

Conforme referido no ponto 12.1., os contratos de adesão aos serviços partilhados de compras e logística foram precedidos da participação dos Centros Hospitalares na constituição do Somos Compras, ACE, em 2007, tendo esta participação sido autorizada por despacho conjunto do Secretário de Estado do Tesouro e Finanças e pelo Secretário de Estado da Saúde, de 28 de Fevereiro de 2007, e objecto de deliberação dos membros do Conselho de Administração em exercício. Até ao final do trabalho de campo, nenhum dos Centros Hospitalares aderentes a estes serviços efectuou qualquer pagamento ao abrigo dos contratos de adesão identificados, por não reconhecerem a dívida. Contudo, o ACE cedeu os créditos correspondentes às entidades financeiras que asseguram o Sistema de Garantia de Pagamentos, que têm debitado juros mensais às entidades hospitalares (cfr. ponto 12.4.2).

Da análise aos processos de adesão das instituições públicas aos serviços partilhados disponibilizados pelo SUCH, através dos ACE foi possível, ainda, concluir que nenhuma das entidades públicas aderentes suportou a decisão de externalizar as funções em estudos próprios e/ou independentes.

Os responsáveis e ex-responsáveis dos Centros Hospitalares de Lisboa Norte, Central e Ocidental, entidades públicas empresariais (EPE), apresentaram alegações, em conjunto ou individualmente, cujo teor é totalmente coincidente na parte respeitante à eventual infracção financeira supra evidenciada - a não realização dos procedimentos de contratação legalmente exigíveis, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística à aquisição de serviços de compras e logística.

A este propósito, alegam os responsáveis dos Centros Hospitalares que o Relato *" (…) incorreu numa errónea aplicação do direito aos factos, não procedendo, por conseguinte, a infracção financeira apontada" "(…) na medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da ilicitude, da culpa e da existência de norma (sancionatória) habilitante para o efeito".*

Os argumentos relativos à inexistência de norma habilitante para a imputação da responsabilidade financeira sancionatória foram tratados no ponto 7.6.1.1, para o qual se remete.

Quanto à inexistência do pressuposto da ilicitude referem os responsáveis *"A eventual responsabilidade pela não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística, em consequência da participação dos"* Centros Hospitalares *"no Somos Compras, ACE – parecendo ser este o facto considerado pelo Tribunal de Contas como sendo susceptível de integrar uma eventual infracção financeira"*[245].

[245] Referem, ainda, uma outra situação – "*A eventual responsabilidade financeira pela inobservância pelo Somos Compras, ACE, das regras da contratação pública"* – que não tendo sido evidenciada no Relato, uma vez que os Centros Hospitalares não adquiriram quaisquer bens ao Somos Compras, ACE, ao abrigo dos procedimentos por este realizados, alguns dos quais ilegais, não se verificando nesta situação qualquer despesa pública (cfr. ponto 12.4.2. do Relatório), não será objecto de tratamento autónomo.

Argumentam os responsáveis que *"(…) a constituição de um ACE, inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (…) nem se encontra (…), sujeita às regras da contratação pública. Quer o SUCH (…) quer os"* Centros Hospitalares *"(…), procederam nos termos da lei aplicável – a saber, a Lei n.º 4/73, de 4 de Junho e o Decreto-Lei n.º 430/75, de 25 de Agosto - à constituição de ACE "a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades"* (cfr. Base I, n.º 1, da Lei n.º 4/73).

A este propósito, importa esclarecer que os factos identificados na auditoria como configurando eventuais infracções financeiras susceptíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória não respeitam ao contrato de constituição do Somos Compras, ACE, celebrado em 2007, cuja formação não estava incluída no âmbito de aplicação do regime jurídico da contratação pública então vigente, mas sim à celebração, pelos Centros Hospitalares, dos contratos de aquisição de serviços de compras e logística (contratos de adesão), em Outubro de 2008, uma vez que sendo estes contratos de aquisição de serviços e estando sujeitos ao regime jurídico da contratação pública, não foram precedidos dos procedimentos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, previstos no artigo 20º, n.º 1, alínea b), do CCP.

Não se olvida, porém, que os três Centros Hospitalares de Lisboa eram parceiros institucionais do Somos Compras, ACE, desde a sua constituição, pelo que tendo o ACE como objecto a implementação das estruturas de serviços partilhados e a prestação dos serviços por eles implementados ao SUCH e às entidades associadas do SUCH, a aquisição de serviços ao ACE por aqueles Centros Hospitalares, seria, no âmbito da parceria constituída, uma consequência natural dessa participação.

Contudo, sendo a celebração de contratos públicos uma actividade legalmente vinculada, não se pode admitir que, por causa de um acto contratual anterior que determina (ou antevê) a celebração futura de contratos públicos, o regime legal deixasse de ser aplicado. Tal manobra, prejudicaria o efeito útil do regime da contratação pública, que para além de garantir a sã concorrência entre os operadores económicos, visa também garantir a boa gestão dos dinheiros públicos, através da escolha da melhor proposta técnica e económica. Ora, como se viu, no caso concreto, nem o parceiro privado do Somos Compras, ACE[246], foi sujeito a qualquer procedimento que garantisse aquele efeito útil[247], nem posteriormente a atribuição em concreto dos contratos públicos pelos Centros Hospitalares foi sujeita a qualquer procedimento.

Alegam, ainda, os responsáveis dos Centros Hospitalares que, também, não se verifica o pressuposto da culpa *"mesmo na menos agravada forma de negligência", "(…) na medida em que não houve, designadamente, qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após as diligências efectuadas e o enquadramento histórico da situação) a convicção dos membros do Conselho de Administração"* dos Centros Hospitalares *"da legalidade de todo o processo de adesão"*, invocando para o efeito os pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, a vinculação dos Centros Hospitalares *"às orientações da Tutela, no sentido de se proceder à centralização de aquisições de bens e serviços no sector da Saúde, constituindo o Somos Compras, ACE, uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato"*,

[246] Cujos interesses, como referido no ponto 12.1.1. eram os de qualquer operador privado - o interesse lucrativo, essencialmente por via da remuneração dos respectivos contributos para o ACE e o interesse na obtenção de *know how* sobre as especificidades do Sector Público da saúde.

[247] Porque tratando-se formalmente de um contrato de constituição de um Agrupamento Complementar de Empresas, o mesmo não estava sujeito àqueles procedimentos.

invocando, entre outros, diversos actos do Governo, alguns dos quais constantes do Anexo IV do Relatório, e dos quais parece resultar aquela orientação.

Relativamente aos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, o argumento não colhe porquanto os mesmos se referiam às relações entre as entidades públicas adjudicantes e o SUCH, sem intervenção de entidades terceiras, e consideravam[248] que, nas situações em que o SUCH carecesse de contratar a aquisição de bens e serviços a entidades terceiras, essa sua actividade situava-se já num plano alheio ao do regime da cooperação material entre associados e encontrava-se sujeita ao regime jurídico da contratação pública, referindo que o SUCH se incluía, *"entre as entidades equiparadas a organismos de direito público"* para efeitos de aplicação do regime jurídico da contratação pública[249].

Ora na criação dos serviços partilhados era evidente que o SUCH teria de recorrer a entidades externas, uma vez que conforme referido no ponto 12.1 do Relatório, o mesmo não possuía competências internas para os desenvolver. A *nuance* na criação dos serviços partilhados é que em vez de o SUCH recorrer aos meios tradicionais de aquisição de serviços, que o obrigaria a aplicar as regras da contratação pública[250], constituiu Agrupamentos Complementares de Empresas, através dos quais adquiriu serviços a operadores económicos que foram remunerados por via do pagamento dos respectivos contributos para o ACE.

A atribuição de contratos públicos[251] a entidades que já não se inseriam no estrito plano das relações entre o SUCH e as entidades públicas adjudicantes e que por isso já não se enquadravam na doutrina dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, devia ter suscitado dúvidas nos gestores que, encontrando-se investidos no exercício de funções públicas, possuem um conhecimento acrescido da disciplina jurídica que rege a gestão de recursos públicos.

Quanto *"às orientações da Tutela, no sentido de se proceder à centralização de aquisições de bens e serviços no sector da Saúde, constituindo o Somos Compras, ACE, uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato"*, importa reforçar que os três Centros Hospitalares aderentes dos serviços partilhados de compras e logística são entidades públicas empresarias, sujeitas, na sua gestão, aos poderes de superintendência e tutela previstos na lei, designadamente no Decreto-Lei n.º 558/99, na redacção do Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, e no Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, dos quais não resultava à data da celebração do contrato de adesão aos serviços partilhados[252] qualquer obrigatoriedade de adesão a tais serviços. Assim, sabendo que os serviços partilhados iam ser disponibilizados por uma entidade (o Somos Compras, ACE) que integrava um operador económico privado, sem sujeição às regras da contratação pública, deviam

[248] Parecer n.º 145/2001.
[249] 8ª Conclusão do Parecer n.º 145/2001.
[250] Quer porque seja considerado ele próprio uma entidade adjudicante, quer porque, nas relações até recentemente existentes entre o SUCH e as entidades públicas adjudicantes aquele era visto como um "prolongamento" destas entidades, sendo-lhe exigível tal como sucede com estas, a observância das regras da contratação pública. *Vide*, a este propósito, Cláudia Viana, *"Contratos públicos "in house", em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais"*, *in* Direito Regional e Local, Outubro/Dezembro de 2007.
[251] No caso concreto, os contratos de adesão aos serviços partilhados.
[252] E, actualmente, continua a não resultar, dos diplomas citados, este tipo de vinculação. O artigo 4º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 19/2010, de 22 de Março, que criou a SPMS, EPE, estabeleceu, no entanto, a possibilidade de, por despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde, ser determinada a utilização dos serviços partilhados disponibilizados pela SPMS, EPE, com carácter de generalidade, para a totalidade ou parte dos serviços e instituições do SNS ou dos órgãos e serviços do Ministério da Saúde. Embora, ainda, sem carácter imperativo, o Despacho n.º 10760/2010, de 22 de Junho, do Ministro de Estado e das Finanças e da Ministra da Saúde, publicado no DR 2ªS, n.º 124, de 29 de Junho, relativo à elaboração de planos de redução de despesa pelos hospitais integrados no sector empresarial do Estado e extensível aos hospitais do sector público administrativo, determina que estas entidades recorram à informação da SPMS, EPE, previamente à aquisição de material clínico e medicamentos.

os responsáveis dos mesmos ter actuado com maior prudência. Em sede de responsabilidade financeira, o gestor público tem de conseguir demonstrar que obteve a melhor utilização possível dos recursos públicos, traduzida não só no melhor resultado ao mais baixo custo, mas também no respeito pelas regras estabelecidas. No caso concreto, os Centros Hospitalares aderiram a um serviço, em Outubro de 2008, que ainda não se encontrava preparado para lhes prestar os serviços pretendidos, conforme demonstrado nos pontos 12.4.1 e 12.4.2., e assumiram um compromisso que violou o regime jurídico aplicável às aquisições de serviços.

Ainda, assim, considerando o envolvimento do Governo e da Tutela na criação dos serviços partilhados, o racional económico que está na base da criação de serviços partilhados e a vontade dos responsáveis pelas entidades aderentes aos serviços partilhados darem o seu contributo a uma experiência que, se bem sucedida, poderia contribuir para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde, conclui-se que os mesmos não actuaram com a intenção de violar o regime jurídico da contratação pública.

Ademais, o primeiro Relatório do Tribunal de Contas que se debruçou sobre uma situação em que se verificou haver a intervenção, na prestação do serviço à entidade pública adjudicante, de uma entidade participada pelo SUCH, o SUCH-Dalkia, ACE, foi o Relatório de Auditoria n.º 18/2009 – 2ª S, de 28 de Maio, relativo ao Hospital Garcia de Orta, EPE, não se conhecendo recomendação constante de relatório final de qualquer órgão de controlo interno, no sentido da correcção das irregularidades detectadas na presente auditoria. Nesta conformidade, encontram-se preenchidos os pressupostos para a relevação pelo Tribunal da eventual responsabilidade financeira sancionatória, constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.ºs 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.

Embora os textos das alegações, dos responsáveis e ex-responsáveis das **Administrações** Regionais de Saúde do Algarve e do Centro, institutos públicos, não sejam coincidentes, as mesmas recorrem a argumentos semelhantes aos dos três Centros Hospitalares, destacando-se, por mais pertinentes para a matéria controvertida, os seguintes:

- A inexistência de facto ilícito, porquanto:
  i) as relações entre os associados e o SUCH, situando-se, *"ainda, materialmente, no plano da auto-satisfação das necessidades da Administração"* encontram-se excluídas da aplicação das regras da contratação pública, tal como propugnado nos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, subsumindo-se, ainda, com a entrada em vigor do CCP, nos requisitos do respectivo artigo 5º, n.º 2;
  ii) a constituição do ACE, levada a cabo pelo SUCH *"não se encontrava (…) nem encontra (…) sujeita à regras da contratação pública"*;
- A inexistência de culpa, pois os respectivos Conselhos Directivos agiram de boa-fé, na convicção de estarem a actuar em conformidade com a lei e com as orientações do Governo e da Tutela no que concerne ao recurso aos serviços partilhados, *"constituindo o Somos Pessoas, ACE, uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato"*, e de que a *"adesão a um serviço partilhado de vencimentos, para além de permitir uma racionalização da estrutura de pessoal e, a prazo, se traduzir numa significativa redução de custos, constituiu uma oportunidade para a melhoria e modernização dos processos de gestão e administração dos recursos humanos e dos sistemas de recolha e tratamento de dados da área do pessoal"*.

Alegam, ainda, os responsáveis da ARS Algarve a inexistência de um dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros pelas entidades públicas adjudicantes e suscitam a questão da não retroactividade dos ilícitos sancionatórios.

Todas as questões levantadas foram já objecto deste e de outros pontos (7.5, 7.6.1.2, 7.6.2.1) do Relatório, remetendo-se para aí o seu tratamento.

Quanto aos argumentos dos responsáveis de ambas as ARS, com os quais pretendem sustentar a inexistência de culpa, considera-se ser extensível aos responsáveis das ARS o referido a propósito da responsabilidade dos responsáveis dos três Centros Hospitalares de Lisboa pela adesão ao serviço partilhado de compras e logística, sendo de relevar a eventual responsabilidade financeira sancionatória dos membros do Conselho Directivo de ambas as ARS, por se verificarem preenchidos os pressupostos constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto.

Quanto à eventual responsabilidade dos membros do Conselho de Administração do SUCH, evocam estes, como já referido nos pontos 7.6.2.1 e 7.6.2.2, para os quais se remete, a violação dos princípios constitucionais da protecção da confiança e da não retroactividade dos ilícitos sancionatório e a inexistência de facto ilícito e culposo quanto aos actos por eles praticados.

Argumentam, ainda, sobre o cometimento dos serviços ao Somos Pessoas, ACE, e ao Somos Compras, ACE, que *"(…)não é seguro afirmar-se que não está aqui em causa, ainda, a prestação de um serviço ao abrigo de uma relação in house, uma vez que, por intermédio do SUCH (…), o controlo exercido pelos associados é estendido (…)"* aos próprios ACE.

A este respeito evoca-se, uma vez mais, a jurisprudência comunitária que, tal como os alegantes referem, "*entende que a participação de privados obsta à verificação de uma tal relação"*. O facto de o artigo 5º, n.º 2, do CCP, nada dizer quanto à exclusão de entidades de capital misto do conceito de contratação *in house*, como argúem, ainda, os alegantes, não contraria uma interpretação, como a já defendida pelo Tribunal de Contas, em 1ª Secção, que pretende salvaguardar os princípios que enformam o regime jurídico dos contratos públicos – da transparência, da igualdade, da concorrência – evitando que através de situações alegadamente excluídas do regime da contratação pública venham a beneficiar agentes económicos em detrimento de outros que não tiveram a mesma oportunidade. A transparência e a contestabilidade dos processos de adjudicação são também um meio importante das entidades públicas obterem os melhores serviços/bens ao melhor preço e qualidade.

Contudo, nesta matéria, releva-se a eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho de Administração do SUCH, porquanto se encontram igualmente preenchidos os pressupostos constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto:

- Face ao referido no ponto 7.6.2.2, em especial na alínea *ii)*, e sem prejuízo do nele exposto, entende-se que a não realização do procedimento de contratação legalmente exigível só lhes pode ser imputada a título de negligência;
- O primeiro Relatório do Tribunal de Contas que se debruçou sobre uma situação em que se verificou haver a intervenção, na prestação do serviço à entidade pública adjudicante, de uma entidade participada pelo SUCH, foi o Relatório de Auditoria n.º 18/2009 – 2ª S, de 28

Mod. TC 1999.001

de Maio, relativo ao Hospital Garcia de Orta, EPE, posterior às situações identificadas na auditoria;

- Não se conhece recomendação constante de relatório final de qualquer órgão de controlo interno, no sentido da correcção das irregularidades detectadas, nem qualquer juízo de censura que sobre a matéria em causa tenha recaído sobre os responsáveis indiciados.

Nesta matéria, considera-se ser, ainda, de realçar que a constituição das unidades de serviços partilhados foi uma resposta a uma necessidade da tutela e dos respectivos associados que aprovaram e homologaram uma alteração dos estatutos que permitiu a constituição pelo SUCH das unidades de serviços partilhados, bem como a estratégia de constituição dos serviços partilhados e a criação de cada um dos novos agrupamentos.

12.1.2. A falência da estratégia de constituição dos serviços partilhados pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

No final de 2008 e início de 2009, eram já evidentes os desvios entre as projecções económico-financeiras constantes dos estudos de viabilidade económica de cada ACE e os dados reais[253], conforme se evidencia nos pontos do Relatório relativos a cada ACE. Já então os serviços partilhados operados pelos ACE, não estavam a conseguir demonstrar os "*sucessos imediatos*" e a "*geração de valor*" para o Erário Público[254], manifestando ainda dificuldades em obter a adesão voluntária de entidades públicas do Sector da Saúde.

A estratégia de constituição dos serviços partilhados apresentou desde logo fragilidades ao nível:

→ **Da falta de conhecimentos do SUCH e do parceiro privado sobre as idiossincrasias do Sector Público da Saúde**

Nem o SUCH, nem o parceiro privado dominavam as idiossincrasias específicas do Sector Público da Saúde. De acordo com o estudo "*Criação da unidade de serviços partilhados de Saúde"*, de Dezembro de 2008, da The Boston Consulting Group, que propugnava a criação de uma entidade pública empresarial de serviços partilhados da saúde: cerca de 80% das compras do SNS são específicas do Sector da Saúde, o que implica um elevado conhecimento de produtos e fornecedores; cerca de 80% dos recursos humanos do SNS são específicos do Sector da Saúde, implicando um conhecimento específico das carreiras e regimes de trabalho; as instituições do Sector Público da saúde aplicam o Plano Oficial de Contas do Ministério da Saúde (POCMS)[255].

A falta de competências específicas sobre o sector dificultou a comunicação com as áreas administrativas das entidades públicas adjudicantes, aumentando ainda mais a resistência à mudança que estes processos já por si (naturalmente) suscitam e tornou a implementação dos serviços partilhados muito dependente da disponibilidade dessas áreas, que, considerando a

[253] Os *estudos de viabilidade económica* iniciais previam, também, a recuperação integral do investimento na estrutura nos primeiros 3/4 anos.

[254] Estudos realizados, por solicitação do SUCH, pelas empresas The Boston Consulting Group, "Criação da Unidade de Serviços Partlhados de Saúde", de 8 de Dezembro de 2008, e pela Augusto Mateus & Associados - Sociedade de Consultores, Lda, "SUCH-SOMOS SPS: Plano de Sustentabilidade 2010-2015 – Relatório Preliminar", de Outubro de 2009, estimam que os ganhos (traduzidos em redução de custos do Serviço Nacional de Saúde) com a adesão generalizada das instituições do Serviço Nacional de Saúde aos serviços partilhados em saúde nas áreas das compras e logística, gestão de recursos humanos e gestão administrativa e financeira (disponibilizados até ao momento pelos ACE criados pelo SUCH) e na área de tecnologias e sistemas de informação poderão ascender de € 230.000.000 a € 400.000.000/ano.

[255] Aprovado pela Portaria n.º 898/2000, de 28 de Setembro. As entidades públicas empresariais do Sector da Saúde aplicam igualmente este Plano Oficial, embora adaptado, cfr. artigo 24º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e Despacho Conjunto dos Ministros de Estado e das Finanças e da Saúde n.º 17 164/2006, de 7 de Junho, publicado no DR 2ªS, n.º 164, de 25 de Agosto.

necessidade de desenvolverem a sua actividade normal, encontravam-se impedidas de colaborar com o ACE conforme seria desejável para a obtenção de sucessos imediatos, cuja demonstração era essencial para a escalagem dos serviços partilhados.

A dependência referida estendeu-se, também, à Administração Central do Sistema de Saúde. IP, (ACSS, IP), que tem por missão *"(…) administrar os recursos humanos, financeiros, instalações e equipamentos, sistemas e tecnologias da informação do Serviço Nacional de Saúde (…)"*, e que vem, desde há longos anos[256], a assegurar o desenvolvimento e manutenção de sistemas de informação de contabilidade e de recursos humanos da grande maioria das entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, bem como de unidade ministerial de compras do Ministério da Saúde.

Não fosse a colaboração que os técnicos e dirigentes das entidades públicas prestaram, a título gratuito, aos ACE, no processo de implementação dos serviços partilhados, estes ainda registariam maiores atrasos e dificuldades do que aquelas que se verificaram.

→ **Da falta de capacidade financeira dos ACE**

Sem capital próprio, os contratos constitutivos dos ACE estabeleciam que a actividade dos mesmos seria financiada através de recursos próprios, de aportes de capital dos agrupados a título de empréstimo e pelo financiamento de terceiros, incluindo empréstimos bancários[257].

Considerando a escassez de recursos próprios e o facto de nunca os agrupados terem aportado capital para os ACE, o recurso ao crédito bancário tem sido a principal fonte de financiamento. Em 31 de Dezembro de 2008, as dívidas a instituições de crédito dos ACE ascendiam a € 23.626.700,00[258-259], e os custos financeiros suportados com aqueles empréstimos já totalizavam € 1.267.455,04[260].

→ **A situação específica do Somos Compras, ACE**

No início do projecto (Abril de 2007) admitiu-se que o arranque abrangesse todos os serviços a prestar pelo ACE nas áreas das compras e da logística. Em Janeiro 2008, porém, decidiu-se pela implementação faseada, com vista a assegurar um maior controlo e segurança do processo. Sem questionar esta opção, salienta-se que a mesma deveria ter sido tomada logo aquando da constituição do ACE, evitando assim custos desnecessários com a implementação dos serviços de logística[261].

Considerando os responsáveis do SUCH que foram, principalmente, os factores exógenos, sintetizados no ponto 7.4.1 do Relatório, que comprometeram a execução do plano estratégico da Associação, os mesmos argumentam, também, *"que nenhuma das (duas) fragilidades apontadas" supra "se afigura verdadeira – a saber, (i) falta de conhecimentos do SUCH e do parceiro privado sobre as idiossincrasias do Sector Público, tornando a implementação dos serviços partilhados muito*

[256] Anteriormente através do IGIF.
[257] Cfr. artigo 25º dos contratos constitutivos dos ACE.
[258] Em 2008, Somos Pessoas, ACE - € 2.900.000,00; Somos Contas, ACE – € 11.000.000,00; Somos Compras, ACE - € 9.726.700,00. Em 2009, Somos Pessoas, ACE - € 4.750.000,00; Somos Contas, ACE - € 14.600.000,00; Somos Compras, ACE - € 13.839.010,00 – vide pontos do Relatório e Anexos sobre situação financeira dos ACE.
[259] Representando 101,02% e 143,02% dos capitais próprios do SUCH em 2007 (€ 23.388.009,90) e 2008 (€ 15.885.554,21), respectivamente. Se este endividamento fosse realizado pelo SUCH a decisão de contracção dos empréstimos teria de ser homologada pelo Ministro da Saúde.
[260] Considerando custos de financiamento registados em contas de custos e perdas, custos diferidos e de imobilizações em curso – vide pontos do Relatório e Anexos sobre situação financeira dos ACE.
[261] Designadamente com recursos humanos, que acabaram por ser dispensados já no decurso de 2008).

dependente da disponibilidade das áreas administrativas das entidades públicas adjudicantes, e (ii) falta de capacidade financeira dos ACE", argumentando, quanto à primeira, que o SUCH *"há mais de 44 anos (…) detém reconhecidos conhecimento e experiência no Sector da Saúde"* e que *"a escolha dos parceiros privados que iriam integrar os respectivos ACE ter, justamente, resultado da avaliação do conhecimento e experiência que estes possuíam na implementação de serviços partilhados na área da saúde"*. Referem ainda desconhecer, quanto à primeira fragilidade apontada, *"quais os elementos que foram tidos em consideração para qualificar a implementação dos serviços partilhados como muito dependente da colaboração das áreas administrativas das entidades públicas"*.

No que concerne à *"falta de capacidade financeira dos ACE"*, alegam que *"a circunstância dos ACE terem sido constituídos sem capital (…) tornaram inevitável o recurso ao crédito bancário, o qual, constituindo a única forma de financiamento externo possível, partiu de uma deliberação consciente e ponderada"*, pelo que, considerando entre outros factores, que *"tendo sido adoptadas, no ano de 2009, quer na Assembleia Geral Extraordinária de 3 de Julho, quer pelo Governo em 17 de Setembro, medidas de correcção estratégica dos factores críticos geradores de ameaça à sustentabilidade e autonomia do SUCH - estranha-se e refuta-se totalmente a acusação expressa no Relato de que foi prosseguida neste período uma política de financiamento irreflectida"*.

Quanto à *"falta de conhecimentos do SUCH e do parceiro privado sobre as idiossincrasias do Sector Público, tornando a implementação dos serviços partilhados muito dependente da disponibilidade das áreas administrativas das entidades públicas adjudicantes"*, nunca se pôs em causa a experiência do SUCH no que concerne à sua actividade nas áreas de negócio tradicionais, como a alimentação, lavandaria, gestão de resíduos. Contudo, o SUCH não possuía qualquer experiência nas áreas de gestão de recursos humanos, de gestão financeira e contabilística e de compras e logística de produtos específicos do sector da saúde (v.g. medicamentos e material de consumo clínico)[262]. Da mesma forma, não se colocou em causa o conhecimento e experiência dos parceiros privados na implementação de serviços partilhados na área da saúde.

Contudo, verificou-se que nem o SUCH nem os parceiros privados dos ACE, dominavam as idiossincrasias do Sector Público da Saúde que implicam um elevado conhecimento quer da legislação sobre os regimes de trabalho e de carreira quer do POCMS quer dos produtos a adquirir estando muito dependentes das áreas administrativas das entidades públicas adjudicantes, esta conclusão encontra-se sumariamente desenvolvida nos pontos relativos a cada um dos ACE, a saber: Somos Compras, ACE – ponto 12.2.2[263]; Somos Contas, ACE - ponto 12.3[264]; Somos Compras, ACE - 12.4.1[265].

[262] O próprio SUCH aplica, internamente, o regime do contrato individual de trabalho, o Plano Oficial de Contabilidade e não existe evidências de que no exercício da sua actividade tenha adquiridos produtos específicos do sector da saúde.

[263] Onde, entre outros aspectos, se refere que aumentou a diversidade e a frequência de erros no processamento salarial, destacando-se, entre outros: declarações anuais de vencimento erradas; recibos com reposições superiores aos abonos; ausência de limites ao pagamento das unidades contratualizadas; centros de custo errados; categorias profissionais erradas; bases de incidência de descontos para IRS e ADSE erradas. A correcção destes erros, alguns dos quais evitáveis se houvesse um domínio da legislação do sector, tornou mais demorada a tarefa de conferência do processamento salarial por parte dos funcionários das entidades adjudicantes.

[264] Onde se referem a colaboração e o apoio que os técnicos da ARSC prestaram ao processo de adesão, com aumento do volume de trabalho (inúmeras reuniões, deslocações, análise de documentos, revisões de modelos de processos, etc.).

[265] Onde se refere, nomeadamente, que o trabalho realizado, em 2008 e 2009, de criação do ficheiro mestre, de definição das especificações técnicas dos produtos e dos critérios de avaliação e adjudicação a utilizar nos procedimentos de contratação pública, foi feito essencialmente com recurso a profissionais das entidades hospitalares, para além de outros contratados pelo próprio Somos Compras, ACE, e a deliberação do Conselho de Administração do CHLC que autorizou a facturação ao Somos Compras, ACE, dos serviços prestados ao Agrupamento, nomeadamente quanto ao tempo dispendido pelos colaboradores daquele centro hospitalar em "(…) prestar as informações necessárias, participar em reuniões, efectuar a formação para a utilização do software e realizar o alinhamento dos artigos(…).

No que concerne à *"falta de capacidade financeira dos ACE"* as observações produzidas pelos alegantes em nada contrariam as observações do Relato quanto àquela fragilidade, apenas referem que o recurso ao crédito bancário era inevitável, considerando que os ACE não tinham capital próprio, e contestam a conclusão *"de que foi prosseguida neste período uma política de financiamento irreflectida"*, que, no entanto, é evidente se atentarmos no exemplo dado do rácio de autonomia financeira, que passou de 0,38, em 2005, para 0,11, em 2009, em consequência do impacto nas contas do SUCH dos resultados negativos dos ACE (*vide* ponto 13).

12.1.3. A criação pelo Governo da SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE

A consideração de que os objectivos que estiveram na génese da criação dos serviços partilhados para a área da Saúde seriam melhor concretizados por uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial[266] e as decisões de recusa de visto do Tribunal de Contas[267], estiveram na base da criação, pelo Decreto-Lei n.º 19/2010, de 22 de Março, da "*SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE"* uma entidade de direito público de natureza empresarial, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial cujas atribuições são *"a prestação de serviços partilhados específicos da área da saúde em matéria de compras e logística, financeiros e recursos humanos aos estabelecimentos e serviços do SNS, independentemente da sua natureza jurídica, bem como aos órgãos e serviços do Ministério da Saúde e a quaisquer outras entidades, quando executem actividades específicas da área da saúde"* [268].

De princípio a SPMS, que beneficia do direito exclusivo de exercer a actividade de disponibilização dos serviços partilhados específicos da área da saúde aos estabelecimentos e serviços do SNS e aos órgãos e serviços do Ministério da Saúde, prestará serviços nos casos em que estes recorram a uma solução de serviços partilhados para assegurar o exercício daquelas funções. Contudo, por despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde, a utilização dos serviços partilhados disponibilizados pela SPMS pode ser determinada, com carácter de generalidade, para a totalidade ou parte daqueles estabelecimentos e serviços, podendo os contratos-programa a celebrar com os hospitais EPE estabelecer a forma de articulação entre a SPMS e essas entidades[269].

A SPMS sucederá nas posições jurídicas dos ACE criados pelo SUCH, nos termos e condições estabelecidos em acordo a celebrar entre a SPMS e aquelas entidades[270]. Essas posições jurídicas compreendem a universalidade de bens e direitos detida por cada um dos Agrupamentos, e afecta

---

[266] No preâmbulo do diploma pode-se ler: "*A criação de uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, que tenha por objecto principal a prestação de serviços em matéria de compras e logística, de serviços financeiros e de recursos humanos, em moldes empresariais, é a solução que melhor pode corresponder à concretização dos objectivos definidos*".

[267] Cfr. comunicado do Conselho de Ministros de 17 de Março de 2009. As decisões de recusa de visto relativas aos serviços partilhados criados pelo SUCH foram as seguintes: Proc.º n.º 1045/2009 - Acórdão nº 159/2009 -29.Out-1.ª S/SS - "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, I.P., e o SUCH; Proc.º 1807/2009 - Acórdão n.º 4/2010, de 23 de Fevereiro – "Protocolo de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Centro, IP, e o SUCH; Proc.º 1825/2009 - Acórdão n.º 6/2010, de 25 de Fevereiro - "Protocolo de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças", celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, IP, e o SUCH; Proc.º n.º 1615/2009 – Acórdão n.º 171/2009, de 4 de Dezembro - Protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, ACE.

[268] Artigo 3º, n.º 1.

[269] Artigo 4º.

[270] E homologado pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde. De acordo com informação prestada pelo Chefe de Gabinete da Ministra da Saúde, por ofício de 15 de Setembro de 2010, o acordo referido encontra-se a ser finalizado. Até à sua homologação a SPMS, EPE, encontra-se em fase de instalação e os Agrupamentos Complementares de Empresas criados pelo SUCH continuam em actividade. O acordo reportará os seus efeitos a 31 de Maio de 2010.

ao exercício dos serviços partilhados, e abrange todo o activo e passivo, património físico e jurídico e posições em contratos em vigor que integram aquelas universalidades[271].

Tendo sido solicitado, através do Gabinete da Ministra da Saúde, os estudos técnicos, nomeadamente do plano do projecto, na óptica do investimento, da exploração e do financiamento, que demonstrassem a viabilidade e a racionalidade económicas da nova entidade pela assunção das posições jurídicas dos ACE, prevista no Decreto-Lei n.º 19/2010, verificou-se que, em 15 de Setembro de 2010, esses estudos que, de acordo com as regras da boa gestão deviam ter sustentado *a priori* a decisão de criação da SPMS, encontravam-se, ainda, em elaboração.

A assunção pela SPMS das posições jurídicas dos ACE criados pelo SUCH, tal como alegadamente previsto, redundará na utilização por esta entidade de meios físicos, tecnológicos e financeiros que não foram adquiridos, pelo SUCH, nas melhores condições de mercado e no respeito pelo regime jurídico da contratação pública.

12.2. Somos Pessoas, ACE

O Somos Pessoas, ACE, foi criado em Junho de 2007 para prestar serviços em gestão de recursos humanos e processamento de salários a entidades do Sector da Saúde, tendo iniciado a sua actividade como prestador de serviços em Março de 2008.

O Agrupamento era composto pelo SUCH (com uma participação de 95%) e pela Capgemini Portugal, Serviços de Consultoria e Informática, SA (com uma participação de 5%).

O estudo de viabilidade económica que sustentou a constituição do Somos Pessoas, ACE[272], cuja análise consta em detalhe do Anexo V apresentava várias incorrecções graves[273] que, depois de corrigidas, demonstravam a rentabilidade negativa do projecto e um excesso de optimismo quanto ao número de adesões[274] e quanto às poupanças para os aderentes[275].

A 3 de Outubro de 2007, o CA do Somos Pessoas, ACE, deliberou aprovar a revisão do preçário previsto nesse estudo de viabilidade económica, tendo fixado o valor de € 5,25 por recibo processado durante os três primeiros anos de actividade do Agrupamento e uma diminuição para € 4,71 e € 4,64, em 2011 e 2012, respectivamente. Esta revisão do preço determinou que o *break even* (de acordo com o referido estudo de avaliação) só seria atingido ao 4º ano de actividade do ACE.

Em Fevereiro de 2009, no seguimento da adopção de uma estratégia de alargamento da oferta tradicional de processamento de salários às áreas da formação e da avaliação do desempenho, foi

[271] Artigo 11º. Em 15 de Setembro de 2010, o Balanço de Abertura da Entidade que reflectirá a sucessão, pela SPMS, EPE, nas posições jurídicas dos ACE, encontrava-se em elaboração.
[272] Business case SUCH/Capgemini de 31 de Maio de 2007.
[273] Foram considerados 14 meses de processamento salarial (em vez de 12) e 67 meses de actividade do ACE (em vez de 60). Em sede de contraditório o CA do SUCH refere que a diferença entre "12 vs 14" meses de processamento respeita a *"(…) processamentos potenciais adicionais que poderiam ocorrer, como por exemplo veio a suceder em 2009 na Administração Regional de Saúde do Norte, I.P., aquando do processamento adicional de horas extraordinárias, e no SUCH."*. Embora se afirme que não se tratou de nenhum lapso mas da possibilidade de existirem processamentos adicionais, a afirmação não colhe por ser improvável que todos os anos (de vigência do ACE) e em todos os clientes fossem realizados 2 processamentos adicionais anuais.
[274] Considerando designadamente que algumas das entidades tidas inicialmente como potenciais aderentes - o Hospital de Santa Maria, EPE, e o Hospital de São João, EPE - apresentavam custos por salário processado (€ 5,81 e € 5,83) inferiores ao que foi definido como valor a cobrar inicialmente pelo ACE (€ 6,92), seria improvável que tais entidades viessem a aderir à externalização da função de processamento de vencimentos, o que aliás não se verificou.
[275] Menos € 2.369.704,76 do que o previsto.

revisto o estudo de viabilidade económica. Nessa revisão, foram corrigidas algumas das falhas do estudo inicial, nomeadamente na demonstração de resultados, mas foi mantido o pressuposto, excessivamente optimista, do n.º de vencimentos a processar nos anos de 2009 a 2012.

Em sede de contraditório, o CA do SUCH refere que *"(…) as estimativas constantes do Business Plan revisto de Fevereiro de 2009 reflectiam com rigor as expectativas resultantes das Due Dilligence já realizadas (…). Concretamente, a expectativa real era de (…) 23.758 salários processados mensalmente (…) que permitiam e justificaram uma visão positiva da evolução do ACE"*.

As alegações apresentadas não alteram as conclusões formuladas. De facto, se a expectativa real em Fevereiro de 2009, era o processamento de 23.578 salários mensais, não se encontra justificação para os 40.000[276] salários previstos processar mensalmente em 2009 que constava da revisão ao Business Plan. Acresce que, até àquele momento, já se tinha verificado que o n.º de vencimentos processados em 2008 tinha ficado bastante aquém do previsto no estudo inicial e não tinham sido celebrados quaisquer novos compromissos de adesão.

Da análise da revisão ao estudo de viabilidade económica resulta ainda que o resultado acumulado positivo no final do período de vigência do ACE, decorreria exclusivamente da "nova oferta", prevendo-se resultados negativos para a actividade de processamento de salários. Nesta actividade, o ACE, nos 5 anos em análise, propunha-se praticar preços aos aderentes inferiores ao preço de custo, o que não pode deixar de se qualificar como um acto de manifesta irracionalidade económica.

No que respeita à situação económico-financeira do Agrupamento, em 2008 (Anexo V), destaca-se o resultado líquido negativo, no total de € 1.237.722,54, que foi directamente imputado aos membros do ACE na proporção das suas participações. No final desse ano, as dívidas a instituições de crédito (€ 2.900.000,00) já representavam 66,6% do total das dívidas a terceiros. Nesse ano, os juros suportados com o financiamento bancário ascenderam a € 120.699,62, em resultado do aumento do mesmo.

Os custos incorridos em 2008 (€ 1.581.587,14) resultam, em grande parte, de fornecimentos e serviços externos, no total de € 903.487,37 (57,1%) e de amortizações do imobilizado, no total de € 348.386,20 (22,0%). Verifica-se ainda que 36% dos custos totais respeitam à remuneração do contributo do agrupado CapGemini[277-278], 22% a aquisições de bens/serviços informáticos e de tecnologia, 16% a salários, 13% a custos financeiros, 10% a outros custos e 4% à remuneração do contributo do agrupado SUCH[278].

O total de proveitos em 2008 foi de € 344.985,11, decorrentes essencialmente das prestações de serviços à ARS do Centro (47,5%) e ao SUCH (28,4%), o que veio a revelar-se insuficiente para suportar os custos associados às prestações e serviços (€ 1.458.962,11), originando um resultado operacional de € - 1.113.977,00.

Os dados financeiros relativos ao exercício de 2009, evidenciam um novo resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente € - 0,8 milhões.

[276] Apesar das dificuldades em conseguir novas adesões em 2008 e do número de salários processados em 2008 ter ficado aquém do previsto no business plan inicial, na revisão de Fevereiro de 2009 desse documento, foi aumentado o número de salários previstos processar em 2009 de 38.000 para 40.000.
[277] Página 7 do Relatório e Contas de 2008.
[278] Remuneração dos contributos de agrupado cfr. Acordo de Agrupados.

Em sede de contraditório, o CA do SUCH refere que *"(…) impõem-se uma referência específica ao acréscimo de custos incorridos com os projectos face ao(s) Business Plan Inicial(is) e seus motivos.*

O Somos Pessoas, ACE, enfrentou severas dificuldades em garantir por parte dos aderentes uma correcta utilização do novo sistema Meta4 com impacto ao nível do processamento mensal dos salários, devido nomeadamente aos seguintes factores:

a) Deficiente qualidade dos dados existentes na solução de processamento de salários existente em RHV (…);
b) Necessidade de correcções manuais a dados (…);
c) Processo de extracção de dados enviados pela ACSS não estruturado (…);
d) Inviabilização, pela ACSS, de várias sugestões de melhorias ao processo de migração;
e) Acompanhamento in loco dos testes de paralelo (…);

As disfunções sinteticamente sumariadas foram, como se disse, múltiplas. Da análise dos dados fácticos resulta, em qualquer caso, que a maioria dos erros se deve a problemas de carregamento de dados. Ora, com é sabido, a responsabilidade de todos os processos associados à migração e depuração dos dados da aplicação de salários do aderente para o Meta4 é da inteira responsabilidade de cada aderente. O processo nunca ocorreu de forma normal, obrigando a um investimento adicional do Somos Pessoas, ACE, no sentido de "limpar" os dados".

12.2.1. Actividades desenvolvidas em Instituições Públicas

O objectivo do Somos Pessoas, ACE, era oferecer uma solução tecnológica partilhada, designada Meta4, de processamento de remunerações e de gestão de recursos humanos, que aportasse elevados benefícios em qualidade e poupanças relevantes[279].

O primeiro cliente em produção foi a ARSALGARVE, em Março de 2008, seguida do SUCH, Somos Compras, ACE, Somos Contas, ACE, e ARSC, em Julho de 2008. O número de recibos processados durante 2008 foi de 65.699. A ARSN iniciou o processamento de salários através do Somos Pessoas, ACE, em Fevereiro de 2009.

O processo de adesão aos serviços do Somos Pessoas, ACE, foi estruturado em duas fases:

- Fase I – Levantamento e análise de processos[280];
- Fase II – Parametrização[281]

Administração Regional de Saúde do Algarve, IP

Através de protocolo celebrado no dia 3 de Março de 2008, a ARSALGARVE aderiu aos serviços partilhados de gestão de recursos humanos. O protocolo tinha a duração de um ano e renovar-se-ia automaticamente[282], nos mesmos termos e condições, por períodos sucessivos de um ano. Em 1 de

[279] Fonte: *Oferta de serviços – Serviços partilhados; Serviço de utilização Comum dos Hospitais*.
[280] Durante a fase I o Somos Pessoas, ACE, procedia ao levantamento de tempos e custos, através da realização de questionários aos funcionários envolvidos nos processos relacionados com o processamento de vencimentos. Com base nesses levantamentos o Agrupamento produzia relatórios que sintetizavam a informação recolhida, nomeadamente quanto ao n.º de salários processados, ao n.º de colaboradores afectos ao processamento de vencimentos, aos custos da função (envolvendo custos salariais e custos com fornecimentos e serviços externos – recibos, material de escritório, espaço, servidores, comunicações e contratos de manutenção de aplicações informáticas), à tipologia das actividades desenvolvidas e ao apuramento de custos médios por salário processado. Esses relatórios eram apresentados às potenciais entidades aderentes e integravam o protocolo de adesão celebrado com o SUCH.
[281] Durante a fase II procediam-se a ajustamentos da parametrização da aplicação informática às especificidades de cada aderente.
[282] Excepto se denunciado por qualquer das partes com seis meses de antecedência em relação ao seu termo, inicial ou subsequente.

Março de 2009 foi celebrado um novo protocolo com o mesmo objecto e com o mesmo período de vigência, mas com algumas alterações respeitantes essencialmente aos capítulos da suspensão e cessação, alteração e resolução de diferendos.

A cláusula sexta dos referidos protocolos estabelecia que *"(…) a celebração e manutenção do protocolo têm como pressuposto a efectiva consecução pela ARS Algarve, como contrapartida da sua adesão ao CPRGRH[283], de ganhos de eficiência efectivos em relação à situação verificada no Período de Referência (…)"*, assim traduzido:

- Custo por salário processado da ARSALGARVE antes da adesão aos serviços partilhados[284], de € 7,36;
- Preço por salário processado, a cobrar pelo Agrupamento, de € 5,25 (+IVA).

O cálculo do custo por salário processado (€ 7,36) resultou da divisão dos custos[285] mensais pelo n.º de recibos processados mensalmente (1.568), constituindo o anexo IV aos referidos protocolos. A ARSALGARVE não realizou nenhum estudo próprio para confirmação dos resultados desta informação, apesar de ter validado os mesmos em reunião de 25 de Setembro de 2007[286].

Em sede de contraditório, o CD da ARSALGARVE vem informar que *"(…) quanto à falta de realização de estudos próprios, tal crítica só poderia proceder se se entendesse que o SUCH se preparou para ser um mero fornecedor em mercado e não, ao contrário do propósito da Associação e da prossecução dos seus próprios estatutos, da Tutela, dos associados, um Serviço Partilhado, cumprindo assim a sua missão e desígnio históricos"*.

Contudo, decorria claramente do objecto do contrato de adesão que estávamos perante uma aquisição de serviços de processamento de salários e que essa aquisição era feita contra o pagamento de um preço.

Do referido anexo aos protocolos constava uma estimativa da redução do número de recursos humanos afectos à actividade de processamento de salários na ARSALGARVE após a externalização da função. Assim, foram estimadas duas fases de optimização:

1. *"(…) A 1ª fase corresponderia a um grau de automatização de processos, e de introdução de ferramentas, elevado, abrangendo a quase totalidade de processos envolvidos no processamento (gestão de dados pessoais, saídas de pessoal, desmaterialização do registo de absentismo, férias, trabalho suplementar para além do processamento em sentido estrito), permitindo uma redução de 50% do número de FTE´s[287] actuais;*
2. *A 2ª fase corresponde a um grau de automatização de processos e de introdução de ferramentas complementar, abrangendo os processos de ajudas de custo, i.e. permitindo uma redução de 60% do número de FTE´s actuais (…)".*

Quanto aos pressupostos da optimização, o anexo aos protocolos referia que a 1ª fase implicava a utilização do portal de *Employee Self Service*, pelos funcionários da ARSALGARVE permitindo reduzir, de 9,70 para 5,31 FTE, os recursos humanos do lado da ARS necessários para a execução

[283] Centro de Processamento de Remunerações e Gestão de Recursos Humanos.
[284] Estudo da responsabilidade e realizado pelo Somos Pessoas, ACE. Os dados foram recolhidos entre Julho e Agosto de 2007.
[285] Os custos anuais eram os seguintes: custos salariais € 127.939,00 (9,70 FTE´s); recibos € 124,00, material de escritório € 120,00; fornecimentos e serviços externos € 180,00; espaço € 1.200,00 e contratos de manutenção de aplicações € 8.982,00. A divisão da soma destes custos anuais pelo n.º de meses de processamento dá um custo mensal de € 11.545.
[286] Conforme ponto 2.2 do anexo IV ao protocolo de adesão ao serviço partilhado de recursos humanos.
[287] *Full Time Equivalente* ou Equivalente a Tempo Completo. É um método que mede o grau de envolvimento de um colaborador nas actividades de uma organização ou num determinado projecto.

das tarefas de processamento de salários. Numa 2ª fase, que incluía a automatização de processos no registo das ajudas de custo, seriam necessários apenas 4,98 FTE, o que representaria uma poupança de 4,72 FTE.

Deste modo, considerando os dados do próprio estudo da entidade adjudicatária, é possível retirar as seguintes conclusões:

- As poupanças estimadas para a ARSALGARVE, em custos salariais com recursos humanos eram de € 62.254,85 (€ 127.939,00, antes da adesão aos serviços partilhados, correspondentes a 9,70 FTE, para € 65.684,15, correspondentes a 4,98 FTE na 2ª fase de optimização);
- O preço a cobrar por cada salário processado era de € 5,25 + IVA, o que perfazia € 6,30;
- Os custos com os recursos humanos que se manteriam na ARSALGARVE após a adesão aos serviços partilhados, seriam de € 65.684,15 anuais. Assim, mesmo que fossem eliminados todos os custos restantes (recibos, material de escritório, fornecimentos e serviços externos, espaço e contratos de manutenção de aplicações), o que não se verificou, ainda assim teríamos, na 2ª fase de optimização, custos retidos na ARSALGARVE por salário processado de € 3,49[288].

Em conclusão, a ARSALGARVE que apresentava custos por salário processado de € 7,36, aderiu a um processo de externalização da função de processamento de salários que, como o próprio estudo que fundamentou a decisão indicava, representava um significativo acréscimo de custos àquela função. De facto, com a externalização da função, mesmo na 2ª fase de optimização, o custo por salário processado na ARSALGARVE seria, no mínimo, de € 9,79 (€ 6,30 + € 3,49) por salário processado.

Em sede de contraditório, o CD da ARSALGARVE refere que *"(…) a comparação de custos antes e depois da adesão, não é legítima nem correcta porque se está a comparar soluções diferentes com potencialidades diferentes e não estão a ser considerados os ganhos indirectos de produtividade, mas apenas os custos directos de execução numa fase de arranque do projecto.*

O potencial de desenvolvimento da solução disponibilizada pelos serviços partilhados permite-nos perspectivar, a curto prazo, o desenvolvimento e integração de outros módulos aplicacionais, que irão possibilitar uma maior automatização de procedimentos (formação profissional e avaliação de desempenho), com melhorias significativas na qualidade da informação e na produtividade dos serviços; (…)".

Pelo exposto, para além do já referido no ponto 12.1.1. a propósito do procedimento de adjudicação dos serviços partilhados de gestão de recursos humanos, considera-se, ainda, que não estavam reunidos os requisitos gerais para a autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia, previstos na alínea c) do n.º 6 do artigo 42º, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, e na alínea c) do n.º 1 do artigo 22º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho.

A violação dos preceitos em causa, pode configurar infracção financeira susceptível de gerar eventual responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

[288] € 65.684,15 / 12 meses de processamento salarial / n.º de recibos processados mensalmente (1.568).

Porém, pelo facto de não haver recomendação anterior do Tribunal de Contas ou de um órgão de controlo interno à ARS do Centro sobre esta irregularidade e de não existirem indícios de comportamento doloso, considerando o racional económico que está na base da criação de serviços partilhados, e a vontade dos responsáveis pelas entidades aderentes aos serviços partilhados darem o seu contributo a uma experiência que, se bem sucedida, poderia contribuir para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde, considera-se estarem reunidos os pressupostos para a relevação da eventual responsabilidade financeira sancionatória, resultante da situação evidenciada, nos termos do disposto no artigo 65º, n.º 8, da Lei n.º 98/97, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por se verificarem todos os requisitos previstos nas suas alíneas.

Administração Regional de Saúde do Centro, IP

Através de protocolo celebrado no dia 1 de Julho de 2008, a ARSC aderiu aos serviços partilhados de gestão de recursos humanos disponibilizados pelo SUCH, através do Somos Pessoas, ACE. O protocolo cessaria a sua vigência em 31 de Dezembro de 2008, assumindo as partes a intenção de celebrar um novo protocolo, nos mesmos termos, para vigorar a partir de Janeiro de 2009, com periodicidade anual, o que veio a ocorrer em 1 de Janeiro de 2009.

A cláusula sexta dos protocolos estabelecia que *"(…) a celebração e manutenção do protocolo têm como pressuposto a efectiva consecução pela ARS Centro, IP, como contrapartida da sua adesão ao CPRGRH, de ganhos de eficiência efectivos em relação à situação verificada no Período de Referência (…)"*, assim traduzido:

- Custo por salário processado da ARSC antes da adesão aos serviços partilhados, € 6,53;
- Preço por salário processado, a cobrar pelo Agrupamento, de € 5,25 (+IVA).

Sucede, porém, que nestes protocolos, ao contrário dos protocolos celebrados com a ARSALGARVE e a ARSN, não existia nenhuma estimativa de redução do número de recursos afectos à actividade de processamento de salários na ARSC após a externalização desta função.

Ainda assim, considerando que a externalização do processamento de vencimentos nos moldes definidos pelo SUCH mantém custos associados a essas tarefas nos aderentes[289], podemos concluir que era previsível que a externalização daquela função acarretasse acréscimos do custo por salário processado na ARSC.

Em sede de contraditório, o CD da ARSC refere que *"(…) apesar do valor de € 5,25 (…) já se verificar mais vantajoso do que o valor médio anteriormente verificado para aqueles serviços, se prestados internamente (…)"* e que *"(…) a redução de FTE, prevista em sede de Due Dilligencie, encontrar-se-ia associada, em grande parte, à fase do serviço com disponibilização do Portal do Empregado (o que veio a suceder apenas no decurso segundo semestre de 2009), pelo que o momento de realização da auditoria seria muito precoce para a extracção de quaisquer conclusões respeitantes a eventuais ganhos de eficiência efectivos (…)"*.

Importa referir que o CD da ARSC tinha conhecimento de que todas as operações de introdução de dados com vista ao processamento salarial teriam de continuar a ser efectuadas pelos seus

[289] Os custos com recursos humanos estimados pelo SUCH que se mantêm nos aderentes foram: ARSN, 48% dos FTE´s e ARSALGARVE, 51,3%.

funcionários[290], daí que não se tratava da substituição do custo pelo serviço prestado internamente pelo pagamento de um preço (€ 5,25 + IVA), mas de uma soma dos custos retidos internamente (que na ARS do Algarve e na ARS do Norte variavam entre 48% a 51% dos custos internos verificados inicialmente) com o pagamento daquela prestação por salário processado, acrescido de iva à taxa legal, o que antevia o acréscimo de custos que se veio posteriormente a verificar. Ademais, sublinhe-se que o trabalho de campo da presente auditoria na ARS do Centro foi realizado em Setembro de 2009 (1 ano e três meses após o início do processamento salarial pelo Somos Pessoas, ACE), não tendo sido identificados quaisquer ganhos quantitativos e/ou qualitativos de relevo, decorrentes da adesão.

Deste modo, considerando que, por um lado, a ARSC não realizou nenhum estudo próprio para confirmação dos resultados desta informação, apesar de ter validado os mesmos, e, por outro lado, que não foi feita nenhuma estimativa ou avaliação dos custos associados à externalização da função que suportasse a decisão de adesão aos serviços partilhados, considera-se que não estavam reunidos os requisitos gerais para a autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia, previstos na alínea c) do n.º 6 do artigo 42º, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, e na alínea c) do n.º 1 do artigo 22º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho.

A violação dos referidos preceitos pode configurar infracção financeira susceptível de gerar eventual responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.os 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

Em sede de contraditório, o CD da ARSC vem informar que *"(…) quanto ao facto de a ARSCentro não ter levado a cabo estudos próprios que assegurassem a confirmação dos resultados da informação constante dos estudos realizados pelo SUCH, sempre se dirá que, em face da caracterização do SUCH (constituído por vários associados, entre os quais a ARS Centro), e atendendo a que o SUCH não poderia, em caso algum, ser considerado como um mero fornecedor em mercado, mas sim um Serviço Partilhado, não se compreende em que termos é que o Tribunal de Contas pretenderia que a ARSCentro tivesse levado a cabo tais estudos (…) o que redundaria, em última análise, num inaceitável duplicar de despesa com dinheiros públicos, medida essa sim, contrária aos apontados objectivos de eficácia, economia e eficiência (…)"*.

Ora, decorria claramente do objecto do contrato de adesão que estávamos perante uma aquisição de serviços de processamento de salários e que essa aquisição era feita contra o pagamento de um preço.

Acresce que o montante da despesa envolvida, a reestruturação interna de processos que a adesão a serviços partilhados envolve e o facto de todas as operações de introdução de dados com vista ao referido processamento terem de continuar a ser efectuadas por funcionários da ARS do Centro justificaria a realização de um estudo próprio ou independente que determinasse a eficiência e economia da decisão.

Note-se que, a propósito da adesão aos serviços partilhados de contabilidade, através de ofício datado de 23 de Dezembro de 2008, veio o Presidente do Conselho Directivo da ARS do Centro informar o Tribunal de que naquele momento, a ARS do Centro se encontrava *"(…) a desenvolver um estudo próprio (…)"*, no propósito de confirmar as poupanças anunciadas no modelo económico

[290] Documento n.º 1 em anexo ao contraditório da ARS do Centro.

desenvolvido pelo SUCH. Procedimento semelhante exigia-se na adesão aos serviços partilhados de recursos humanos.

Relativamente ainda a este ponto, o CA do SUCH refere que *"(…) Os estudos prévios à adesão (análise custo-benefício designada por "Due Dilligence") foram participados pelas entidades aderentes – toda a informação foi prestada e validada por cada uma destas entidades, como aliás se reconhece no Relato – constituindo estes estudos o fundamento da decisão final de adesão. É pois falsa a afirmação de que os aderentes não realizaram estudos"*.

Pese embora o referido, a verdade é que os estudos que fundamentaram as decisões de adesão aos serviços partilhados foram elaborados e aplicados pelo Somos Pessoas, ACE[291], tendo as entidades públicas aderentes, como resulta da leitura atenta do Relato, validado a informação recolhida.

Face ao exposto, mantém-se a análise e as conclusões efectuadas em sede de Relato, sendo a situação passível de eventual responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea b), e n.ºs 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

Porém, pelo facto de não haver recomendação anterior do Tribunal de Contas ou de um órgão de controlo interno à ARS do Centro sobre esta irregularidade e de não existirem indícios de comportamento doloso, considerando o racional económico que está na base da criação de serviços partilhados, e a vontade dos responsáveis pelas entidades aderentes aos serviços partilhados darem o seu contributo a uma experiência que, se bem sucedida, poderia contribuir para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde, considera-se estarem reunidos os pressupostos para a relevação da eventual responsabilidade financeira sancionatória, resultante da situação evidenciada, nos termos do disposto no artigo 65º, n.º 8, da Lei n.º 98/97, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, por se verificarem todos os requisitos previstos nas suas alíneas.

Administração Regional de Saúde do Norte, IP

A ARSN celebrou um protocolo de compromisso de adesão ao CPRGRH do SUCH, em 17 de Março de 2008. Esse protocolo previa que a prestação de serviços de processamento de remunerações pelo SUCH à ARSN tivesse início em 1 de Outubro de 2008. Ambos os contraentes acordaram ainda a que o protocolo de adesão, a celebrar posteriormente, só se tornaria eficaz com a emissão de visto pelo Tribunal de Contas, quanto à produção de efeitos financeiros, e que a ARSN não seria responsável por qualquer pagamento caso o visto fosse definitivamente recusado.

Posteriormente, através de protocolo celebrado no dia 4 de Maio de 2009, a ARSN aderiu aos serviços partilhados de gestão de recursos humanos disponibilizados pelo SUCH, através do Somos Pessoas, ACE. O protocolo entrava em vigor de 1 de Maio de 2009, cessava em 31 de Dezembro e renovar-se-ia automaticamente[292], nos mesmos termos e condições, por períodos sucessivos de um ano.

A ARSN remeteu para fiscalização prévia o denominado "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos", com uma despesa estimada para o ano de 2009 de € 816.362,40[293] tendo

[291] Note-se que, de acordo com o contraditório da ARSC os custos do referido estudo foram suportados, na íntegra, pelo SUCH.
[292] Excepto se denunciado por qualquer das partes com seis meses de antecedência em relação ao seu termo, inicial ou subsequente.
[293] Por deliberação de 26 de Maio de 2009, o Conselho Directivo autorizou a despesa e autorizou a adesão por protocolo.

sido recusado o visto pelo Acórdão nº 159/2009, da Subsecção da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, de 29 de Outubro.

Em sede de trabalho de campo, constatou-se, porém, que o processamento de salários já vinha sendo assegurado pela entidade adjudicatária desde Fevereiro de 2009[294], sem que a ARSN tivesse autorizado a abertura de qualquer procedimento para a aquisição daquele serviço. No entanto, considerando que não foram efectuados quaisquer pagamentos por aqueles serviços, não se evidencia a correspondente infracção financeira.

A cláusula sexta do referido protocolo estabelecia que *"(…) a celebração e manutenção do protocolo têm como pressuposto a efectiva consecução pela ARS Norte, como contrapartida da sua adesão ao CPRGRH, de ganhos de eficiência efectivos em relação à situação verificada no Período de Referência (…)"*, assim traduzido:

- Custo por salário processado da ARSN antes da adesão aos serviços partilhados [295] de € 9,77;
- Preço por salário processado, a cobrar pelo Agrupamento, de € 5,25 (+IVA).

À semelhança dos estudos feitos para a ARSALGARVE e ARSC o cálculo do custo por salário processado (€ 9,77) resulta de:

Quadro VII – Custos do processamento salarial

Descrição	Valores
Custos salariais com recursos	984.738,34 €
Recibos	3.428,52 €
Material de escritório	7.231,32 €
Espaço	11.781,48 €
Servidores	889,95 €
Comunicações	12.138,84 €
Contratos de manutenção de aplicações	53.868,00 €
Total dos custos anuais	1.074.076,45 €
Total mensal	89.506,37 €
N.º de colaboradores processados	9.162
Custo por salário processado	**9,77 €**

Fonte: Anexo IV do protocolo de adesão

A ARSN não realizou nenhum estudo próprio para confirmação dos resultados desta informação, apesar de ter validado os mesmos.
Foram apurados 68,31 FTE[296] envolvidos nos processos associados ao processamento salarial. Os custos salariais com recursos foram obtidos pela multiplicação dos FTE levantados pelo valor do salário médio dos colaboradores de uma SRS.

A estimativa de poupança de FTE pela externalização e optimização de processos na ARSN seria, de acordo com a estimativa da entidade adjudicatária, de 35,35 FTE (-52%).

Deste modo, considerando os dados do estudo daquela entidade, é possível retirar as seguintes conclusões:

- De acordo com os dados constantes do anexo IV ao protocolo as poupanças estimadas para a ARSN em custos salariais com recursos seriam de € 509.595,96[297];
- Os custos com os recursos humanos que se manteriam na ARSN, após a adesão ao ACE, seriam de € 475.142,38. Assim, mesmo que fossem eliminados todos os restantes custos (recibos, material de escritório, fornecimentos e serviços externos, espaço e contratos de manutenção de aplicações[298]) ainda teríamos custos por salário processado na ARSN, de € 4,32[299].

[294] No mês de Fevereiro de 2009 o processamento de salários na ARSN já não foi efectuado através da aplicação informática RHV.
[295] Estudo da responsabilidade e realizado pelo Somos Pessoas, ACE. Os dados foram recolhidos entre Maio e Junho de 2008.
[296] Os 68,31 FTE´s correspondem aos valores apurados com base nos questionários preenchidos pelos funcionários das SRS e Centros de Saúde.
[297] € 984.738,34 correspondentes a 68,31 FTE´s e € 475.142,38 correspondentes a 32,96 FTE´s necessários após a externalização.
[298] Estes custos mantiveram-se após a adesão ao CPRGRH.
[299] € 475.142,38 / 12 meses de processamento salarial / n.º de recibos processados mensalmente (9.162).

Em conclusão, a ARSN que apresentava custos por salário processado de € 9,77, aderiu ao serviço de processamento de salários, fundamentando-se num estudo que indicava um acréscimo de custos àquela função na ARS. De facto, de acordo com o citado estudo, com a externalização da função o custo por salário processado na ARSN seria, no mínimo, de € 10,62 (€ 6,30 + € 4,32) por salário processado.

Pelo exposto, considera-se que não estavam reunidos os requisitos gerais para a autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia, previstos na alínea c) do n.º 6 do artigo 42º, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, e na alínea c) do n.º 1 do artigo 22º do Decreto-Lei n.º 155/92, de 28 de Julho.

Contudo, porque o protocolo foi apreciado em sede de fiscalização prévia, não se evidencia, nesta matéria, qualquer situação susceptível de configurar infracção financeira.

Em sede de alegações, vem a ARSN referir que *"(…) o recurso aos serviços partilhados configurou-se como uma resposta tida por adequada e fundamentada na necessária eficiência acrescida e na introdução de boas práticas internacionais no sector conforme recomendações do Relatório GANEC – Gabinete de Análise Económica da Universidade Nova de Lisboa, contratado pela Unidade de Missão de Cuidados de Saúde Primários"*.

Este Tribunal não questiona o eventual impacto positivo de serviços partilhados na economia, eficiência e eficácia dos serviços públicos e, em concreto, na reforma dos cuidados de saúde primários[300].

12.2.2. Adequabilidade, fiabilidade e custos do serviço prestado

Para a prestação do serviço de processamento de salários o Somos Pessoas, ACE, adquiriu, através de um contrato de concessão, um *"(…) direito de sub-licença e de prestação de um serviço de suporte técnico (…)"* da aplicação informática *Meta4*[301] *emind*. Nos termos daquele contrato a responsabilidade por efectuar todas as alterações ou adaptações ao modelo *standard* da aplicação informática é do Somos Pessoas, ACE.

Como já foi referido anteriormente, a adesão ao processamento de salários efectuado pelo Somos Pessoas, ACE, implica a manutenção de custos e recursos nas entidades aderentes, pelo que é disponibilizada localmente (nos aderentes) a referida aplicação informática nos postos de trabalho considerados necessários.

A fim de avaliar a adequabilidade e a fiabilidade da aplicação informática implementada pelo Somos Pessoas, ACE, nas entidades públicas aderentes, e as poupanças estimadas pela externalização do processamento de salários, foram consultados recibos de vencimentos, identificados os recursos humanos afectos ao processamento de salários (antes e após a externalização da função, incluindo

[300] Conhecem-se as propostas da Missão para os Cuidados de Saúde Primários, *in* "PROPOSTA PARA A RECONFIGURAÇÃO DOS CENTROS DE SAÚDE - Criação de Agrupamentos de Centros de Saúde", 5 de Junho de 2007, com base no estudo referenciado do Gabinete de Análise Económica da Universidade Nova de Lisboa emitido no âmbito da reestruturação dos cuidados de saúde primários, no sentido de que apenas deviam residir nos Agrupamentos de Centros de Saúde, que substituíram as Sub-regiões de Saúde, os serviços técnicos de suporte directamente relacionados com a prestação de cuidados de saúde e os serviços administrativos básicos. Os restantes serviços de apoio que, até à constituição dos Agrupamentos de Centros de Saúde, eram assegurados pelas Sub-regiões de Saúde, poderiam migrar para um prestador externo, numa lógica de serviços partilhados, ou permanecer nas ARS que criariam, para o efeito, uma unidade específica

[301] Empresa que se dedica ao fabrico e comercialização de programas informáticos e à prestação de serviços de suporte técnico com aqueles relacionados.

o volume de trabalho extraordinário) e analisadas as funcionalidades da aplicação informática *Meta4* já disponibilizadas, tendo-se concluído que:

- Em nenhuma das entidades aderentes se confirmaram as reduções de volume de trabalho estimadas nos protocolos de adesão;
- Nas três ARS houve um aumento do volume de trabalho dos funcionários afectos ao processamento de salários;
- No caso da ARSALGARVE houve uma diminuição do número de funcionários afectos à secção de pessoal e vencimentos após a externalização do processamento de salários, em resultado de aposentações e não da diminuição do volume de trabalho;
- Nas três ARS houve um aumento de trabalho extraordinário dos funcionários afectos ao processamento de salários;
- Aumentou o número de reclamações de funcionários quanto à correcção dos seus recibos;
- Aumentou a diversidade e a frequência de erros no processamento salarial, dos quais, pela sua gravidade, se destacam: funcionários sem vencimento, duplicação de listagens e de valores nos descontos, declarações anuais de vencimento erradas; recibos com reposições superiores aos abonos; recibos de vencimento de pessoal já aposentado; ausência de limites ao pagamento das unidades contratualizadas; centros de custo errados; categorias profissionais erradas; listagens de descontos para sindicatos com falhas do nome do empregado; bases de incidência de descontos para IRS e ADSE erradas.
- A tarefa de conferência do processamento salarial tornou-se mais demorada e morosa;
- O acesso à aplicação informática, efectuado via Web, é lento[302];
- Os ficheiros produzidos pela aplicação informática do Somos Pessoas, ACE, de integração/ligação com a Contabilidade apresentaram, durante vários meses, erros e omissões graves que impediram as ARS de dispor de registos contabilísticos actualizados e de produzir os ficheiros de controlo da execução orçamental;
- A aplicação informática disponibilizada pelo Somos Pessoas, ACE, não contempla várias funcionalidades que estavam disponíveis no RHV[303];
- Para além de não terem obtido quaisquer poupanças nos custos com o pessoal afecto ao processamento salarial, a ARSC e a ARSALGARVE ainda suportaram custos com o serviço de processamento de salários prestado pelo Somos Pessoas, ACE, em 2008, de € 197.328,60 e € 89.318,88 e, em 2009, de € 418.660,70 e € 121.413,60, respectivamente.

Pelo exposto, não pode deixar de se concluir que as poupanças e os ganhos de eficiência estimados inicialmente não só não se verificaram como as entidades aderentes tiveram custos acrescidos com o processamento salarial (custos retidos + pagamentos ao Somos Pessoas, ACE) e viram piorar o nível de serviço prestado nesta área[304].

Relativamente ao projecto do SUCH, concretizado através do Somos Pessoas, ACE, de constituição dos serviços partilhados de recursos humanos na área da saúde em Portugal, conclui-se que foi um insucesso do ponto de vista da obtenção de poupanças para o SNS e um investimento de rentabilidade negativa para o SUCH.

[302] Em algumas tentativas verificaram-se demoras superiores a 3 minutos.
[303] Aplicação informática desenvolvida pela ACSS, IP, e implementada na maioria das instituições do Ministério da Saúde. As ARS utilizavam a aplicação RHV no processamento de salários antes do processo de externalização da função.
[304] Desta situação tinha já sido informado o Conselho Directivo da ARS do Centro, IP, no âmbito da Informação n.º 480/2009, de 6 de Março de 2009, do Departamento de Gestão Financeira.

De facto, apesar de dispor de estudos de benchmarking internacional e de desenho de unidades de serviços partilhados na área da saúde, que identificavam claramente os factores críticos e os de sucesso de um projecto desta natureza[305], o SUCH não conseguiu conduzir o processo de forma a evitar os "*problemas com os sistemas de informação*" e a "*baixa qualidade do serviço*" e obter os denominados "*sucessos imediatos*" e a "*geração de valor*".

A este propósito, em sede de contraditório, o CA do SUCH refere que *"(…) proceder a uma avaliação definitiva dos serviços disponibilizados e ainda em aperfeiçoamento, no período inicial após o seu arranque, dada a natureza dos serviços, induz, necessariamente, a conclusões precipitadas e incorrectas"*.

A afirmação não colhe, porquanto o trabalho de campo da presente auditoria foi realizado em Setembro de 2009, ou seja, 1 ano e 7 meses após o início do processamento salarial pelo Somos Pessoas, ACE, na ARSALGARVE e 1 ano e três meses após o início do processamento salarial na ARSC, tendo-se verificado que subsistiam ainda muitas das insuficiências detectadas inicialmente.

12.3. Somos Contas, ACE

O Somos Contas, ACE, foi criado em Junho de 2007 para prestar serviços nas áreas de gestão financeira e de contabilidade. O Agrupamento era composto pelo SUCH (com uma participação de 95%[306]) e pela Accenture – Consultores de Gestão, SA, (com uma participação de 5%[307]).

O prazo de duração inicial do ACE era de 5 anos, ou seja, Junho de 2012. Em Março de 2008, por decisão da Assembleia Geral do Somos Contas, ACE, foi prorrogado o prazo de vigência do ACE até 31 de Julho de 2017.

O modelo operativo do agrupamento baseava-se na centralização dos processos financeiros, na implementação de uma solução de *Enterprise Resource Planning* (ERP)[308] e a disponibilização de um sistema integrado de gestão da informação.

As etapas de implementação do modelo nos clientes eram as seguintes:

Fase I – *Due Diligence* – levantamento da informação e diagnóstico do ponto de partida e apresentação do modelo económico de base e preço do serviço;

Fase II – Transição – que compreendia, entre outras, a definição do modelo de processos futuros, a externalização dos processos e a identificação de indicadores de desempenho para os processos críticos.

Fase III – Produção – consistia na transferência definitiva dos processos para o centro de serviços partilhados, deixando os mesmos de ser realizados pelas entidades/clientes.

Da análise do estudo de viabilidade económica (Anexo VI) conclui-se que, à semelhança do Somos Pessoas, ACE, em resultado da falta de competitividade do preço inicialmente estabelecido para a prestação dos serviços de contabilidade a prestar pelo Somos Contas, ACE, as entidades hospitalares que faziam parte do projecto-piloto[309] abandonaram este projecto.

[305] Relatórios de Benchmark – EUA, Irlanda, Nova Zelândia e Espanha – Maio de 2006.
[306] A participação do SUCH é dividida em 9% de Categoria A e 86% de categoria B. As participações da categoria A apenas poderão ser detidas pelo SUCH ou por entidades suas associadas.
[307] Participação de categoria B.
[308] Sistemas de informação que integram todos os dados e processos de uma organização num único sistema.
[309] O Hospital de Santa Maria, EPE (HSM), o Centro Hospitalar de Lisboa Central (CHLC), o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE .

Durante o 1º trimestre de 2008, e em resultado de reuniões com a ARSN e a ARSC, o CA do agrupamento deliberou rever o preço a cobrar pelos serviços prestados, tendo por base volumetrias de serviço por escalão de actividade em vez do critério n.º de centros de saúde para as ARS e n.º de camas para os hospitais, já que da versão do plano de negócios inicial resultaria para as ARS *"(…) um encargo (despesa) adicional*[310] *face à situação de partida (…)".* Em conformidade o *break-even*[311] foi diferido para 4 anos e 10 meses (por oposição ao cenário constante do plano de negócios inicial que era de 3 anos e 9 meses).

Em Assembleia Geral de 29 de Dezembro de 2008, foi aprovada uma nova revisão do plano de negócios por se ter considerado que as condições que constavam do plano de negócios inicial se tinham alterado substancialmente e que *"(…) tendo presente a experiência e conhecimento do agrupado SUCH, o Somos Contas considerou prioritário o alargamento da abordagem comercial ao conjunto de todas as Administrações Regionais de Saúde (…)"*[312]. Na elaboração deste novo plano de negócios foi considerado um prazo de 10 anos de prestação de serviços, com início em 1 de Janeiro de 2009, e um número de adesões semelhante às dos planos de negócios anteriores[313].

Da análise da situação económico-financeira do ACE, em 2008, constante em detalhe do Anexo VI, destaca-se o seguinte:

- O resultado líquido negativo de € - 75.146,50;
- A elevada dependência do agrupamento face ao parceiro privado (84% das aquisições de bens e serviços do Somos Contas, ACE, foram efectuadas àquele);
- As elevadas necessidades de financiamento do Agrupamento € 11.000.000,00 (82,2% do Passivo).

Em 2009, os dados financeiros indicavam um resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente € - 1,5 milhões e a insustentabilidade da situação económico-financeira do Agrupamento.

Actividades desenvolvidas em Instituições Públicas

À data de realização do trabalho de campo da auditoria[314] ainda não estava implementado em nenhuma instituição pública o serviço de operações financeiras prestado pelo Somos Contas, ACE.

Administração Regional de Saúde do Centro, IP

Em Julho de 2007 a ARSC deu início às actividades de preparação[315] para adesão ao Somos Contas, ACE, tendo esta fase decorrido até Junho de 2008. A 21 de Fevereiro de 2008 foi assinado o protocolo de compromisso de adesão aos serviços partilhados de contabilidade e finanças e, a 15 de Novembro, o protocolo complementar[316] e de regulamentação dos trabalhos de preparação para a adesão.

[310] Um acréscimo na ordem dos 13%, desconsiderado o encargo com sistemas de informação suportado pela ACSS, IP. Fonte: Acta n.º 3/2008 do Somos Contas, ACE.
[311] Ponto onde é recuperado o investimento.
[312] Fonte: Plano de negócios do Somos Contas, ACE, de Dezembro de 2008.
[313] O SUCH, o Somos Compras, ACE, e o Somos Pessoas, ACE, 60% dos hospitais, 100% das Unidades Locais de Saúde e quatro ARS.
[314] Setembro e Outubro de 2009.
[315] Fases de due diligence e transição.
[316] Este protocolo foi submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, tendo obtido o visto em 5 de Março de 2009.

Nos termos do protocolo complementar o início da operação pelo Somos Contas, ACE, deveria ocorrer a 1 de Janeiro de 2009[317], e os custos a suportar pela ARSC só no âmbito da preparação da sua adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças do SUCH, seriam de € 701.241,60[318].

Em sede de fiscalização prévia ao referido protocolo, o Tribunal de Contas instou a ARSC a demonstrar a redução de 31% dos custos anuais associados à externalização dos processos de contabilidade e financeiros, previstos naquele protocolo. Em resposta ao TC, de 23 de Dezembro de 2008, veio a ARSC informar que a referida poupança foi aferida num modelo económico desenvolvido pelo SUCH e que estava a desenvolver um estudo próprio[319].

Da análise do modelo económico desenvolvido pela entidade adjudicatária para a ARSC referente aos serviços financeiros e de contabilidade a prestar pelo SUCH (através do Somos Contas, ACE) à ARSC e sobre o qual a ARS fundamentou a sua decisão de iniciar os procedimentos de adesão, é possível retirar as seguintes conclusões:

- Para o cálculo dos custos com a situação inicial em 2006 (de ora em diante, custos de referência) da ARS do Centro com a função financeira e de contabilidade (€ 7.334.539,00), foram usados os custos fornecidos pelas SRS de Coimbra, Leiria, Aveiro, Viseu e Castelo Branco, do ano de 2006. Os custos com a função financeira e de contabilidade dos serviços centrais da ARSC foram estimados.
- Os custos dos serviços centrais foram estimados em 50% dos custos médios das SRS. Assim, os custos de pessoal foram estimados em € 400.623,00 e os custos com equipamentos, serviços e outros em € 191.524,00, perfazendo o total de € 592.146,00.
  Ora, sabendo-se que os serviços centrais da ARSC não tinham custos com a função financeira em centros de saúde (que representavam aproximadamente 30% dos custos com o pessoal fornecidos pelas SRS) e que o número de recursos humanos afecto àquela função nos serviços centrais da ARSC era bastante inferior[320] ao das SRS, considera-se que aquele valor foi sobreavaliado.
- Ao total dos custos em equipamentos e serviços fornecido pelas SRS de Coimbra, Leiria, Aveiro, Viseu e Castelo Branco, e estimados pela entidade adjudicatária para os serviços centrais da ARS do Centro, do ano de 2006 (€ 1.632.695,00), foi acrescido IVA, à taxa de 21%, no total de € 342.866,00, o que perfaz € 1.975.562,00.
  Sucede, porém, que, os custos indicados pelas SRS já incluíam IVA[321]. Ou seja, foram sobreavaliados custos com equipamentos e serviços em € 342.866,00.
- Após a externalização das actividades financeiras e contabilísticas, os custos totais retidos[322] na ARS do Centro foram estimados em € 2.792.804,00, ou seja, aproximadamente 38,1% do total dos custos de referência.
- Considerando o cálculo da estimativa da distribuição dos custos retidos por SRS e serviços centrais, verifica-se que, no caso das SRS, os custos retidos variavam entre 35% a 50% do total dos custos de referência[323], e, no caso dos serviços centrais da ARSC os custos retidos

[317] As funções de processamento contabilístico e financeiro da ARSC seriam plenamente assumidas pelo CPCF.
[318] € 538.368,00 (trabalhos, tarefas e actividades) + € 46.000,00 (despesas de deslocação e estadia do pessoal afecto pelo SUCH ao projecto) + IVA
[319] À data de realização do trabalho de campo da auditoria ainda não estava concluído.
[320] O número médio de recursos humanos afectos à função financeira, excluindo os centros de saúde, das SRS era de 38,03, enquanto nos serviços da ARSC, o número de funcionários afecto à função financeira era de aproximadamente 11 pessoas.
[321] A ARSC suporta o iva nas suas aquisições.
[322] Corresponde ao somatório dos custos das funções financeiras e contabilísticas que continuarão a ser executadas pelos serviços da ARS do Centro.
[323] Custos reais fornecidos pelas SRS.

representavam apenas 13,5% do total dos seus custos de referência[324], correspondentes a custos com recursos humanos[325], o que não pode deixar de se considerar como uma previsão excessivamente optimista.

- A poupança prevista para a ARSC com a adesão aos serviços partilhados de gestão financeira e contabilística, comparando o valor dos custos de referência (€ 7.334.539,00) com a soma do "valor dos serviços correspondente ao 1º ano de operação" (€ 3.000.000,00) com o valor do custo retido total (€ 2.792.804,00), seria de € 1.541.735,00.
- A poupança prevista para a ARSC, seria então de € 1.541.735,00, ou seja, 21%.

Em Dezembro de 2008, verificando que não estavam reunidas condições para que o Somos Contas, ACE, assegurasse os serviços de processamento de actividades de contabilidade e finanças, a partir de 1 de Janeiro de 2009, o *"(…) Somos contas efectuou uma nova agenda para que fossem retomadas as actividades, no início de Janeiro de 2009 e para que estivessem reunidas todas as condições de Operacionalidade a 1 de Março de 2009 (…)"*.

A 4 de Março de 2009 verificou-se novo adiamento. Considerando que o planeamento de Dezembro já não tinha actualidade, o Somos Contas, ACE, elaborou uma nova calendarização do projecto que adiava para Outubro de 2009 a entrada em produção.

Em trabalho de campo efectuado na ARSC em Setembro de 2009, foi possível verificar que, apesar de toda a colaboração e apoio que os técnicos da ARSC prestaram a este processo de adesão, que acarretou um aumento do volume de trabalho (inúmeras reuniões, deslocações, análise de documentos, revisões de modelos de processos, etc.) do Departamento de Gestão Financeira, não seria possível, novamente, cumprir aquele calendário.

Sobre estes adiamentos o Somos Contas, ACE, considera que o *"(…) Atraso sucessivo na data de adesão das entidades de saúde ao Somos Contas e consequente atraso na data de início da prestação do serviço (1 ano e dois meses no caso da ARS do Centro) (…)"* deve-se a *"(…) razões imputáveis às entidades de saúde (…)"*[326].

A 8 de Setembro de 2009, a ARSC assinou o protocolo de adesão[327] ao centro de processamento de contabilidade e finanças constituído pelo SUCH, fundamentando-se novamente apenas no modelo económico do SUCH, mas cujos lapsos e excesso de optimismo nalguns dos pressupostos já haviam sido identificados pelos técnicos do Departamento de Gestão Financeira da ARSC pese embora ainda não estivesse concluído o estudo próprio da ARSC sobre os custos associados à função financeira.

O protocolo de adesão entrou em vigor no dia 8 de Setembro de 2009, cessando a 31 de Dezembro de 2009, estando previsto a renovação automática, nos mesmos termos e condições, por períodos de 1 ano. A execução dos serviços iniciar-se-ia logo que concluído o processo de adaptação ao modelo futuro de processos, que deveria estar terminado antes de 31 de Dezembro de 2009.

Este protocolo foi objecto de fiscalização prévia, tendo-lhe sido recusado o visto pelo Acórdão n.º 4/2010, de 23 de Fevereiro, conforme já referido.

[324] Estimados em € 592.146,00.
[325] 2 FTE´s.
[326] Fonte: Plano de negócios do Somos Contas, ACE, Dezembro de 2008.
[327] Homologado pelo Exm. Sr. Secretário de Estado Adjunto e da Saúde em 12 de Setembro de 2009.

Em sede de contraditório, o CA do SUCH reconhece que *"(…) houve um significativo e grave atraso no arranque das operações da ARS Centro (…)"*, imputando no entanto a responsabilidade à ARSC: *"(…) Com efeito, existiu uma ausência de liderança ao nível do topo que acautelasse o total envolvimento dos técnicos da ARS Centro (…)"*. Referiram ainda que *"(…) foi necessário realizar inúmeras calendarizações, como consequência dos constantes adiamentos ou cancelamentos (…). Tudo isto causou directamente para o SOMOS CONTAS, ACE importantes custos acrescidos não previstos (…) que ascenderam a € 3.012.494 (…)"* e que *"(…) caso a ARS Centro tivesse prestado a colaboração no sentido de finalizar as tarefas não concluídas e por realizar – como é de esperar a quem adere a um serviço partilhado, uma vez que se pretende partilhar informação e conhecimento -, teria sido possível dar início à prestação do serviço nas datas preconizadas nos planeamentos."*.

As alegações produzidas não alteram as observações e conclusões formuladas.

Administração Regional de Saúde do Norte, IP

A ARSN celebrou um protocolo de compromisso de adesão ao CPCF operado pelo SUCH, através do Somos Contas, ACE, em 17 de Março de 2008. Esse protocolo previa que a prestação de serviços de gestão financeira e contabilística à ARSN se iniciasse a 1 de Setembro de 2008.

No âmbito deste protocolo inicial foi acordado que a ARSN reembolsaria o SUCH dos custos e encargos por este suportados, estimados em € 300.000,00, ao qual acresceria IVA à taxa legal em vigor, com a preparação da adesão da primeira ao CPCF, nomeadamente com a caracterização da situação inicial da ARSN e com a parametrização das ferramentas informáticas.

Apesar da fase de preparação da adesão da ARSN ter terminado no mês de Julho de 2008, só em Novembro de 2008 foi dado início às actividades de transição dos processos de contabilidade e finanças, tendo sido fixada a data de 1 de Maio de 2009 para a transferência das operações financeiras e contabilísticas para o Somos Contas, ACE[328].

Sucede, porém, que os trabalhos de validação do modelo de processos e de identificação das responsabilidades dos intervenientes e sistemas a utilizar prolongaram-se para além daquela data.

De facto, só a 1 de Setembro de 2009, a ARSN assinou o protocolo de adesão[329] ao centro de processamento de contabilidade e finanças constituído pelo SUCH, através do ACE. Este protocolo, que entrou em vigor no próprio dia 1 de Setembro de 2009, e cessava a 31 de Dezembro de 2009, deveria renovar-se automaticamente, nos mesmos termos e condições, por períodos de 1 ano, até um máximo de duas renovações. A execução dos serviços iniciar-se-ia logo que concluído o processo de transição para o início de operação, que deveria ocorrer antes de 31 de Dezembro de 2009.

Este protocolo foi objecto de fiscalização prévia, tendo-lhe sido recusado o visto pelo Acórdão n.º 6/2010, de 25 de Fevereiro, conforme já referido.

A propósito da adesão ao CPCF, vem a ARSN, em sede de contraditório, referir que a sua decisão *"se fundamentou em dados e em estudos validados por esta ARS, nomeadamente através dos seus serviços financeiros, os quais apontavam para a existência de vantagens na existência de uma unidade de serviços partilhados, havendo igualmente a forte convicção de que os custos que lhe*

[328] Fonte: Plano de actividades e orçamento 2009 do Somos Contas, ACE.
[329] Homologado pelo Exm. Sr. Secretário de Estado Adjunto e da Saúde em 12 de Setembro de 2009.

estavam associados viessem a diminuir com a adesão de outros associados a essa partilha de serviços".

Em sede de contraditório, o CA do SUCH afirma que *"(…) por diversas e variadas circunstâncias internas da ARS Norte, o início da operação foi sendo sucessivamente adiado, sendo também neste caso inúmeras as actividades não concluídas e não realizadas por este instituto público. Valem, pois, aqui, mutatis mutandis, as considerações supra a propósito da ARS Centro. Em suma, os grandes atrasos verificados no Plano de Implementação dos Serviços Partilhados, que foram inviabilizando esta operação, não são em caso algum imputáveis ao SUCH/SOMOS CONTAS".*

Para além das alegações produzidas pelo CA do SUCH não alterarem as observações formuladas, note-se que o assacar exclusivo de responsabilidades pelos atrasos e o insucesso do projecto de serviços partilhados às entidades públicas aderentes é reveladora também, claramente, da negação da alegada visão do SUCH como um instrumento de pura "cooperação e entreajuda" e de "colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos associados".

Balanço da actividade desenvolvida em Instituições Públicas

Pode-se, assim, na perspectiva do que atrás se enunciou, concluir-se que todo o processo de constituição dos serviços partilhados de contabilidade e finanças pelo SUCH, através do Somos Contas, ACE, ficou marcado pelos sucessivos adiamentos do projecto, as inúmeras revisões aos modelos de processos, os custos já suportados pelas ARS na fase de preparação da adesão, o aumento do volume de trabalho das áreas administrativas das ARS, os lapsos detectados nos modelos económicos da entidade adjudicatária e pela ausência de estudos próprios das ARS que comprovassem a economia, eficiência e eficácia da decisão de externalização da função contabilística e financeira.

12.4. Somos Compras, ACE

O Somos Compras, ACE[330], foi criado em Abril de 2007, para implementar e operar uma estrutura de aquisição de bens e serviços e de logística.

Inicialmente, o Agrupamento foi constituído pelo SUCH (com uma participação de 86%), pelo Hospital de Santa Maria, EPE[331], pelo Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, e pelo Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, cada um com uma participação de 3% e a SGG – Serviços Gerais de Gestão, SA, (com uma participação de 5%)[332].

A participação das instituições hospitalares como agrupadas do Agrupamento e a respectiva autorização pela tutela[333], fundamentou-se no primeiro estudo de viabilidade económica do ACE, objecto do ponto 1 do Anexo VII, no qual se previam poupanças líquidas acumuladas, com a centralização das funções de compras e logística dos hospitais no ACE, ao final de 5 anos de actividade (2012), no total de € 170.021.922,00, dos quais € 137.717.757,00 reverteriam para os

[330] Inicialmente o Agrupamento adoptou a denominação COMPARSIS, ACE. Em Assembleia Geral do ACE de 4 de Abril de 2008, foi deliberado substituir a designação de COMPARSIS, ACE, por Somos Compras, ACE.
[331] Actual Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE.
[332] A SGG- Serviços Gerais de Gestão, SA, transmitiu a sua posição, em 17 de Março de 2009, ao SUCH, o qual ficou com uma participação de 91% no ACE, mantendo-se como prestadora de serviços do Agrupamento até 31 de Dezembro de 2009.
[333] Por despacho conjunto, de 28 de Fevereiro de 2007, do Secretário de Estado do Tesouro e Finanças e do Secretário de Estado da Saúde, pelos Ministros de Estado e das Finanças e da Saúde (*vide* artigo 10º, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2002, de 29 de Dezembro).

aderentes aos serviços partilhados, € 15.301.973,00 para as entidades prestadoras de cuidados de saúde agrupadas, € 8.501.096,00 para o SUCH e € 8.501.096,00 para o parceiro privado do ACE.

12.4.1. A operacionalização da Central de Compras e Logística pelo Somos Compras, ACE

O modelo operacional do Agrupamento passava por:

- criação de um mestre de artigos, serviços e fornecedores comum;
- contratação centralizada no ACE que actuaria, ainda, como fornecedor dos aderentes aos serviços partilhados[334];
- externalização das funções internas de compras e logística dos aderentes para o ACE;
- criação de um Sistema de Garantia de Pagamentos que assegurasse os pagamentos aos fornecedores nos prazos normais de vencimento das facturas sempre que os aderentes o não fizessem;
- implementação e partilha de um sistema de informação comum.

Quer o estudo de viabilidade económica quer o Acordo de Agrupados celebrado previam que a implementação da unidade de serviços partilhados de compras e logística, pelo ACE, ocorresse no período de 6 meses após a sua constituição, iniciando-se de imediato a fase de operação, i.e., a prestação de serviços de compras e logística aos aderentes dos serviços partilhados que, inicialmente, seriam as entidades hospitalares agrupadas, para além do próprio SUCH. Durante o período de implementação iniciar-se-iam, ainda, as tarefas relacionadas com o processo de preparação da transição formal das funções compras e logística dos prestadores de cuidados de saúde agrupados[335].

Contudo, os anos de 2007 e 2008 ficaram marcados por preocupações manifestadas pelos hospitais agrupados quanto: ao controlo e segurança do modelo de funcionamento dos serviços partilhados inicialmente preconizado que implicava a externalização, em simultâneo, das funções de compras e logística dos hospitais para o ACE; à adequação de algumas cláusulas da minuta de contrato de adesão aos serviços partilhados e da minuta do contrato de serviços financeiros a celebrar com uma instituição financeira com vista a garantir os pagamentos aos fornecedores nos prazos de vencimento das facturas, designadamente as que implicavam a aceitação tácita de créditos, a inquestionabilidade dos créditos e a possibilidade de suspensão dos fornecimentos aos hospitais em determinadas circunstâncias; e ao funcionamento do sistema de informação implementado pelo ACE, sobre o qual todas as entidades aderentes aos serviços partilhados deviam trabalhar[336].

[334] Excepto para categorias de bens ou serviços em que tal não fosse possível por os contratos terem de ser celebrados com os compradores efectivos (ex. fornecimento de electricidade, seguros). Nestas situações a unidade de serviços partilhados funcionaria como uma central de negociação.

[335] Distinção entre contratos vigentes nos hospitais, que, tendo sido objecto de contratação por estes e encontrando-se em execução, seriam geridos e operacionalizados pelo ACE após a transição formal; construção de um catálogo único que, numa primeira fase agregaria, uniformizando-os, os catálogos existentes nos hospitais; identificação das categorias de bens a adquirir pelo ACE; constituição de um mestre de fornecedores únicos; constituição de uma plataforma logística que garantisse a capacidade do ACE para prestar serviços logísticos; inventariação física dos bens; selecção e formação de recursos humanos; migração dos dados existentes nos sistemas de informação dos hospitais para os do ACE; constituição, numa primeira fase de uma plataforma logística distribuída, assente nas instalações dos próprios hospitais.

[336] A propósito da adequabilidade e fiabilidade da aplicação informática do Somos Compras, ACE, o CHLC produziu um Relatório de testes ao software, do qual se destacam as seguintes conclusões: (1) A realização de requisições de bens e serviços através daquela aplicação é de complexidade superior à do software actualmente utilizado no CHLC e essa complexidade irá traduzir-se num aumento e desperdício de tempo dos utilizadores. (2) O número de movimentos necessários realizar nas recepções e saídas de material duplica em relação à situação actual.

Em consequência, no decurso de 2008, o modelo de funcionamento dos serviços partilhados foi alterado, prevendo-se, numa primeira fase, a externalização das funções de compras, de modo faseado e incremental, iniciando-se pelo material de consumo clínico, e, adiando-se, a externalização das funções de logística. Quanto ao sistema de informação, passou a considerar-se a possibilidade de as entidades hospitalares poderem continuar a utilizar os seus sistemas de informação recorrendo a interfaces que permitiriam a troca de informação relativa a encomendas e recepções com o Somos Compras, ACE. Apenas a adesão, ulterior, aos serviços partilhados de logística pressupunha necessariamente a utilização do sistema de informação disponibilizado pelo ACE.

Estas mudanças reflectiram-se no estudo de viabilidade económica do ACE, que foi alterado (cfr. ponto 2 do Anexo VII), e na minuta dos contratos de adesão que vieram a ser assinados, pelas entidades hospitalares, em 7 de Outubro de 2008.

Não obstante a retracção dos investimentos e da mobilização de recursos inicialmente previstos, em consequência destas alterações[337], não se pode deixar de salientar que, até então, existiram custos com as funções de logística, designadamente com o respectivo desenho de processos, o pessoal contratado, que veio a ser objecto de despedimento colectivo em meados de 2008, o director da logística e o desenvolvimento do sistema de informação nessa área, que podiam ter sido evitados se o modelo de funcionamento do ACE tivesse sido desde o início da adesão faseada. Também a infra-estrutura informática sobre a qual assentava o sistema de informação se veio a revelar sobredimensionada.

Sobre este assunto, os responsáveis do CA do SUCH, referem que de *"(…) entre as diversas vicissitudes que têm comprometido o projecto (…) encontra-se o facto de os Centros Hospitalares (i) terem demorado um ano a burilar a minuta do Protocolo de Adesão, (ii) aproveitando o entretanto para introduzir numerosas alterações ao modelo operacional inicial do ACE, descartando designadamente a utilização do Sistema de Informação, (iii) ao mesmo tempo em que protelaram a decisão definitiva das categorias de produtos que pretendiam adquirir através do Somos Compras, ACE, para o momento da celebração dos Protocolos de Adesão"*.

A este propósito, já no ponto 12.1.2, se referiu, no texto do Relatório, que *"No início do projecto (Abril de 2007) admitiu-se que o arranque abrangesse todos os serviços a prestar pelo ACE nas áreas das compras e da logística. Em Janeiro 2008, porém, decidiu-se pela implementação faseada, com vista a assegurar um maior controlo e segurança do processo. Sem questionar esta opção, salienta-se que a mesma deveria ter sido tomada logo aquando da constituição do ACE, evitando assim custos desnecessários com a implementação dos serviços de logística"*. Contudo, a responsabilidade sobre configuração inicial do ACE e a sua alteração futura não poderá ser apenas assacada aos Centros Hospitalares, mas sim a todos os agrupados no ACE.

O ano de 2008 ficou, ainda, marcado, por perturbações ao nível da gestão operacional interna[338], que contribuíram para os atrasos na entrada em produção do ACE e na realização de acções necessárias à preparação da transição formal da função de compras.

No final de 2008 ainda não existia um ficheiro mestre, essencial ao lançamento de procedimentos de contratação pelo ACE. Em 29 de Dezembro de 2008, foi submetida a parecer do Conselho de

[337] Cfr. decorre da análise comparativa entre o orçamentado e o executado. No triénio 2007-2009 foram orçamentados € 30,9 milhões e foi executado € 18,3 milhões.
[338] Patentes nas actas do Conselho de Administração e documentos anexos.

Compras[339], uma primeira versão desse ficheiro que apresentando, ainda, insuficiências de ordem técnica, impossibilitavam o ACE de o utilizar nos procedimentos de contratação pública[340].

Os próprios administradores nomeados pelo SUCH salientam, em nota sobre um documento apresentado na reunião do Conselho de Administração de 29 de Dezembro de 2008 pelo administrador nomeado pela SGG, SA, que quase todos os processos com vista ao aprovisionamento dos aderentes, um contributo específico da SGG, SA, se encontravam, naquela data, por operacionalizar e que a área operacional estava *"(…) totalmente impreparada para enfrentar a realidade da existência de cargas operacionais continuadas*", não tendo sido "*assegurada, até ao momento, a formação dos recursos existentes(…)*", não existindo, ainda, "(…) *um plano para a entrada em produção(…)*".

Sobre o ficheiro mestre, alegam os responsáveis do SUCH, que *"(…) os Hospitais Agrupados só decidiram, definitivamente, os artigos que pretendiam colocar na alçada do Somos Compras, ACE, aquando da celebração dos Protocolos de Adesão, em 7 de Outubro de 2008 (…). Assim, só a partir de meados de Outubro de 2008 é que começou a haver condições para se reiniciar o trabalho de normalização administrativa dos artigos (…)"*.

Também, se verificou uma dependência excessiva do Agrupamento relativamente aos hospitais agrupados, que eram quem efectivamente possuía o conhecimento das idiossincrasias do Sector Público da Saúde (regime jurídico da contratação pública, produtos e fornecedores). A título de exemplo, o trabalho realizado, em 2008 e 2009, de criação do ficheiro mestre, de definição das especificações técnicas dos produtos e dos critérios de avaliação e adjudicação a utilizar nos procedimentos de contratação pública, foi feito essencialmente com recurso a profissionais das entidades hospitalares, para além de outros contratados pelo próprio Somos Compras, ACE.

A comprovar esta observação refira-se a deliberação do Conselho de Administração do CHLC, de 18 de Março de 2009, que autorizou a facturação ao Somos Compras, ACE, dos serviços prestados ao Agrupamento, nomeadamente quanto ao tempo dispendido pelos colaboradores daquele centro hospitalar em *"(…) prestar as informações necessárias, participar em reuniões, efectuar a formação para a utilização do software e realizar o alinhamento dos artigos(…)"*[341], tendo sido emitida a factura n.º 8026834, de 4 de Maio de 2009, no total de € 240.984,00, ao qual acresce IVA no valor de € 48.196,80, perfazendo € 289.180,80. Por ofício de 25 de Setembro de 2009, o Somos Compras, ACE, devolveu a referida factura por não se considerar responsável pelo seu pagamento.

Finalmente, e, apesar, de o contrato de prestação de serviços financeiros referente ao Sistema de Garantia de Pagamentos ter sido celebrado em Janeiro de 2008, entre o Somos Compras, ACE, e um consórcio bancário, em Novembro 2008, após a adesão das entidades hospitalares aos serviços partilhados e ao contrato de financiamento, o consórcio propôs uma alteração que agravava as condições de financiamento, tendo a mesma sido aceite em Assembleia Geral.

[339] Órgão de apoio e aconselhamento do ACE, integrado por representantes das instituições hospitalares, que tinha como objectivo garantir a articulação dos prestadores de cuidados de saúde com o ACE para que este assegurasse o aprovisionamento dos seus clientes, em termos de qualidade, oportunidade, custo e quantidade.

[340] Cfr. ofício remetido pelo Somos Compras, ACE, às instituições hospitalares, em 31 de Dezembro de 2009. Note-se que, conforme referido no texto, durante a fase de implementação (primeiros seis meses do ACE), iniciar-se-iam, ainda, as tarefas relacionadas com o processo de preparação da transição formal das funções que incluíam a construção de um catálogo único. Até Dezembro de 2008, o ficheiro mestre foi tratado do ponto de vista administrativo, faltando-lhe ainda a harmonização técnica, necessária à construção do Catálogo e ao lançamento dos procedimentos de contratação.

[341] Fonte: Informação n.º 16 de Março de 2009 - Serviço de gestão de compras do CHLC, EPE.

Mod. TC 1999.001

12.4.2. Actividades desenvolvidas em Instituições Públicas

Os três centros hospitalares de Lisboa, agrupados institucionais do ACE, celebraram os protocolos de adesão à central de compras e logística, em 7 de Outubro de 2008. A adesão iniciar-se-ia pelo módulo de compras centralizadas e pela aquisição de material de consumo clínico. Nenhum dos hospitais optou por utilizar o sistema de informação disponibilizado pelo Agrupamento[342], sendo necessário o desenvolvimento de interfaces que permitissem a troca de informação relativa a encomendas e recepções entre o Somos Compras, ACE, e os hospitais[343].

Na sequência dos compromissos assumidos os três Centros Hospitalares de Lisboa deveriam efectuar todas as aquisições de material de consumo clínico, constantes do Anexo 0 ao Protocolo, a partir de 1 de Janeiro de 2009, à central de compras e logística, operada pelo Agrupamento.

Contudo, na data da assinatura dos protocolos, era expectável a incapacidade do Somos Compras, ACE, para satisfazer aqueles compromissos, uma vez que naquela data, e conforme já referido, não existia sequer um ficheiro mestre harmonizado que permitisse ao Agrupamento a realização dos procedimentos de contratação pública necessários. Por outro lado, ainda que o mesmo existisse, não era possível ao Somos Compras, ACE, proceder entre Outubro de 2008 e Janeiro de 2009, à realização dos concursos públicos ou dos concursos limitados por prévia qualificação legalmente adequados à aquisição do material necessário ao abastecimento dos Centros Hospitalares.

A fim de ultrapassar estas limitações, o CA do Somos Compras, ACE, aprovou em Dezembro de 2008, a realização de ajustes directos, ao abrigo do artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do CCP, na medida do estritamente necessário, utilizando para o efeito os ficheiros mestre dos Centros Hospitalares.

Quanto ao fundamento legal invocado, importa referir que o recurso ao ajuste directo por motivos de urgência imperiosa só é admissível quando resulte de acontecimentos extraordinários imprevisíveis pela entidade adjudicante, o que não era manifestamente o caso. De facto, todo o processo de externalização da função de compras para o Somos Compras, ACE, já vinha sendo preparado desde 2007, pelo que não se pode aceitar a imprevisibilidade alegada. Assim, não se verificando os pressupostos que justificaram a escolha dos procedimentos por ajuste directo, resultava violado aquele fundamento legal. Contudo, estando os primeiros ajustes directos concluídos em Julho de 2009, confirmou-se que não houve aquisições pelos Centros Hospitalares ao abrigo dos mesmos.

As aquisições realizadas pelo CHLO e pelo CHLC ao Somos Compras, ACE, limitaram-se a ser encaminhadas por este aos fornecedores habituais desses Centros Hospitalares[344].

Durante o mês de Janeiro de 2009, o CHLO procedeu ao envio das encomendas de material de consumo clínico para o Somos Compras, ACE, e não para os fornecedores habituais. Contudo, o Somos Compras, ACE, devido ao *"(…) período conturbado em termos de gestão operacional interna e em que a contratação ao mercado, o ficheiro mestre e a interligação informática*[345] *(…) ainda não*

[342] Em Dezembro de 2008 ainda não estavam concluídas as componentes de gestão de tesouraria e de transmissão electrónica de documentos – cfr. Relatório e Contas de 2008 do Somos Compras, ACE, e carta do Administrador Executivo da SGG, anexa ao mesmo, bem como mail, de 12 de Maio de 2009, da representante dos Centros Hospitalares no Conselho de Administração do ACE.
[343] Cfr. ofício remetido pelo Somos Compras, ACE, às instituições hospitalares, em 31 de Dezembro de 2009.
[344] O Acordo de Agrupados previa a gestão e operacionalização pelo ACE dos contratos vigentes nos hospitais, após a transição formal.
[345] De acordo com o CA do Somos Compras, ACE, faltava concluir a parte da interligação informática dos centros hospitalares.

estavam concluídos (…)"[346] não foi capaz de assegurar as condições de abastecimento daquele centro hospitalar.

A incapacidade demonstrada pelo ACE em fornecer aquele Centro Hospitalar e a imprevidência do CHLO em deixar de colocar encomendas, directamente, junto dos fornecedores habituais sem que, previamente, se tivesse assegurado de que o ACE estava em condições de assegurar a regularidade dos abastecimentos, originou *"(…) rupturas de stocks (…) quase diárias (…)"* e o *"(…) perigo de se colocar em risco a segurança dos doentes e dos profissionais (…)"*[347]. Perante aquele cenário, o CA do CHLO viu-se obrigado a recorrer a empréstimos de material clínico a outros centros hospitalares conseguindo dessa forma impedir a interrupção do *"(…) funcionamento do hospital em algumas áreas (…)".*

O próprio CA do CHLO reconheceu que *"(…) Desta sua decisão obteve uma prestação de serviços com péssimos resultados (…) que provocaram graves prejuízos na actividade do CHLO, desestabilização e desorganização que lhe provocavam elevados custos e tempo para recuperar os referidos prejuízos."*[348].

Em resultado, em 29 de Janeiro de 2009, o Conselho de Administração do CHLO deliberou "*não emitir mais notas de encomenda ao Somos Compras, ACE, enquanto a capacidade de resposta da referida instituições não estiver assegurada"*.

O CHLC, por seu turno, demonstrando uma atitude mais prudente, procedeu apenas à aquisição de determinados produtos de material clínico, de forma a aferir da capacidade de fornecimento do ACE.

Assim, desde Janeiro de 2009 e até à data de realização de trabalho de campo[349] no CHLC, este centro hospitalar emitiu 115 notas de encomenda ao Somos Compras, ACE, no total de € 854.852,15, tendo sido satisfeitas encomendas no valor de € 233.640,78. A restante mercadoria encomendada ao Somos Compras, ACE, encontrava-se, àquela data, pendente de entrega. Considerando as dificuldades de satisfação das encomendas por parte do Agrupamento, o CHLC não emitiu mais notas de encomenda ao Somos Compras, ACE, a partir de 22 de Maio de 2009[350].

O CHLN, por sua vez, até à data da realização de trabalho de campo nesta entidade, não emitiu qualquer nota de encomenda ao Somos Compras, ACE.

Nos termos da cláusula décima segunda dos protocolos de adesão o SUCH teria direito a uma remuneração pelos serviços prestados, correspondente ao módulo de serviços de compras centralizadas, de € 360.000,00[351] + IVA, destinada a cobrir os custos de implementação e operação da central de compras e logística.

Deste modo, o Somos Compras, ACE, facturou mensalmente aos Centros Hospitalares aquele valor. Os montantes facturados pelo Somos Compras, ACE, relativos ao protocolo totalizavam, em Fevereiro de 2010, € 1.296.000,00.

[346] Fonte: Ofício do Somos Compras, ACE, n.º 000654, de 31 de Dezembro de 2009.
[347] Fonte: Ofício CA/10/2009, de 23 de Janeiro, do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE.
[348] Fonte: Acta n.º 8 da Assembleia Geral do Somos Compras, ACE.
[349] Outubro de 2009.
[350] Fonte: Listagem de encomendas do Serviço de Aprovisionamento do CHLC, EPE, à data de 7 de Outubro de 2009.
[351] A pagar mensalmente (€ 30.000 + Iva).

Por sua vez, os Centros Hospitalares não reconhecem esta dívida, tendo inclusive procedido à devolução das facturas, visto não lhes terem sido prestados os serviços objecto dos protocolos, nomeadamente quanto à garantia de assegurar a aquisição dos bens e serviços que lhe fossem solicitados pelos Centros Hospitalares.

Note-se que apesar de só o CHLO ter procedido à colocação da totalidade das suas encomendas junto do Somos Compras, ACE, a partir de Janeiro de 2009, ainda assim o ACE não foi capaz de abastecer regularmente aquele Centro Hospitalar. Compreende-se assim a recusa dos três Centros Hospitalares em aceitar a facturação emitida pelo ACE.

De facto, o Somos Compras, ACE, não prestou, nem estava em condições de prestar, os serviços que estavam protocolados desde Janeiro de 2009, nomeadamente porque o ACE atravessava um período conturbado em termos de gestão operacional interna, o ficheiro mestre não estava concluído e pela inexistência, à data, de vínculo contratual directo entre o ACE e os fornecedores.

Assim sendo, existem proveitos registados no Somos Compras, ACE, mas não existe dívida registada nos Centros Hospitalares. Apesar dos Centros Hospitalares não reconhecerem aquela dívida, o ACE cedeu aqueles créditos às entidades financeiras que asseguram o Sistema de Garantia de Pagamentos. Em consequência, as entidades financeiras têm debitado juros mensais às entidades hospitalares.

A este propósito, alegam os responsáveis do SUCH, que os *"serviços previstos no âmbito do Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Compras e Logística, que os Centros Hospitalares Agrupados celebraram com o SUCH, não se limitam ao fornecimento de bens e serviços. Desde Março de 2008, quando o Somos Compras, ACE, procedeu ao lançamento de procedimentos de contratação (…), que vêm prestando serviços aos Centros Hospitalares. Mais: as poupanças efectivas, potenciais e estimadas, que até ao momento foram apuradas, relacionadas com os serviços prestados aos Centros Hospitalares, apuradas até ao fecho do ano económico de 2009 ascendiam a 4,38 milhões de euros (…)"*.

12.4.3. A Situação Económico-Financeira do Somos Compras, ACE

O exercício de 2008 revela muito pouco em termos de análise financeira[352], visto ter sido considerado que o agrupamento se encontrava em fase de estabelecimento. Assim, para além dos custos de funcionamento registados em imobilizado em curso, realça-se também o facto de não terem sido efectuadas amortizações dos bens do activo imobilizado (vide ponto 3 do Anexo VII).

Relativamente ao exercício de 2009, foram recolhidos dados financeiros que indicavam um resultado líquido do exercício negativo de 2009 de aproximadamente € - 4,6 milhões.

Da análise da situação económico-financeira destacam-se os empréstimos contraídos, a 31 de Dezembro de 2009, no total de € 13.839.010,00, e os encargos contraídos junto de fornecedores conta corrente, no total de € 3.756.553,30.

[352] Da análise da Demonstração de Resultados de 2008 resulta que foi apurado um resultado líquido do exercício no montante de € 5.772,76, que foi imputado directamente aos membros do agrupamento. Os proveitos registados, no total de € 32.314,08, referem-se exclusivamente a vendas de cadernos de encargos.

O facto de não possuir capital próprio, à semelhança dos outros ACE constituídos pelo SUCH, originou uma elevada dependência do financiamento bancário, cujos custos ascenderam a € 456.689,86 durante o exercício de 2009.

Saliente-se, que apesar das medidas[353] adoptadas de redução da estrutura de custos para 2010, o Somos Compras, ACE, tinha muitos custos fixos contratados (comunicações, hardware e software) que eram de difícil redução, que em conjunto com a incapacidade de captar novas adesões, permitiam antever o agravamento da situação económico-financeira do agrupamento.

13. Situação económico-financeira do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

A situação patrimonial do SUCH, no triénio 2006-2008, encontra-se reflectida no quadro seguinte:

Quadro VIII – Balanço

	31.12.08		31.12.07		31.12.06		Δ% 06/07		Δ% 07/08	
Activo	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**
Imobilizado	**21.943.789,98**	**30,0%**	**18.010.478,24**	**24,6%**	**18.130.281,13**	**27,9%**	**-119.802,89**	**-0,7%**	**3.933.311,74**	**21,8%**
Imobiizado incorpóreo	912.879,16	1,2%	0,00	0,0%	0,00	0,0%	0,00	0,0%	912.879,16	
Investimentos financeiros	2.010.079,10	2,7%	1.875.553,79	2,6%	1.881.236,32	2,9%	-5.682,53	-0,3%	134.525,31	7,2%
Imobilizações Corpóreas	17.898.399,29	24,4%	15.980.710,17	21,8%	15.629.864,33	24,0%	350.845,84	2,2%	1.917.689,12	12,0%
Imobilizações em curso	1.122.432,43	1,5%	154.214,28	0,2%	619.180,48	1,0%	-464.966,20	-75,1%	968.218,15	627,8%
Circulante	**51.297.347,53**	**70,0%**	**55.228.922,24**	**75,4%**	**46.941.918,12**	**72,1%**	**8.287.004,12**	**17,7%**	**-3.931.574,71**	**-7,1%**
Existências	2.457.537,69	3,4%	5.132.957,95	7,0%	3.008.747,06	4,6%	2.124.210,89	70,6%	-2.675.420,26	-52,1%
Dívidas de terceiros	45.507.225,42	62,1%	41.818.334,27	57,1%	39.530.730,50	60,7%	2.287.603,77	5,8%	3.688.891,15	8,8%
Disponibilidades	527.510,67	0,7%	6.164.306,29	8,4%	2.437.178,64	3,7%	3.727.127,65	152,9%	-5.636.795,62	-91,4%
Acréscimos e diferimentos	2.805.073,75	3,8%	2.113.323,73	2,9%	1.965.261,92	3,0%	148.061,81	7,5%	691.750,02	32,7%
Total Activo	**73.241.137,51**	**100%**	**73.239.400,48**	**175%**	**65.072.199,25**	**100%**	**8.167.201,23**	**12,55%**	**1.737,03**	**0,0%**
Capital próprio e passivo										
Capital próprio	**15.885.554,21**	**21,7%**	**23.388.009,90**	**31,9%**	**23.365.798,46**	**35,9%**	**22.211,44**	**0,1%**	**-7.502.455,69**	**-32,1%**
Capital	93.238,33	0,1%	93.238,33	0,1%	93.238,33	0,1%	0,00	0,0%	0,00	0,0%
Ajustamentos partes de capital	738.634,38	1,0%	738.634,38	1,0%	738.634,38	1,1%	0,00	0,0%	0,00	0,0%
Reservas	22.533.925,75	30,8%	22.339.903,65	30,5%	24.855.630,39	38,2%	-2.515.726,74	-10,1%	194.022,10	0,9%
Resultados Transitados	-3.069.669,68	-4,2%	194.022,10	0,3%	-2.515.726,74	-3,9%	2.709.748,84	-107,7%	-3.263.691,78	-1682,1%
R.Liquido Exercício	-4.410.574,57	-6,0%	22.211,44	0,0%	194.022,10	0,3%	-171.810,66	-88,6%	-4.432.786,01	-19957,2%
Passivo	**57.355.583,30**	**78,3%**	**49.851.390,58**	**68,1%**	**41.706.400,79**	**64,1%**	**8.144.989,79**	**19,5%**	**7.504.192,72**	**15,1%**
Provisões	194.746,30	0,3%	184.679,70	0,3%	184.679,70	0,3%	0,00	0,0%	10.066,60	5,5%
Dívidas a terceiros	51.254.755,63	70,0%	43.216.521,50	59,0%	34.653.870,18	53,3%	8.562.651,32	24,7%	8.038.234,13	18,6%
Acréscimos e diferimentos	5.906.081,37	8,1%	6.450.189,38	8,8%	6.867.850,91	10,6%	-417.661,53	-6,1%	-544.108,01	-8,4%
Capital próprio e passivo	**73.241.137,51**	**100%**	**73.239.400,48**	**100%**	**65.072.199,25**	**100%**	**8.167.201,23**	**12,55%**	**1.737,03**	**0,0%**

Da análise ao balanço destaca-se o resultado líquido negativo obtido em 2008 que contribuiu para a diminuição acentuada do Capital Próprio, -32,1% de 2007 para 2008. Para aquela diminuição contribuiu ainda uma regularização efectuada na rubrica de Resultados Transitados referentes a trabalhos em curso de projectos e obras, no total de € 3.091.881,12.

No final do exercício de 2008, decorridos 3 anos de actividade do então Conselho de Administração do SUCH[354], os capitais próprios da Associação já registavam uma diminuição de 31,4% relativamente ao verificado a 31 de Dezembro de 2005 (€ 23.171.776,36).

[353] Diminuição do n.º de administradores executivos remunerados, dispensa de pessoas contratadas para a área da logística, contratação de uma equipa interna para a manutenção aplicacional e redimensionamento da infra-estrutura informática.

[354] Excepto a Vice-Presidente do SUCH que tomou posse apenas a 1 de Fevereiro de 2008. Pelos Despachos n.os 10557/2010 e 10558/2010, de 17 de Junho, do Secretário de Estado da Saúde, foram nomeados os novos Presidente e Vice-Presidente do Conselho de

O activo líquido em 2008 ascendeu a € 73.241.137,51, do qual 30% corresponde a imobilizado e 70% a activos circulantes. Durante o exercício de 2008 foi alterado o critério de cálculo das amortizações e reintegrações do exercício, para as aquisições efectuadas a partir de 1 de Janeiro desse ano, deixando de ser utilizadas as taxas máximas permitidas pelo Decreto Regulamentar n.º 2/90, de 12 de Janeiro, para se passarem a utilizar as taxas mínimas[355].

Na área das dívidas a terceiros observou-se a um agravamento substancial dos valores em dívida ao longo do triénio, com um peso relativo de 70% na estrutura do passivo e capital próprio em 2008, em parte explicado pelo recurso ao *factoring* nesse ano.

O total de créditos por cobrar aumentou 5,8% de 2006 para 2007 e 8,8% entre 2007 e 2008, em consequência do diferimento de cobranças[356]. A este propósito importa salientar que, por iniciativa do CA, foi aprovada em AG de 3 de Julho de 2009, uma moção de compromisso na regularidade de pagamento dos serviços contratados ao SUCH.

A análise seguinte evidencia a situação económica nos anos de 2006 a 2008, do SUCH.

Quadro IX – Demonstração de Resultados

	31.12.08		31.12.07		31.12.06		Δ% 06/07		Δ% 07/08	
Custos	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**
Custo das matérias de consumo	12.671.615,86	12,9%	10.646.747,21	12,8%	8.389.247,66	12,0%	2.257.499,55	26,9%	2.024.868,65	19,0%
Fornec. Serviços Externos	35.880.750,23	36,6%	31.322.282,77	37,7%	23.704.694,61	34,0%	7.617.588,16	32,1%	4.558.467,46	14,6%
Impostos	11.509,60	0,0%	3.259,17	0,0%	5.182,65	0,0%	-1.923,48	-37,1%	8.250,43	253,1%
Custos c/ Pessoal	42.371.880,62	43,2%	35.919.719,62	43,2%	32.471.056,89	46,6%	3.448.662,73	10,6%	6.452.161,00	18,0%
Provisões	10.066,60	0,0%	25.082,54	0,0%	0,00	0,0%	25.082,54		-15.015,94	-59,9%
Amortizações	3.432.612,99	3,5%	2.688.991,96	3,2%	2.604.577,36	3,7%	84.414,60	3,2%	743.621,03	27,7%
Outros Custos Operacionais	26.684,59	0,0%	944.383,85	1,1%	686.206,83	1,0%	258.177,02	37,6%	-917.699,26	-97,2%
Custos e Perdas Financeiras	3.464.076,14	3,5%	1.367.466,41	1,6%	801.844,11	1,1%	565.622,30	70,5%	2.096.609,73	153,3%
Custos e Perdas Extraordinárias	218.832,48	0,2%	187.923,18	0,2%	1.064.800,78	1,5%	-876.877,60	-82,4%	30.909,30	16,4%
Total de custos	**98.088.029,11**	**100,0%**	**83.105.856,71**	**100,0%**	**69.727.610,89**	**100,0%**	**13.378.245,82**	**19,2%**	**14.982.172,40**	**18,0%**
Proveitos										
Vendas	0,00	0,0%	1.425,69	0,0%	137.559,28	0,2%	-136.133,59	-99,0%	-1.425,69	-100,0%
Prestações de serviços	89.296.860,82	95,3%	77.172.900,17	92,8%	65.468.542,71	93,6%	11.704.357,46	17,9%	12.123.960,65	15,7%
Variação de trabalhos em curso	-148,58	0,0%	2.191.706,84	2,6%	-636.341,03	-0,9%	2.828.047,87	-444,4%	-2.191.855,42	-100,0%
Proveitos suplementares	3.700,98	0,0%	10.834,04	0,0%	8.348,13	0,0%	2.485,91	29,8%	-7.133,06	-65,8%
Subsídios à exploração	72.002,80	0,1%	93.396,93	0,1%	101.668,70	0,1%	-8.271,77	-8,1%	-21.394,13	-22,9%
Trabalhos para a própria empresa	270.677,56	0,3%	69.086,49	0,1%	363.136,83	0,5%	-294.050,34	-81,0%	201.591,07	291,8%
Outros proveitos operacionais	3.167.107,51	3,4%	2.960.824,12	3,6%	2.956.254,64	4,2%	4.569,48	0,2%	206.283,39	7,0%
Reversões de amortizações	0,00	0,0%	0,00	0,0%	597.464,74	0,9%	-597.464,74	-100,0%	0,00	0,0%
Proveitos e Ganhos Financeiros	646.423,77	0,7%	483.071,50	0,6%	457.030,83	0,7%	26.040,67	5,7%	163.352,27	33,8%
Proveitos e Ganhos Extraordinários	220.829,68	0,2%	144.822,37	0,2%	467.968,16	0,7%	-323.145,79	-69,1%	76.007,31	52,5%
Total de proveitos	**93.677.454,54**	**100,0%**	**83.128.068,15**	**100,0%**	**69.921.632,99**	**100,0%**	**13.206.435,16**	**18,9%**	**10.549.386,39**	**12,7%**
Demonstração Resultados										
Resultados Operacionais	-1.594.919,40		949.707,16		1.135.668,00					
Resultados Financeiros	-2.817.652,37		-884.394,91		-344.813,28					
Resultados Correntes	-4.412.571,77		65.312,25		790.854,72					
Resultados Extraordinários	1.997,20		-43.100,81		-596.832,62					
Resultado Líquido Exercício	**-4.410.574,57**		**22.211,44**		**194.022,10**					

No exercício económico de 2008, apesar do volume de negócios ter registado um aumento de 15,7% e os proveitos de 12,7%, o resultado do exercício foi negativo em € - 4.410.574,57.

Administração do SUCH, com efeitos a partir de 23 de Junho inclusive. Os restantes membros do Conselho de Administração (3 vogais) foram eleitos em Assembleia Geral extraordinária de 30 de Junho de 2010, com efeitos a partir de 1 de Julho inclusive.

[355] A utilização de quotas mínimas de reintegração e amortização sobre o activo imobilizado sujeito a deperecimento, adquirido após 1 de Janeiro de 2008, origina a duplicação do período de vida útil esperada desses bens e, consequentemente, a diminuição dos custos anuais com o deperecimento do activo imobilizado.

[356] O prazo médio de recebimentos em 2008 foi de 7,8 meses no final do 1º semestre de 2008 e de 5,8 meses no final de 2008 *(Fonte: Relatório de Gestão e Contas 2008).*

O resultado financeiro negativo de € -2.817.652,37 é consequência de um custo financeiro total de € 3.464.076,14, para o qual contribuiu a consolidação de resultados negativos de empresas associadas[357], no valor de € 1.247.225,63, € 1.515.147,96 relativos a juros suportados, € 610.077,09 de descontos de pronto pagamentos concedidos e outras perdas financeiras no total de € 91.625,46. Os proveitos financeiros totalizaram € 646.423,77, dos quais € 622.020,09 respeitaram à consolidação de resultados positivos de empresas associadas[358].

O quadro seguinte apresenta alguns indicadores de equilíbrio financeiro e liquidez.

Quadro X – Indicadores de gestão

Anos	2008	2007	2006
Autonomia financeira	0,22	0,32	0,36
Solvabilidade	0,28	0,47	0,56
Liquidez geral	0,95	1,23	1,30
Endividamento	0,78	0,68	0,64

O rácio de solvabilidade[359] demonstra a decrescente capacidade financeira do SUCH em satisfazer os seus compromissos. A diminuição do indicador de autonomia financeira[360], em 2008, é consequência do aumento das dívidas a terceiros.

O indicador de liquidez geral[361] é revelador por um lado, da falta de capacidade do SUCH em solver as suas obrigações de curto prazo através da realização dos seus direitos de curto prazo e, por outro lado, da degradação da situação financeira do SUCH, que também pode ser confirmada pela deterioração gradual dos indicadores analisados no quadro seguinte referente às rentabilidades.

Quadro XI – Rentabilidades do SUCH de 2001 a 2008[362]

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Rentabilidade do capital próprio	12,2%	11,7%	1,5%	1,5%	-10,9%	0,8%	0,1%	-27,8%
Rentabilidade do activo	5,3%	6,1%	1,8%	2,0%	-3,1%	1,7%	1,3%	-2,2%
Rentabilidade das vendas	7,2%	5,9%	0,3%	1,6%	-2,7%	0,3%	0,0%	-4,9%

Em 2009, a situação económico-financeira da Associação deteriorou-se, em consequência de novo resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente € -5 milhões, em grande parte justificado pela consolidação de resultados líquidos negativos dos ACE de serviços partilhados (€ -6,3 milhões). Em resultado, o rácio de autonomia financeira passou de 0,38, em 2005, para 0,11, em 2009.

A criação dos serviços partilhados, um dos desideratos da missão do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, em funções de 2006 a Junho de 2010[363], conduziu a Associação a uma situação financeira crítica, com eventuais consequências na sua própria subsistência, e contrasta com a "(…) situação financeira (…) globalmente equilibrada (…)"[364] evidenciada nas demonstrações financeiras de 2005[365].

[357] Decorrentes do Somos Pessoas, ACE e Somos Contas, ACE.
[358] Consolidaram resultados positivos o SUCH- Dalkia, ACE, o Somos Compras, ACE e a EAS, Lda.
[359] Avalia a capacidade de solver as responsabilidades assumidas a médio, longo e curto prazos (Capitais Próprios / Passivo).
[360] Traduz a capacidade em financiar o activo através dos capitais próprios sem ter de recorrer a empréstimos (Capitais Próprios / Activo Líquido).
[361] Revela a capacidade que a entidade tem de solver as suas obrigações correntes (Activo Circulante / Passivo curto prazo).
[362] Fonte: Plano estratégico 2007-2009 para as rentabilidades dos anos 2001 a 2005.
[363] Com a excepção da Vice-Presidente do SUCH que tomou posse apenas a 1 de Fevereiro de 2008.
[364] Fonte: Parecer do Conselho Fiscal do SUCH – Exercício de 2005.
[365] No final de 2009 mais de metade (53,1%) dos capitais próprios do SUCH a 31 de Dezembro de 2005 (€ 23.171.776,36) estavam perdidos. O total de capitais próprios do SUCH a 31 de Dezembro de 2009 era de € 10.842.426,24 e o total do Activo Líquido de € 99.066.574,05. O rácio de autonomia financeira era de 0,11.

Em sede de contraditório, o CA do SUCH refere que *"(…) a afirmação (…) não traduz a realidade (…)"* e que *"(…) o SUCH não possuía, nem nunca possuiu, pelo menos desde 2001, inclusive, uma situação financeira globalmente equilibrada (…).*

De facto, os elevados montantes de necessidade cíclicas de exploração, permanentemente imobilizados, principalmente por via das sistemáticas dívidas dos clientes/associados – cujo saldo sempre representou, nos últimos nove anos, - são, à escala da progressão do volume de negócios, prova iniludível e irrefutável dos referidos desequilíbrios financeiros (…)". Se até 2007 o fundo de maneio funcional (capital próprio - activo fixo) conseguia alavancar fundos para reduzir as necessidades mensais da tesouraria líquida, a partir de 2008 (inclusive) este desiderato não mais foi possível de alcançar basicamente por se ter deteriorado a situação financeira do capital próprio do SUCH.

Neste particular, contribuíram ainda para a redução do mesmo, no período em consideração, os resultados líquidos negativos de 2008 e 2009, devidos à inflação sentida em 2008 e à consolidação nas contas do SUCH dos resultados negativos das respectivas empresas participadas.

Importa ainda frisar o impacto da regularização dos trabalhos em curso, na rubrica contabilística de existências, no montante de € 3.091.881,12, no âmbito dos projectos & obras, resultado de uma situação herdada do passado, muito anterior a 2005 (…) que este Conselho de Administração levou a efeito (…).

A análise dos ratios de endividamento, liquidez e solvabilidade (…) revela que no período entre 2006 e 2009 há uma clara sub-divisão que importa salientar: o biénio 2006-2007 e o biénio 2008 e 2009.

No primeiro biénio tem-se um nível médio do ratio de endividamento na ordem dos 66% (64,1% em 2006 e 68% em 2007). Porém, a leitura desse valor não pode ser dissociada da consideração dos seguintes factos:

a) *O volume de vendas subiu 36,3%, registando aumentos de 16%, entre 2005 e 2006, e de 17,7%, entre 2006 e 2007 (…);*
b) *A dívida dos clientes aumentou 48,2% (…) de € 27.164 milhares registados no início de 2006, para € 40.248 milhares, registados no final de 2007 (…);*
c) *Em contrapartida, o SUCH aumentou o seu endividamento oneroso (incluindo empréstimos bancários, leasings e adiantamentos de factoring) a instituições de crédito em 47%.*

No que concerne ao biénio 2008-2009, tem-se em 2008 um volume de vendas que face a 2007 sobe 15,7% (…) contra um aumento da dívida de clientes de 8,15% (…) Contudo, é conveniente frisar quão enganador este ratio se revela, pois que (…) os prazos médios de recebimentos mensais verificados são bem maiores que a indicação pontual do mesmo em sede de data final do exercício (…).

Não obstante as dívidas a bancos passarem de € 18.835.000 para € 13.897.000 (diminuindo cerca de 5 milhões), o recurso a adiantamentos por factoring, motivado pelo crescimento da dívida, já atrás referida, explicam e justificam o montante desta rubrica revelado em fecho de exercício com € 6.258.000.

Em 2009, ao contrário do que é tradicional, nem o final do ano conseguiu modificar a situação. Assim, para um aumento do volume de vendas, face ao ano anterior, de 12,4% (…) a dívida de clientes passou de € 43.529.000 para € 67.299.000 (…).

No que concerne á análise dos resultados operacionais das áreas tradicionais do SUCH (…) o volume de negócios de 2008 aumentou 15,7% face ao ano anterior; No triénio 2006-2008, o acréscimo do volume de negócios ascendeu a 57,8% (…) Não obstante o período complexo vivido em 2008 do ponto de vista do funcionamento dos mercados, os custos operacionais tiveram um acréscimo idêntico à variação do volume de negócios (…).

Efectivamente, para uma evolução de 15,7% do volume de negócios, o custo das matérias-primas evoluiu mais de 19% no ano de 2008 (…) e os FSE´s apresentaram um acréscimo próximo dos 15% (…) pelo que o desvio sentido pelo efeito da inflação no SUCH no ano de 2008 resultou numa despesa adicional e imprevisível para o ano de € 1.700.000, com forte impacto no prejuízo operacional global do SUCH cifrado em € 1.500.000 (…).

Em síntese, no que aos resultados operacionais diz respeito, é muito importante relembrar que, exceptuando o ano de 2008 – em que os mesmos apresentaram valores negativos pelas razões acima expostas -, o SUCH, desde 2006, tem vindo a apresentar resultados operacionais positivos. O ano de 2005 havia, em contraponto, exibido em resultado operacional negativo no valor de -1,6 milhões de euros (…)".

Apreciando o alegado pelo CA do SUCH, note-se desde já que, analisados os argumentos produzidos, se mantém a posição contida no Relato, com os fundamentos aí aduzidos, aos quais acrescem os seguintes considerandos:

O CA do SUCH vem contestar a deterioração da situação económico-financeira da Associação quando em 3 de Julho de 2009, a propósito da criação da quota extraordinária, referia que a mesma visava *"(…) a imediata contenção da espiral de endividamento bancário e o consequente controlo da evolução do peso relativo dos custos financeiros na estrutura de custos do SUCH (…)"* e *"(…) a possibilidade de reposição de todos os indicadores económico-financeiros, no ano de 2009, aos níveis verificados no arranque do Plano Estratégico*[366] *(…)"* 2007-2009.

Quanto ao aumento do volume de negócios verificado no período em análise, note-se que o Relatório Preliminar do Plano de Sustentabilidade a Médio/Longo Prazo 2010-2015, de Outubro de 2009, encomendado pelo SUCH a uma entidade independente, já referia que:

a) "(…) em matéria de rendibilidade, a situação do SUCH-SOMOS SPS é particularmente desfavorável em termos absolutos e relativos face à média do sector em que se insere(…)";
b) "(…) uma grande parte dos indicadores de rendibilidade considerados apresenta valores negativos e distantes das médias do sector (…)";
c) "(…) em termos de evolução, a situação também é preocupante, porque apesar do crescimento substancial do volume de negócios, é possível identificar uma trajectória descendente em todos os indicadores de rendibilidade líquida considerados (…)";
d) "(…) O crescimento do volume de negócios não se traduziu, todavia, no crescimento sustentado da margem operacional (…)".

Nesse mesmo Estudo foram ainda identificados "(…) sinais inequívocos de deterioração em todos os indicadores analisados (…)" no período 2005-2008, nomeadamente: rácio de autonomia financeira 0,38, em 2005, para 0,22, em 2008; rácio de liquidez geral 1,44, em 2005, para 1,01, em 2008; rácio de liquidez reduzida 1,32, em 2005, para 0,96, em 2008; Rácio de endividamento 0,62, em 2005,

[366] Fonte: Proposta do Conselho de Administração à Assembleia Geral Extraordinária do SUCH de 3 de Julho de 2009 – Documento enquadrador da proposta de quota extraordinária.

para 0,78, em 2008; peso do serviço do endividamento 0,59, em 2005, para 1,39, em 2008 e estrutura do endividamento 0,81, em 2005, para 0,89, em 2008.

Por outro lado, a deterioração económico-financeira não se verifica exclusivamente no biénio 2008-2009, como parece resultar do contraditório do CA do SUCH. De facto, os rácios acima indicados, na sua maioria, apresentam tendências de agravamento desde 2005.

Acresce ainda que, em 2009, a situação económico-financeira da Associação deteriorou-se novamente (resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente € - 5 milhões) o que tornou ainda mais evidente as conclusões produzidas.

Em sede de contraditório, o CA do SUCH refere ainda que *"(…) Por último, importa ainda registar o facto de os resultados extraordinários terem vindo, ao longo do quadriénio 2006-2009, a evoluir favoravelmente, de tal modo que os últimos dois anos registaram resultados positivos (…) para essa situação contribuíram (…) a alienação do imóvel da Travessa do Abarracamento de Peniche, cuja mais valia foi de € 1.088.000 (…) e o custo extraordinário reportado a 2006, no montante de € 814.000 (…) referentes aos custos suportados com a explosão da Central de Incineração do CHPLX (…)".*

Neste ponto, cabe sublinhar que os resultados extraordinários, por definição, resultam de acontecimentos ou transacções distintas das actividades normais da entidade e que, por isso, não se espera que sejam frequentes ou regularmente recorrentes.

Deste modo, ainda que o SUCH tenha registado resultados extraordinários positivos em 2009 de € 635.809,59, tal facto não altera as considerações feitas no Relato, antes pelo contrário. De facto, a venda do referido imóvel apenas permitiu atenuar o mau desempenho económico do SUCH, em 2009.

14. Regime de quotização e benefícios dos associados

O regime de quotização do SUCH actualmente em vigor foi aprovado em Assembleia Geral de 29 de Abril de 2003. Posteriormente, em Assembleia Geral de 3 de Março de 2009 foram aditados ao referido regime de quotização os artigos 9º e 10º relativos a uma quota suplementar.

Nos termos do n.º 1 do artigo 2º do regime de quotização os associados "(…) escolhem livremente o escalão de quotização em que pretendam situar-se" de entre os previstos no n.º 2º do artigo 1º, a saber:

1º escalão	€ 60,00	3º escalão	€ 5.000,00
2º escalão	€ 1.000,00	4º escalão	€ 10.000,00

A escolha do escalão de quotização deve ser exercida anualmente, ou até 30 dias antes da entrada em vigor de um novo regime de quotização, e os valores a pagar são mensais.

Em contrapartida do pagamento das quotas[367] os associados têm direito[368] a que o SUCH deduza nas facturas emitidas o valor integral da quota, sob a forma de desconto de associado, ou, em

[367] Nos termos da alínea a) do artigo 24º dos Estatutos as quotas constituem receitas do SUCH.
[368] Este benefício só é atribuído aos associados que paguem as suas quotas até ao dia 10 do mês a que dizem respeito.

alternativa, até 40% do valor da factura, caso o montante da quota exceda esta percentagem do valor facturado.

A este benefício poderá ainda acrescer, sobre o remanescente do valor facturado, descontos adicionais para pagamentos até 60 dias[369] sobre a apresentação das facturas.

Quota extraordinária

Em Assembleia Geral de 3 de Julho de 2009, por proposta do CA, foi aprovada[370] uma alteração ao regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH.

Essa alteração consistiu na criação de uma quota suplementar de adesão livre, destinada ao reforço dos capitais próprios do SUCH, correspondente a 1/1000 do orçamento anual do associado ou ao valor das prestações directamente contratadas e já facturadas no ano anterior pelo SUCH ao associado.

Nos termos da alteração aprovada, o valor da quota suplementar subscrita por cada associado é dedutível à facturação dos serviços contratados ao SUCH, até perfazer o montante da quota suplementar, nos seguintes termos:

a) 25% na facturação do ano seguinte à prestação da quota;
b) 25% na facturação do ano n+2;
c) 50% na facturação do ano n+3.

Ainda nos termos da alteração aprovada, no último ano de dedução da quota suplementar o associado beneficia de uma bonificação de 2% ao ano, calculada sobre o montante total da quota subscrita.

Como já foi anteriormente referido, a iniciativa da criação de uma quota suplementar foi do CA do SUCH, o que revela que o negócio foi celebrado, essencialmente, no interesse daquele e que esta foi a forma encontrada pelo SUCH para obter os meios financeiros com vista ao seu equilíbrio financeiro e de suprir dificuldades de tesouraria, sem ter necessidade de recorrer, novamente, às entidades bancárias.

Constata-se assim que, na prática, a quota suplementar consubstancia um empréstimo dos associados ao SUCH.

Em Fevereiro de 2010, tinham subscrito a quota suplementar, o Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE, o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, o Hospital Arcebispo João Crisóstomo e o Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE, num total de € 170.549,42.

Note-se que a capacidade jurídica das entidades do SNS é limitada aos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objecto e das suas atribuições, o que afasta desde logo a possibilidade da concessão de empréstimos.

Deste modo, a subscrição e realização da quota suplementar, que mais não é do que um empréstimo, pelos Conselhos de Administração das referidas entidades públicas, configuram a

[369] Para pagamentos até 30 dias sobre a apresentação da factura 3% de desconto acrescido de um spread de 0,5% e para pagamentos entre 31 e 60 dias 1,5% de desconto acrescido de um spread de 0,25%.
[370] Cinquenta e três votos a favor, vinte e quatro votos contra, dez votos em brancos e um voto nulo.

Mod. TC 1999.001

prática de actos que extravasam as atribuições das entidades hospitalares cuja consequência é a nulidade nos termos do artigo 133.º, n.º 1, e n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo.

Ao que acresce ainda a violação do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e dos artigos 2º, 3º e 7º dos Estatutos que constituem o anexo II do mesmo diploma, e do artigo 6º da Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, o que pode configurar infracção financeira susceptível de gerar eventual responsabilidade financeira sancionatória nos termos do artigo 65º, n.º 1, alínea i), e n.ºs 2 a 5, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

Em sede de contraditório, a afirmação, *supra*, de que *"na prática, a quota suplementar consubstancia um empréstimo dos associados ao SUCH"* foi contestada por todos os subscritores da quota extraordinária e pelos responsáveis do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais. Em síntese, considerando, essencialmente, que *"(…) um dos elementos essenciais do contrato de mútuo é o dever de restituição a que o mutuário fica obrigado (nos termos do artigo 1142º do Código Civil, o dever de "restituir outro tanto do mesmo género e qualidade). Ora, com o pagamento da "quota suplementar", o SUCH não assume qualquer dever de restituição da referida quantia, nem o associado fica titular do direito ao respectivo reembolso. (…) O associado (…) beneficiará, apenas, do direito a adquirir determinados serviços junto do SUCH, em condições preferenciais, ou seja, com desconto. O montante de tal desconto pode, ou não, atingir o montante da contribuição em causa"*[371].

Os responsáveis das entidades públicas subscritoras, alegam, ainda, que:

- *"(…) tal quota suplementar consubstancia (…) uma entrega ou adiantamento a ser levado à conta corrente e creditado faseadamente, a abater no saldo negativo que a mesma apresenta, resultante dos fornecimentos efectuados e a efectuar, devidamente facturados pelo SUCH a este Hospital. (…) a quantia correspondente ao pagamento efectuado de tal quota, em caso de incumprimento por parte do SUCH, o seu reembolso sem estaria subordinado (…) ao regime jurídico do instituto do enriquecimento sem causa (…). E foi com este sentido, interpretação e qualificação jurídica de entrega por conta de adiantamento, que este Hospital subscreveu a quota suplementar. (…) Quanto às demais recomendações, para além de afirmar que este Hospital vem adoptando nas suas aquisições de bens e serviços o regime estabelecido no Código dos Contratos Públicos, pugnará igualmente na qualidade de associado do SUCH por igual procedimento e bem assim adoptará a revisão do regime de quotização que vier a ser deliberado na Assembleia Geral do SUCH como é recomendado por esse Tribunal."* (responsáveis do Hospital do Arcebispo João Crisóstomo);
- *"(…) foi (…) na convicção do rigoroso cumprimento do princípio da legalidade (…), actuando sem culpa e com a diligência que lhe era exigida, que o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra (…), considerando as disponibilidades orçamentais da instituição e a garantia da dedução, nas facturas a emitir posteriormente pelo SUCH, do valor em causa (…), deliberou autorizar a subscrição e realização da quota extraordinária em apreço"* (responsáveis do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra);

[371] Esta argumentação tem por base uma anterior, também comum aos alegantes, no sentido de que "*O SUCH é (…) uma associação e direito privado (…). A realização dos fins associativos implica, as mais das vezes, a necessidade de constituição de um património próprio e autónomo (…). Não impondo o regime legal quaisquer soluções específicas quanto ao contributo dos associados para o património da associação, a prática mais comum vem sendo a da fixação de "quotas periódicas" a pagar pelos associados (…). É igualmente corrente a aceitação de que (…) os estatutos ou regulamentos prevejam outras contribuições (…). Esse é o caso presente: os associados do SUCH podem contribuir para o património associativo de outra forma para além da quota regular."*

- *"(…) a subscrição da quota suplementar (…) foi considerada pelo Conselho de Administração uma forma de pagamento de uma dívida existente a um credor (…), tendo inerentes as boas práticas de gestão (…): Redução de encargos e facilidades de pagamento, que em nada divergiam da quota anteriormente subscrita, uma vez que (…) se tratava apenas da subscrição de uma quota suplementar, com vantagem em termos de cumprimento atempado, e redução por isso dos respectivos juros de mora (…) Não obstante não considerarmos que tenha ocorrido violação de lei ou de práticas de boa gestão, tendo em conta as questões e recomendações desse Tribunal, iremos nos próximos pagamentos, proceder ao pedido de reembolso de quota suplementar, através da dedução do valor da facturação (…)."* (responsáveis do Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE);
- *"(…) a ponderação da própria natureza jurídica do SUCH, da sua função, da sua ligação e articulação com o próprio Serviço Nacional de Saúde (…), teve o efeito de consagrar como inteiramente legal e "interna" qualquer transferência de quotização que será absorvida pela contratação pública privilegiada e in house que os hospitais desenvolvem"; sem prejuízo do exposto, subscrevem a decisão do actual Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE, "(…) de revogar a deliberação de autorização da subscrição e solicitar ao SUCH a devolução do montante(…)"* (ex-responsáveis do Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE). A este propósito, o actual Presidente do Conselho de Administração do CHTS, EPE, veio informar, juntando documentos comprovativos, que o Conselho de Administração *"tomou a decisão de revogar a deliberação de autorização da sua subscrição (…) e solicitar ao SUCH a devolução do montante (…) correspondente ao seu pagamento"*.

Trata-se, efectivamente, de uma matéria controvertida, porquanto não se trata de um típico contrato de mútuo, com os traços que lhe são característicos e que se encontram estabelecidos nos artigos 1142º e seguintes do Código Civil, uma vez que os subscritores não serão reembolsados da importância entregue, mas sim, através de descontos na facturação a realizar pelo SUCH relativa a serviços prestados durante os três anos seguintes à subscrição da quota.

Contudo, tendo por base o objectivo de criação da quota extraordinária – reforço dos capitais próprios da associação; a convicção dos subscritores das quotas, no sentido de que conseguiriam reaver as quantias entregues através dos supra referidos descontos[372]; e a bonificação prevista de 2% ao ano[373], corrobora-se a afirmação de que se trata de um empréstimo, embora atípico, cuja prática extravasa as atribuições das entidades hospitalares, sendo por isso um acto nulo. Devem pois, as entidades hospitalares, diligenciar no sentido da devolução das quantias entregues, à semelhança do que já fez o Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE, comprovando, dentro do prazo do acatamento das recomendações, que já conseguiram a devolução da quantia correspondente à quota extraordinária.

Quanto à eventual responsabilidade financeira sancionatória indiciada, considerando que:

- Os responsáveis das entidades hospitalares subscritoras da quota extraordinária actuaram convictos da legalidade da sua actuação, conforme se pode concluir pelo teor das suas alegações;
- Os referidos responsáveis nunca haviam sido alertados, para a correcção da irregularidade detectada, por órgãos de controlo interno ou externo,

[372] Convicção que se constata nas respectivas alegações e em deliberações de autorização da sua subscrição, designadamente o extracto da acta n.º 21 da Reunião do CA do Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE, de 22 de Setembro de 2009, onde se refere *"O reembolso da quota está acautelado pelas deduções na facturação das prestações contratadas nos próximos três anos"*

[373] Esta, sim, uma característica típica do contrato de mútuo, cfr. artigo 1145º do Código Civil.

conclui-se que se encontram reunidos os pressupostos para a relevação pelo Tribunal da eventual responsabilidade financeira sancionatória, constantes das alíneas do n.º 8 do artigo 65º da Lei n.º 98/97, na redacção dada pelas Leis n.os 48/2006, de 29 de Agosto, e 35/2007, de 13 de Agosto, no que respeita aos responsáveis indiciados das entidades hospitalares em causa.

Abatimento das quotas na facturação

Como já foi anteriormente referido, o SUCH dá a possibilidade aos seus associados de optarem por diferentes regimes de quotização. Aos associados é-lhes concedido o direito de deduzir o valor das quotas[374], mediante o cumprimento do prazo de pagamento das mesmas, ao valor líquido das prestações de serviços ou transmissão de bens facturados pelo SUCH.

Quanto ao enquadramento da actividade do SUCH em IVA, verificou-se que o SUCH faz incidir IVA sobre as prestações de serviços e transmissões de bens que factura aos seus associados mas não sobre as quotizações pagas pelos mesmos.

A diminuição da base tributável das prestações de serviços ou transmissões de bens, não isentas, pelo desconto de uma quota que não foi objecto de tributação[375], nos termos dos artigos 5º e 9º do regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, origina, por um lado, uma distorção e diminuição do imposto a pagar ao Estado, e, por outro lado, uma vantagem competitiva em relação à concorrência[376].

Tomemos por hipótese que o SUCH apresenta uma proposta de preço para uma prestação de um determinado serviço exactamente igual à de uma empresa comercial. Neste caso, não será indiferente para o adquirente que seja, ou tenha a possibilidade de se tornar, associado do SUCH[377], adquirir o serviço à empresa comercial ou ao SUCH, isto considerando que poderá diminuir a base de incidência de IVA e consequentemente o imposto a suportar na aquisição do serviço, pela dedução das quotas de associado.

Desta situação foi já dado conhecimento à Direcção-Geral dos Impostos, para os efeitos tidos por convenientes, no âmbito do relatório da auditoria operacional ou de resultados ao Centro Hospitalar do Médio Tejo.

15. Qualidade percepcionada dos serviços prestados pela Associação nas áreas de negócio tradicionais

Estudos realizados pelo SUCH

O SUCH tem desenvolvido estudos[378] de avaliação da satisfação dos seus clientes, nomeadamente através do levantamento das necessidades actuais e potenciais dos seus clientes, do estudo da satisfação dos seus clientes e de apreciação da notoriedade da marca.

[374] Quotização ordinária e quota suplementar.
[375] O pagamento da quota ao SUCH pelos associados não implica nenhuma contraprestação.
[376] O IVA é um imposto sobre o consumo que se pretende neutro, isto é que não afecte a concorrência.
[377] Público ou privado.
[378] Relatórios finais dos projectos n.º 2006/0013 e n.º 2007/0076.

Dos resultados obtidos no primeiro estudo[379] realizado, de Julho de 2006, concluiu-se que o índice de satisfação global das entidades públicas com o desempenho do SUCH (6.9) é inferior ao das empresas comerciais suas concorrentes (7.5).

Quanto aos motivos indicados pelas entidades públicas como mais penalizantes do índice de satisfação global com o desempenho do SUCH destacou-se a *"(…) baixa competitividade a nível dos preços (…)"* e o *"(…) tempo de resposta face às reclamações que lhe são colocadas"*.

O SUCH regista no entanto melhores resultados do que as empresas comerciais quanto ao "(…) conhecimento da área da saúde, confiança no serviço fornecido e ao nível de profissionalismo do desempenho técnico".

Quanto à avaliação do desempenho do SUCH por área de negócio o estudo concluiu que, relativamente às entidades públicas, o SUCH obtém índices de satisfação pelos serviços prestados superiores à sua concorrência na alimentação e no tratamento de roupa e inferiores na limpeza, gestão de resíduos e manutenção de instalações e equipamentos.

No segundo estudo de avaliação realizado[380], de Fevereiro de 2008, foram comparados os resultados obtidos com os verificados em 2008, e extraídas as seguintes conclusões:

1. A avaliação global do SUCH melhorou relativamente aos resultados obtidos no estudo anterior;
2. Na comparação com empresas comerciais o SUCH apresenta melhores resultados em termos de "conhecimento da área da saúde" e de "credibilidade e ética", obtendo resultados inferiores à concorrência relativamente à "especialização nas áreas em que actua"[381], "à política de preços praticados", "à capacidade e tempo de resposta", ao "rigor na facturação emitida" e "à eficácia na comunicação com clientes".
3. Relativamente à área da alimentação o índice de satisfação com a actuação do SUCH regista uma quebra bastante acentuada[382] de 2006 para 2007, passando a ser inferior ao da concorrência;
4. Na área do tratamento de roupa a avaliação o SUCH regista igualmente uma quebra do índice de satisfação com a sua actuação, relativamente a 2006, descendo de 53.8 para 39.0 no caso das entidades hospitalares. As principais reclamações dos hospitais relacionam-se com o "cumprimento dos horários de entrega e recolha da roupa", "roupa entregue em boas condições" e "roupa entregue na totalidade";
5. A avaliação global do SUCH é ligeiramente superior à da concorrência, 7.9 para 7.8 respectivamente, na área da limpeza;
6. Relativamente à gestão e tratamento de resíduos verificou-se que apesar de ser uma das áreas onde o SUCH merece melhor avaliação, ainda assim os índices de satisfação obtidos são inferiores ao da concorrência;
7. Na área da manutenção de instalações e equipamentos o índice de satisfação pelo trabalho desenvolvido pelo SUCH verificou uma melhoria, relativamente a 2006, destacando-se o bom desempenho de factores como " o tempo de reparação/execução" e o

[379] Realizaram-se, no total, 906 entrevistas, das quais se destacam 200 a colaboradores de hospitais, 94 a colaboradores de Centros de Saúde e 400 a pacientes.
[380] Realizaram-se, no total, 569 entrevistas, das quais se destacam 175 a colaboradores de hospitais, 5 a colaboradores das ARS e 99 a colaboradores de Centros de Saúde.
[381] O estudo considera que este resultado advém do carácter generalista da actuação do SUCH versus a especialização das empresas comerciais em cada área de negócio.
[382] Especialmente nos factores "Especialização da equipa" e "Rigor na selecção das refeições".

"relacionamento humano". Comparativamente à concorrência o SUCH regista nesta área uma opinião global ligeiramente inferior, 7.7 para 8.0, nos clientes "hospital".

Inquérito realizado pela Direcção Geral do Tribunal de Contas

As entidades públicas seleccionadas para execução de trabalho de campo[383] classificaram o grau de satisfação com os serviços prestados pelo SUCH da seguinte forma:

1. O Hospital de São João classifica como "Suficiente" os serviços de alimentação e de manutenção e assistência técnica de equipamentos médico-cirúrgicos e dá avaliação negativa[384] (Mau) ao serviço de tratamento de roupa;
2. O Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho classifica a generalidade[385] dos serviços prestados pelo SUCH de "Suficiente", atribuindo a classificação de "Bom" na área da alimentação;
3. O Centro Hospitalar do Nordeste classifica o serviço prestado pelo SUCH nas áreas da limpeza, gestão e tratamento de resíduos, assistência técnica a equipamentos, alimentação e gestão de projectos e obras como "Bom" e o serviço de tratamento de roupa como "Suficiente";
4. O Centro Hospitalar de Lisboa Central classificou de "Bom" os serviços de gestão e tratamento de resíduos e de manutenção de instalações e equipamentos e de "Suficiente" o serviço de tratamento de roupa;
5. O Centro Hospitalar de Lisboa Norte classificou os serviços prestados pelo SUCH na área de manutenção e assistência técnica a equipamentos de "Bom", mas nas áreas de gestão e tratamento de resíduos e de tratamento de roupa classificou-os de apenas "Suficiente";
6. Os Hospitais da Universidade de Coimbra classificaram o serviço prestado pelo SUCH em todas as áreas contratadas[386] de "Bom".

Da análise das respostas destas seis entidades, que representaram 38,7% da facturação do SUCH em 2008, destaca-se o serviço de tratamento de roupa como aquele onde a qualidade do serviço prestado pelo SUCH é menos positiva, tendo inclusive uma classificação de "Mau" e a área da alimentação como a área onde o SUCH é melhor avaliado, tendo três classificações de "Bom" e apenas uma de "Suficiente".

IV. Eventuais Infracções Financeiras

As infracções financeiras sancionatórias indiciadas foram, conforme referido nos respectivos pontos do Relatório, afastadas, por não consubstanciarem factos ilícitos e/ou culposos, ou relevadas, por se encontrarem reunidos os pressupostos para a relevação da eventual responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do disposto no artigo 65º, n.º 8, da Lei n.º 98/97, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

[383] O CHLO, EPE, não respondeu ao inquérito realizado.
[384] Foi solicitado às entidades que classificassem os serviços prestados pelo SUCH na seguinte escala: A - Mau; B - Suficiente; C - Bom; D - Muito bom.
[385] O SUCH presta serviços ao CHVNG/E, EPE, nas áreas da alimentação, gestão de obras, tratamento de roupa, gestão e tratamento de resíduos e assistência técnica a equipamentos.
[386] O SUCH presta serviços aos HUC de gestão e tratamento de resíduos, alimentação, tratamento de roupa, limpeza e manutenção de instalações e equipamentos, entre outras.

V. Emolumentos

Nos termos dos artigos 1º, 2º, 10º, n.º 1, e 11º, n. º3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pelas Leis n.os 139/99, de 28 de Agosto, e 3-B/2000, de 4 de Abril, e em conformidade com as Notas de Emolumentos apresentadas no Anexo VIII do Volume III, são devidos emolumentos, num total de € 17.164,00, a suportar pelas seguintes entidades:

- Serviço de Utilização Comum dos Hospitais - € 11.517,95;
- Administração Central do Sistema de Saúde, IP - € 225,85;
- Administração Regional de Saúde do Algarve, IP - € 542,02;
- Administração Regional de Saúde do Centro, IP - € 542,02;
- Administração Regional de Saúde do Norte, IP - € 542,02;
- Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE - € 542,02;
- Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE - € 542,02;
- Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE - € 542,02;
- Centro Hospitalar do Nordeste, EPE - € 542,02;
- Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE - € 542,02;
- Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE - € 542,02;
- Hospital de São João, EPE - € 542,02.

VI. Determinações finais

Os Juízes do Tribunal de Contas deliberam, em subsecção da 2.ª Secção, o seguinte:

1. Aprovar o presente Relatório nos termos da al. a) do n.º 2 do art.º 78º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

2. Que o presente Relatório, juntamente com os Volumes II e III, seja remetido às seguintes entidades:

I. Ao Primeiro-Ministro;

II. Ao Ministro de Estado e das Finanças;

III. À Ministra da Saúde;

IV. À Comissão Parlamentar da Saúde;

V. Ao Controlador Financeiro do Ministério da Saúde;

VI. Ao Presidente do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais;

VII. À Presidente do Conselho de Administração do Somos Pessoas, ACE;

VIII. À Presidente do Conselho de Administração do Somos Contas, ACE;

IX. À Presidente do Conselho de Administração do Somos Compras, ACE;

X. Ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Central do Sistema de Saúde, IP;

XI. Ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP;

XII. Ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Centro, IP;

XIII. Ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Norte, IP;

Mod. TC 1999.001

XIV. Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE;

XV. Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE;

XVI. Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE;

XVII. Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Nordeste, EPE;

XVIII. Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE;

XIX. Ao Presidente do Conselho de Administração dos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE;

XX. Ao Presidente do Conselho de Administração do Hospital de São João, EPE;

XXI. Ao Presidente do Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE;

XXII. Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra;

XXIII. Ao Presidente do Conselho de Administração do Hospital Arcebispo João Crisóstomo;

XXIV. Ao Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE;

XXV. Ao Presidente do Centro Hospitalar de Setúbal, EPE;

XXVI. Ao Presidente do Hospital de Santo André, EPE;

XXVII. Ao Presidente do Conselho de Administração da Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE;

XXVIII. Ao Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência;

XXVIX. Ao Presidente da Mesa da Assembleia Geral do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais;

XXX. Ao Presidente do Conselho de Administração da SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE

XXXI. Ao titular do cargo de Secretário de Estado da Saúde, no XVII Governo Constitucional, nos anos 2005-2007;

XXXII. A todos os responsáveis individuais ouvidos no âmbito do contraditório.

3. Que, após a entrega do Relatório às entidades supra-referidas, o mesmo, juntamente com os Volumes II e III, seja colocado à disposição dos órgãos de comunicação social e divulgado no site do Tribunal.

4. Expressar, aos responsáveis, dirigentes e funcionários que contactaram com a equipa de auditoria, o apreço pela disponibilidade revelada e pela colaboração prestada no desenvolvimento desta acção.

5. Que as entidades destinatárias das recomendações comuniquem ao Tribunal de Contas, no prazo de seis meses após a recepção deste Relatório, por escrito e com a inclusão dos respectivos documentos comprovativos, a sequência dada às recomendações formuladas.

6. Que um exemplar do presente Relatório seja remetido ao Ministério Público junto deste Tribunal, nos termos dos artigos 29.º, n.º 4, 55º, n.º 2, e 57º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto.

Tribunal de Contas, em 27 de Outubro de 2010

O Juiz Conselheiro Relator

(Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes)

Os Juízes Conselheiros Adjuntos

(João Manuel Macedo Ferreira Dias)

Falta justificada

(José Luís Pinto Almeida)

Fui presente,

O Procurador-Geral Adjunto

Tribunal de Contas

Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

SUCH

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

Processo n.º 27/2009 – Audit

Relatório n.º 31/2010

Volume II - Alegações

Índice

Volume II

- Alegações –

I. GABINETE DO PRIMEIRO MINISTRO 3
II. MINISTRA DA SAÚDE 5
III. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE, NO XVII GOVERNO CONSTITUCIONAL, NOS ANOS 2005-2007 13
IV. AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA 15
V. ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO ALGARVE, IP 17
VI. ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO CENTRO, IP 43
VII. ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO NORTE, IP 69
VIII. CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA CENTRAL, EPE 71
IX. CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, EPE 97
X. CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA NORTE, EPE 135
XI. CENTRO HOSPITALAR DO NORDESTE, EPE 219
XII. CENTRO HOSPITALAR DE VILA NOVA DE GAIA/ESPINHO, EPE 225
XIII. HOSPITAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, EPE 267
XIV. HOSPITAL DE SÃO JOÃO, EPE 269
XV. CENTRO HOSPITALAR TÂMEGA E SOUSA, EPE 311
XVI. CENTRO HOSPITALAR PSIQUIÁTRICO DE COIMBRA 337
XVII. HOSPITAL DO ARCEBISPO JOÃO CRISÓSTOMO 353
XVIII. CENTRO HOSPITALAR DA COVA DA BEIRA, EPE 379
XIX. CENTRO HOSPITALAR DE SETÚBAL, EPE 397
XX. HOSPITAL DE SANTO ANDRÉ, EPE 401
XXI. UNIDADE LOCAL DE SAÚDE DE MATOSINHOS, EPE 407
XXII. SERVIÇO DE UTILIZAÇÃO COMUM DOS HOSPITAIS 411

I. Gabinete do Primeiro Ministro

- Contraditório institucional -

28/06 2010 17:58 FAX 213951616 GAB. FAI 001/001

213951616

Of. N.: 4204
Data: 22-06-2010

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS
Gabinete do Primeiro Ministro

Exmo. Senhor
Director-Geral do Tribunal de Contas
Meritíssimo Juiz Conselheiro
José Fernandes Farinha Tavares
Av. Barbosa du Bocage, n. º 61,
1069-045 Lisboa

Exmo. Senhor Director-Geral

Na sequência do ofício n.º 8694 desse Gabinete, de 25 de Maio, informa-se V. Exa. que as alegações relativas ao processo de auditoria n.º 27/09 – Audit (sobre as aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos) foram oportunamente remetidas pela Senhora Ministra da Saúde a esse Tribunal, nada mais havendo a acrescentar.

Com os melhores cumprimentos ,

O Chefe de Gabinete

Guilherme Dray

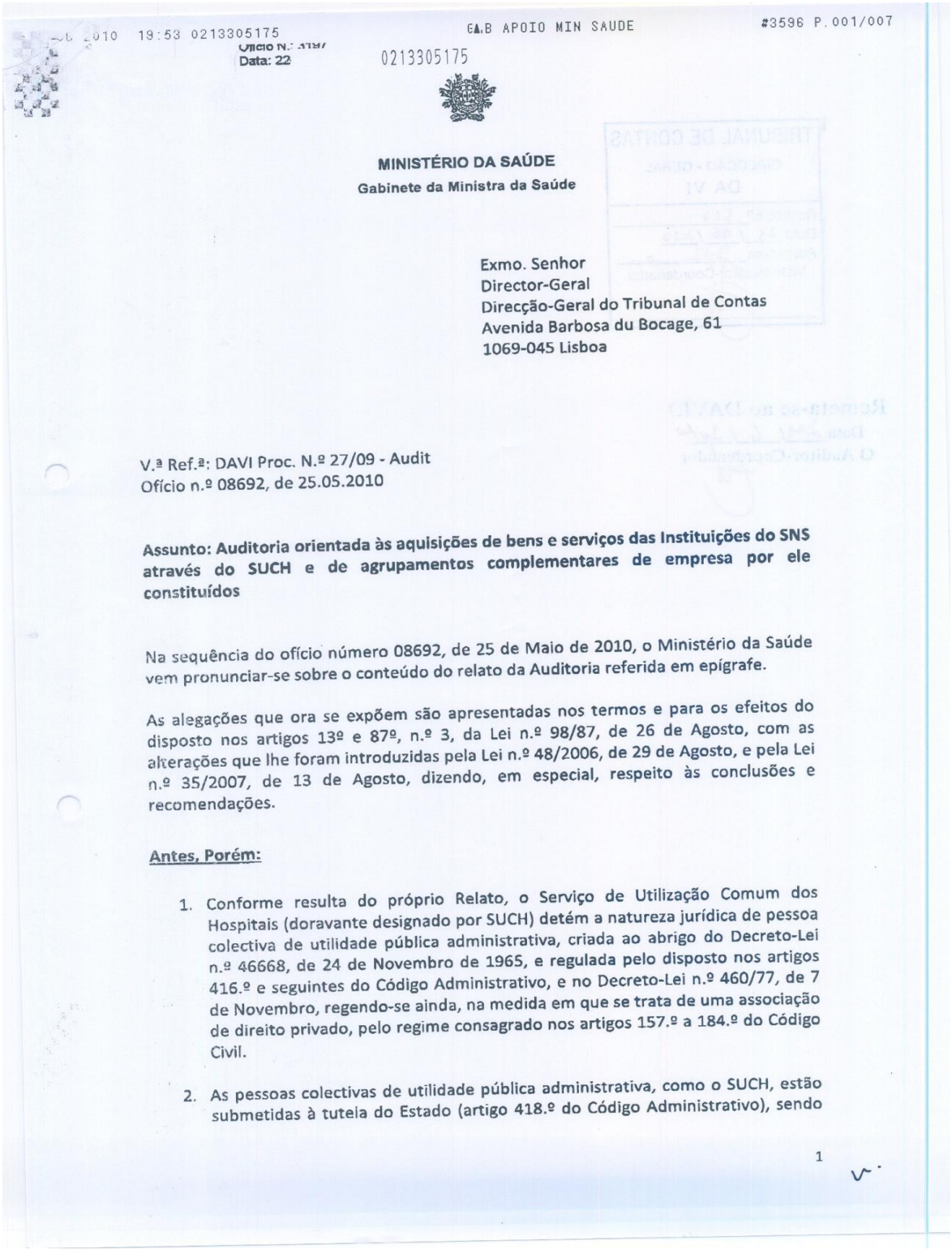
jrs/pp

DGTC 23 06'10 11593

Rua da Imprensa à Estrela, 4 – 1200-888 Lisboa - Telef. (+351) 21 392 35 00 - Fax (+351) 21 395 16 16 – E-mail: pm@pm.gov.pt

II. Ministra da Saúde

- Contraditório institucional -



2010 19:53 0213305175 GAB APOIO MIN SAUDE #3596 P.001/007

Ofício N.: 4197
Data: 22

0213305175

MINISTÉRIO DA SAÚDE
Gabinete da Ministra da Saúde

Exmo. Senhor
Director-Geral
Direcção-Geral do Tribunal de Contas
Avenida Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

V.ª Ref.ª: DAVI Proc. N.º 27/09 - Audit
Ofício n.º 08692, de 25.05.2010

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

Na sequência do ofício número 08692, de 25 de Maio de 2010, o Ministério da Saúde vem pronunciar-se sobre o conteúdo do relato da Auditoria referida em epígrafe.

As alegações que ora se expõem são apresentadas nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 13º e 87º, n.º 3, da Lei n.º 98/87, de 26 de Agosto, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, dizendo, em especial, respeito às conclusões e recomendações.

Antes, Porém:

1. Conforme resulta do próprio Relato, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (doravante designado por SUCH) detém a natureza jurídica de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, criada ao abrigo do Decreto-Lei n.º 46668, de 24 de Novembro de 1965, e regulada pelo disposto nos artigos 416.º e seguintes do Código Administrativo, e no Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, regendo-se ainda, na medida em que se trata de uma associação de direito privado, pelo regime consagrado nos artigos 157.º a 184.º do Código Civil.

2. As pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, como o SUCH, estão submetidas à tutela do Estado (artigo 418.º do Código Administrativo), sendo

1

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Gabinete da Ministra da Saúde

certo, porém, que os poderes de tutela não se presumem, só estando a ela sujeitos os actos da pessoa colectiva tutelada expressamente previstos na lei.

3. No caso do SUCH, os poderes de tutela do Governo são directamente os que resultam do artigo 422.º do Código Administrativo, do Decreto-Lei n.º 46668, de 24 de Novembro de 1965, ao abrigo do qual o SUCH foi criado, e do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, e indirectamente, por força do disposto no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 46668, de 24 de Novembro de 1965, os que constam dos Estatutos do SUCH, publicados no Diário da República, II série, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006.

4. Em suma, os poderes de tutela exercidos pelo Governo sobre o SUCH, a cargo do membro do Governo responsável pela área da saúde, traduzem-se, de acordo com as disposições legais supra enunciadas no:

   i. *Poder de nomeação do Presidente e Vice-Presidente do Conselho de Administração do SUCH;*
   ii. *Poder de homologar alterações aos Estatutos do SUCH, bem como a sua dissolução;*
   iii. *Poder de homologar a contracção de empréstimos, quando os mesmos impliquem um nível de endividamento do SUCH líquido igual ou superior a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto (tutela correctiva* a posteriori*) e ainda,*
   iv. *Poder de determinar o destino a dar aos bens do SUCH, em caso de dissolução deste último.*

Vejamos, então, das Recomendações dirigidas à senhora Ministra da Saúde:

1ª Recomendação: ***Garantir que as decisões de aquisições de bens e serviços dos organismos tutelados pelo Ministério da Saúde são suportadas em estudos próprios e/ou independentes adequados à aferição da afectação eficiente e eficaz dos recursos públicos e respeitam os procedimentos da contratação pública.***

No que diz respeito à 1ª Recomendação cumpre informar que as aquisições de bens e serviços pelos organismos do Serviço Nacional de Saúde assentam numa dupla lógica de aquisições suportada, por um lado, por contratos de aprovisionamento centrais e, por outro lado, por aquisições descentralizadas.

Nesse âmbito, os contratos públicos de aprovisionamento têm, reconhecidamente, constituído uma importante referência para as negociações que as entidades do Serviço Nacional de Saúde desencadeiam com os respectivos fornecedores.

2

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Gabinete da Ministra da Saúde

A perspectiva do Ministério da Saúde, em concordância com o relato da Auditoria do Tribunal de Contas, é que é possível e urgente obter progressos adicionais na racionalização das compras no universo do Serviço Nacional de Saúde, nomeadamente, pela anulação de parte da renda que os fornecedores retiram da imperfeição do funcionamento do mercado (promovida, entre outras razões, pela diferenciação artificial dos bens e pela assimetria de informação).

Neste sentido, o Ministério da Saúde criou recentemente a SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E., entidade de direito público de natureza empresarial dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. A SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E. tem por objectivo principal, em moldes empresariais, prestar serviços partilhados de compras, de logística, serviços financeiros e ao nível dos recursos humanos aos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde, independentemente da sua natureza jurídica.

Com a criação da SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, E.P.E., o Ministério da Saúde assegura a promoção de eficácia e eficiência em organizações dos sectores público e privado, permitindo não só elevadas poupanças, criação de sinergias e aumento de produtividade, como também benefícios ao nível da qualidade do serviço prestado e da qualidade e celeridade da informação de gestão produzida.

Esta iniciativa legislativa dá, aliás, cumprimento às indicações que em anteriores recomendações foram formuladas pelo Tribunal de Contas e garante a continuidade da reforma do Serviço Nacional de Saúde, conforme previsto no programa do XVIII Governo, assegurando, desde já, a gestão partilhada de recursos, de modo a garantir que são dadas respostas adequadas aos desafios actuais e futuros do sistema de saúde, confirmando e assegurando o seu carácter público, bem como a universalidade na acessibilidade aos recursos.

Entende-se, portanto, que a criação de uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial vocacionada para, entre outras vertentes, a actuação nas compras centralizadas no Serviço Nacional de Saúde, que, no respeito das regras e procedimentos da contratação pública e na posse da melhor informação sobre necessidades e custos, permite optimizar as decisões de aquisições de bens e serviços e apresenta-se como a solução que, no momento actual, melhor pode corresponder à concretização dos objectivos definidos e das recomendações visadas pelo relato da presente Auditoria.

2ª Recomendação: ***Ponderar pela revisão do regime jurídico do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais designadamente dos Estatutos.***

3

22/06 2010 19:53 0213305175 GAB APOIO MIN SAUDE #3596 P.004/007

0213305175

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Gabinete da Ministra da Saúde

Não cabe ao Governo a iniciativa da revisão estatutária do SUCH, nem mesmo a competência para a determinar, uma vez que a primeira radica exclusivamente nos associados e a segunda apenas cabe à Assembleia Geral da Associação, cabendo ao membro do Governo responsável pela área da saúde apenas a homologação (ou não) das alterações que forem deliberadas pelo referido órgãos associativo (*cfr.* artigos 15.º e dos Estatutos do SUCH).

3ª Recomendação: ***Diligenciar pela regularização, com a maior brevidade possível, da dívida dos organismos tutelados pelo Ministério da Saúde para com o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e pela redução dos prazos médios de pagamento.***

A este respeito, constata-se, efectivamente, um atraso de pagamento das entidades do Serviço Nacional de Saúde ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e reconhece-se, nesse sentido, que o prazo médio de pagamento é, em certos casos, superior ao que vigora em relação às entidades externas.

Cumpre, todavia, dizer que o Ministério da Saúde tem dado orientações expressas às entidades do Serviço Nacional de Saúde relativamente à necessidade de inexistir diferenciação negativa em relação às entidades credoras "internas" ao Serviço Nacional de Saúde, em particular no que se refere ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

Neste âmbito, mais informa o Ministério da Saúde que foi, oportunamente, solicitado à Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. a elaboração de uma proposta de mecanismos e de medidas que permitam anular o problema, em especial pela criação de incentivos à diminuição dos prazos médios de pagamento ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.

4ª Recomendação: ***Ponderar pela revisão do regime de quotização do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais no que respeita às normas referentes à quota suplementar.***

5ª Recomendação: ***Ponderar pela revisão das componentes remuneratórias dos órgãos sociais do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.***

No que respeita à recomendação efectuada quanto à alteração do regime de quotização, tal alteração constitui competência exclusiva da Assembleia Geral do SUCH, conforme resulta da alínea *l)* do n.º 1 do artigo 15.º, dos seus Estatutos, e é perfeitamente consentâneo com a sua natureza jurídica, pelo que, ainda que o quisesse, não poderia o Governo dar-lhe seguimento.

4

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Gabinete da Ministra da Saúde

Por seu turno, no que tange à revisão das componentes remuneratórias dos órgãos sociais do SUCH, não dispõe igualmente o membro do Governo responsável pela área da Saúde de competências legais para intervir na matéria em apreço, uma vez que tal determinação compete exclusivamente à Comissão de Vencimentos eleita pela Assembleia Geral do SUCH, prevista no n.º 2 do artigo 11.º dos Estatutos do SUCH.

Não obstante o enunciado até esta parte, é com apreensão e preocupação que o Ministério da Saúde analisa alguns considerandos vertidos no Relato como sejam:

i) *Insuficiente contribuição do SUCH para um eficiente funcionamento dos seus associados, designadamente por apresentar custos de estrutura injustificados;*
ii) *Incapacidade do SUCH para, através das unidades de serviços partilhados não conseguirem gerar valor para o erário público contrariamente às expectativas e objectivos de criação dos mesmos;*
iii) *Situação financeira do SUCH crítica e eventualmente problemática para a sua própria sobrevivência, nomeadamente a partir de 2006 e em contraste com a situação financeira globalmente equilibrada evidenciada nas demonstrações financeiras de 2005;*
iv) *Os prejuízos gerados pelas unidades de serviços partilhados no seio do SUCH têm registado um forte incremento tendo passado de €-1,3 milhões de euros em 2008 para €-6,9 milhões de euros em 2009, com reflexos na deterioração da situação económico-financeira do SUCH que apresentou resultados líquidos negativos de €-4,4 milhões de euros em 2008 e €-5 milhões de euros em 2009.*

Neste contexto, perante tais preocupações, e tendo em vista uma melhoria em termos de gestão futura, no uso da faculdade legal que lhe é conferida para nomear o presidente e vice-presidente do SUCH, foi publicado em Diário da República, o Despacho n.º 9985/2010, de 14 de Junho de 2010, que revoga o mandato da presidente do conselho de administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e foi aceite o pedido de renúncia de mandato da vice-presidente tendo sido nomeados os novos membros que desempenharão estas funções.

Vejamos, ainda, da Recomendação dirigida ao senhor Primeiro-Ministro:

Ponderar a manutenção do reconhecimento de utilidade pública do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais face ao quadro jurídico actual e ao posicionamento deste no mercado.

5

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Gabinete da Ministra da Saúde

Sobre esta questão cumpre esclarecer o seguinte:

1. O SUCH foi criado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 46668, de 24 de Novembro de 1965, caracterizando-se como uma *pessoa colectiva de utilidade pública administrativa*, de natureza associativa.

2. As pessoas colectivas de utilidade pública administrativa são uma espécie de pessoas colectivas de utilidade pública, às quais se juntam as pessoas colectivas de mera utilidade pública e as instituições particulares de solidariedade social.

3. Quando o Tribunal de Contas recomenda ao Senhor Primeiro-Ministro que pondere a manutenção do reconhecimento de utilidade pública do SUCH, parte do errado pressuposto de que as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa estão sujeitas ao regime de declaração de utilidade pública plasmado no Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro, e por ele republicado, que se dirige às pessoas colectivas de mera utilidade pública. O Tribunal de Contas entende que a categoria legal das «pessoas colectivas de utilidade pública administrativa» já não subsiste, tendo sido integrada na noção de «pessoa colectiva de utilidade pública» a que se refere o Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro, e por ele republicado.

4. Contrariamente ao alegado pelo Tribunal de Contas, entendemos que o regime da cessação da utilidade pública apenas pode ser adoptado para as pessoas colectivas de mera utilidade pública e não para as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa. Com efeito, aquelas estão sujeitas a um processo de reconhecimento da sua efectiva utilidade pública, regulado pelo referido Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro. Essas pessoas colectivas são associações ou fundações criadas à luz dos respectivos regimes, relativamente às quais o Governo reconhece que reúnem os requisitos legais para serem consideradas de utilidade pública.

5. À luz do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro, a cessação da declaração de utilidade pública ocorre com a extinção da pessoa colectiva, por decisão da entidade competente para a declaração, se tiver deixado de se verificar alguns dos pressupostos desta, ou pela violação séria ou reiterada dos deveres que lhes estejam legalmente impostos (*cfr.* n.º 1, artigo 13.º).

6. Pelo contrário, a figura das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa é autónoma relativamente à das pessoas colectivas de mera

6

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Gabinete da Ministra da Saúde

utilidade pública, seguindo um regime jurídico específico, constante do Título VIII do Código Administrativo. Neste mesmo sentido se pronunciou a Procuradoria-Geral da República ("PGR") nos Pareceres n.º PGRP00000718, de 9 de Março de 1995 e n.º PGRP00002001, de 7 de Novembro, de 2002, defendendo que *"a figura da pessoa colectiva de utilidade pública administrativa subsiste, integrando as pessoas colectivas que, pelos fins que prossigam, não devam ser consideradas instituições particulares de solidariedade social"*.

7. A utilidade pública administrativa das pessoas colectivas é uma característica intrínseca e essencial a estas entidades, que resulta simplesmente da sua criação, operada no caso do SUCH por Decreto-Lei, como tal, conforme resulta do artigo 417.º do Código Administrativo, que estabelece que as pessoas colectivas aí abrangidas adquirem personalidade jurídica no acto da constituição e são para todos os efeitos reconhecidos desde logo de utilidade pública.

8. Ou seja, não é possível retirar o reconhecimento de utilidade pública ao SUCH, tal como a declaração de utilidade pública das pessoas colectivas de mera utilidade pública pode cessar nos termos do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro, uma vez que dessa utilidade pública depende da natureza jurídica do SUCH concedida por Decreto-Lei.

9. O facto de o SUCH ter sido criado por Decreto-Lei, o qual lhe atribui uma determinada natureza jurídica, também impediria que o Primeiro-Ministro possa, enquanto órgão administrativo, decidir sobre utilidade pública do SUCH.

Ficamos ao inteiro dispor de V. Ex.ª para responder a qualquer questão que entenda por conveniente colocar.

Com os melhores cumprimentos,

O Chefe de Gabinete

(António Mendes)

7

DGTC 23 06'10 11605

III. Secretário de Estado da Saúde, no XVII Governo Constitucional, nos anos 2005-2007

- Contraditório institucional -

Para:
Sua Excelência
Senhor Conselheiro da Área
Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes
CC. Exmo. Auditor Coordenador
Abílio de Matos
Av. da República, 65
1050-189 LISBOA

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos.

Exmo. Senhor Conselheiro da Área do Tribunal de Contas,

No âmbito do contraditório ao relatório de auditoria identificado em epígrafe, promovido pela Direcção-Geral do Tribunal de Contas no âmbito das suas competências, foi-me dada a faculdade de me pronunciar em face das matérias subjacentes ao mesmo relatório na qualidade de ex- Secretário de Estado da Saúde de 2005 a 2009. È pois, nessa qualidade, que sucintamente apresento a V.Exa. as linhas gerais e orientações estratégicas seguidas neste âmbito e que foram impulsionadas no contexto da estratégia de forte contenção da despesa pública já que o objectivo global do Governo,- assumido em 2005 e expresso no PEC aprovado naquela data - , foi de reduzir o défice público de 6.83% em 2005 para 2,9% em 2008.

Neste quadro, a criação de novos serviços partilhados nas áreas de gestão de Recursos Humanos, Contabilidade, Compras e Logística, surge na continuidade do que há mais de 40 anos se faz no âmbito do SNS , através do Serviços de Utilização Comum dos Hospitais, com outros serviços " comuns" de nutrição, ambiente, lavandarias, fornecimento de energia, etc.
Esse era um instrumento essencial para a desejável separação do financiador – prestador e para a prossecução dos objectivos de reorganização interna previstos no programa do Governo como a empresarialização dos Hospitais e a reforma dos cuidados de saúde primários e na extinção das 18 Sub- regiões de Saúde que desempenhavam essas tarefas para os cuidados de saúde primários.

Tal decisão foi precedida de um estudo de benchmarking internacional que identificava expectativas de gerar poupanças significativas para o erário público.

O desenho do modelo implicava a adesão de parceiros institucionais como veio a suceder com a participação dos 3 grandes Centros Hospitalares de Lisboa e as Administrações Regionais do Norte e Centro cujo processo de reorganização interna estava mais adiantado. Os parceiros de renome internacional como a Cap Gemini para os Recursos Humanos, a Accenture para a área da contabilidade e gestão financeira e a Delloitte nas compras e logística, surgem com uma participação simbólica. Estava igualmente assegurada a participação institucional da Administração Central do Sistema de Saúde que garantia o cumprimento das orientações da tutela bem como os objectivos macro de sustentabilidade do SNS.

De referir ainda que atentos os avultados investimentos iniciais e o grau de risco de operações desta natureza não podia haver certeza de retorno, no prazo de dois anos, mormente dadas as contingências que surgiram em 2008 com a crise económica global.

A intervenção da tutela, nos termos previstos no Decreto lei nº 233/2005, de 29 de Dezembro, para a implementação deste Projecto era decisiva : Disciplinar o sector, esbater a resistência à mudança e garantir e existência de uma estrutura capaz de centralizar, optimizar e racionalizar um conjunto de tarefas burocráticas que libertariam recursos para a verdadeira missão do SNS, a prestação de cuidados de saúde. É nessa perspectiva que pode enquadrar-se o Despacho n.º 18628/2009, de 4 de Agosto e o Decreto Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro.

Permita-me que conclua que ao SUCH continuam cometidas atribuições de fins de interesse geral, os quais coincidem com atribuições importantes da Administração em saúde que o qualificam como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa que com mérito, qualidade e inovação, promove e apoia os seus associados em diversas iniciativas com vista à eficiência e qualidade do SNS.

Com os melhores cumprimentos,

Francisco Ventura Ramos

DGTC 23 06'10 11633

IV. Autoridade da Concorrência

- Contraditório institucional -

AUTORIDADE CONCORRÊNCIA

Registado, c/ A.R.

Exmo. Senhor
Director-Geral do Tribunal de Contas
Juiz Conselheiro José Fernandes Farinha Tavares
Tribunal de Contas
Avenida da República, n.º 65
1050-189 Lisboa

S/referência	S/comunicação	N/referência	Data
		S-DPR/2010/1043 **DPR-Par/2010/7**	**14-06-2010**

Assunto: ***Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos* – pronúncia da Autoridade da Concorrência**

A Autoridade da Concorrência regista com interesse e agradece a remessa do Relato de "*Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos*".

Criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, esta Autoridade tem por missão assegurar o cumprimento das regras da concorrência, no respeito pela economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores.

Compulsada a factualidade subjacente ao Relato de Auditoria enviado pelo Tribunal de Contas, a Autoridade da Concorrência identificou, numa apreciação preliminar, um conjunto de questões com possíveis implicações concorrenciais, que merecerão por isso um acompanhamento mais atento e uma análise mais detalhada por parte desta Autoridade.

Não obstante, porque cumpre responder atempadamente à interpelação de V. Exa., saúda-se o conjunto de recomendações elaborado pelo Tribunal de Contas, em particular as que se destinam a

1

AUTORIDADE CONCORRÊNCIA

promover o melhor funcionamento dos mercados e a fomentar a adopção de comportamentos que traduzam e/ou estimulem uma cultura favorável à liberdade de concorrência, que, como tal, se subscrevem na íntegra.

Aliás, recorda-se que, na fase de elaboração e consulta pública do diploma que veio a traduzir-se no actual regime jurídico da contratação pública, esta Autoridade teve a oportunidade de salientar que a transparência dos processos de contratação pública constitui um meio importante de garantir que o Estado obtém os melhores bens e os melhores serviços disponíveis no mercado, em termos de preço e qualidade, ao mesmo tempo que se revela como um elemento essencial na promoção de uma concorrência equilibrada, aumentando também a pressão para a inovação e para a procura de soluções técnicas e económicas geradoras de eficiência.

Partilha ainda a Autoridade da Concorrência das preocupações que o Relato enviado pelo Tribunal de Contas expõe quanto à preferência pela contratação directa em detrimento das figuras concursais previstas no regime jurídico da contratação pública. Reconhecem-se, em geral, as razões pelas quais a figura do ajuste directo pode contribuir para a simplificação do processo de decisão e para aumentar a rapidez de execução dos contratos descritos. Não obstante, essa figura deverá constituir a excepção à regra da contratação pública, tanto mais que a mesma pode retirar do mercado – subtraindo-os ao crivo concorrencial – contratos de significativo valor.

Tanto é o que, ao momento, entende esta Autoridade estar em condições de manifestar em relação ao Relato de Auditoria remetido pelo Tribunal de Contas.

Com os melhores cumprimentos,

Manuel Sebastião
Presidente

João Espírito Santo Norcnha
Vogal do Conselho

2

DGTC 15 06'10 11149

V. Administração Regional de Saúde do Algarve, IP

- Contraditório institucional e pessoal –

(Os responsáveis apresentaram alegações em conjunto)

22.JUN10 012828

Administração Regional de Saúde do Algarve

Ministério da Saúde

Exmº. Senhor
Juiz Conselheiro da Área do
Tribunal de Contas
Avd. Barbosa do Bocage, 61
1069 – 065 Lisboa

V. Referência
DA VI
Processo n.º 27/09 - Audit

CONFIDENCIAL

Carta registada com A/R

ASSUNTO: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos - **Alegações**

Rui Eugénio Ferreira Lourenço, **Joaquim Grave Ramalho** e **José Eusébio Palma Pacheco**, Presidente e Vogais do Conselho Directivo, respectivamente, da Administração Regional de Saúde do Algarve, I.P., vêm muito respeitosamente, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 13º e 87º, nº. 3, da Lei nº. 98/97, de 26 de Agosto, apresentar, em conjunto, as suas ALEGAÇÕES relativas ao salientado no relato de auditoria, o que fazem nos seguintes termos:

1. No âmbito do processo nº. 27/90 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituído - é referenciado que a não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, nos anos de 2008 e 2009, para a aquisição de serviços de gestão de recursos humanos pela ARS Algarve, e o facto de não estarem reunidos os requisitos gerais de autorização da despesa, nomeadamente de economia, eficiência e eficácia, previstos na alínea c) do nº. 6 do artigo 42º, da Lei nº. 91/2001, de 20 de Agosto, e na alínea c) do nº. 1 do artigo 22º do Decreto – Lei nº.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

155/92, de 28 de Julho, configuram eventuais infracções financeiras susceptíveis de gerar responsabilidade sancionatória, relativamente aos membros do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Algarve, nos termos do artigo 65º, nº. 1, alínea b), e nºs 2 a 5, da Lei nº. 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei nº. 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei nº. 35/2007, de 13 de Agosto.

2. Também entende o Tribunal de Contas que era exigível às entidades publicas adjudicantes que garantissem, junto da Associação [Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (doravante designado SUCH)], o cumprimento por esta dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública, na constituição das estruturas de serviços partilhados, não podendo ter aceite que os serviços contratados fossem efectuados por entidades que contavam com a participação de operadores económicos privados, escolhidos sem procedimento prévio de contratação publica.

3. Ora, salvo o devido respeito, julga-se que não há lugar às referidas infracções financeiras.

I – Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República

4. Esta ARS aderiu aos serviços partilhados de gestão de recursos humanos através de protocolo celebrado no dia 3 de Março de 2008 com o SUCH.

5. Constata-se, pois, que a adesão verificou-se antes da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto – Lei nº. 18/2008, de 29 de Janeiro - em 30 de Julho do mesmo ano -, pelo que a referida adesão se verificou ainda durante a vigência do Decreto – Lei nº. 197/99, de 8 de Junho.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

6. Como resulta sobejamente do Relato, o Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da Republica pronunciou-se, por duas vezes, quanto à questão das prestações efectuadas pelo SUCH aos seus associados, tendo **sempre** concluído que as mesmas se encontram excluídas do âmbito de aplicação dos diplomas legais em matéria de contratação pública – Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria – Geral da Republica: Parecer nº. 1/95, de 9 de Março de 1995, e o Parecer nº. 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, publicado no Diário da República, II Serie, de 23 de Abril de 2003.

7. De acordo com as conclusões do Parecer nº. 145/2001 (tal como resulta do Parecer nº. 1/95, de 9 de Março), e atento o fim para o qual o SUCH foi criado – prestação de serviços aos seus associados, para um *funcionamento mais ágil e eficiente destes*, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão, e *em regime materialmente de cooperação e entreajuda*,– consideram-se as entidades associadas do Sector Publico afastadas do âmbito de aplicação do regime jurídico da contratação pública.

8. Nos termos do referido Parecer, o SUCH *"… deve ser qualificado, pelas suas finalidades estatutárias e pelo regime de intervenção estadual a que está submetido, como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa."*; a actividade é desenvolvida no interior da colectividade e para os associados desta, *"…socorrendo-se dos meios que nela já existem, fruindo-os em comum e retirando as potencialidades que é possível extrair da optimização do uso dos recursos disponíveis"*.

9. *Decorre, ainda, do referido Parecer que " … a actuação do SUCH no exercício das atribuições referidas na conclusão 4ª mostra-se excluída dos pressupostos de aplicação do regime dos diplomas legais mencionados na conclusão anterior.", ou seja, " o regime previsto nos Decretos – Leis nº.s 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho (sublinhado nosso).*

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

10. Neste âmbito, não se verificam os pressupostos que sujeitam à abertura de procedimentos concursais, para efeitos de contratação entre o SUCH e os seus associados dos serviços por aquele prestados, no quadro das respectivas atribuições: a necessidade de acautelar e defender os princípios da imparcialidade, igualdade e concorrência não se verifica.

11. Isto significa que as relações entre o SUCH e os seus associados se situavam materialmente no plano da auto-satisfação das necessidades da Administração, fora do âmbito de aplicação daqueles diplomas, não estando, nessa medida submetidos aos procedimentos de formação de contratos aí previstos.

12. Parece resultar do Relato que a doutrina do Tribunal de Contas, antes da entrada em vigor do CCP, era convergente com a do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da Republica, senão vejamos:
    a. *"Após a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, o Tribunal de Contas recusou o visto a contratos celebrados entre o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e as entidades do Sector Publico suas associadas, por os mesmo estarem abrangidos por qualquer excepção à aplicação do regime da contratação publica…"* (vd. pag. 9 do Relato)
    b. *"… até 2009, o enquadramento das relações das entidades do Sector Público com a Associação, constante dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria – Geral da Republica, apenas pontualmente foi questionado, e a existência de diversos pareceres jurídicos que corroboravam este entendimento, (…) os responsáveis das entidades públicas actuaram com a diligencia que lhes era exigida, não sendo de considerar, na presente auditoria, como infracções financeiras."* (vd. pag. 10 do Relato)

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

13. O entendimento que subjaz do Relato é o de que os Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral – que eram vinculativos – teriam ficado desactualizados, por força da entrada em vigor do CCP. Ora discorda-se deste entendimento, porquanto:

14. A caracterização do tipo de contratação entre entes públicos como auto-satisfação de necessidades, aquando da emissão do Parecer do nº. 145/2001 da Procuradoria Geral, não é mais extensa do que o é presentemente, no seguimento das Directivas comunitárias de 2004 sobre contratação publica ou da entrada em vigor do CCP.

15. De acordo com o acórdão Teckal (TJCE em 18 de Novembro de 1999), o regime comunitário sobre contratação pública é aplicável quando uma entidade adjudicante, pretende celebrar por escrito com outra entidade dela distinta no plano formal e dela autónoma do plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha por objecto o fornecimento de produtos, quer esta entidade seja ela própria uma entidade adjudicante ou não.

16. No referido acórdão é reconhecida a existência de uma situação excluída do âmbito de aplicação das normas de contratação pública, associada à hipótese de, simultaneamente, a entidade adjudicante exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e essa realize o essencial da sua actividade com a entidade adjudicante que a compõem.

17. Este tipo de relação ("in house") destina-se a acautelar as relações que os organismos da Administração Publica estabelecem com os seus entes instrumentais, ou seja, com pessoas colectivas públicas ou privadas, por si criadas com o objectivo de agilizar a sua actuação em vista à satisfação das necessidades colectivas.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

18. Ora, a sujeição da Administração às exigências de um mercado concorrencial só tem sentido na hipótese em que esta não opte, discricionariamente, pelo recurso aos seus próprios serviços, em regime de auto-satisfação das respectivas necessidades. Nem se poderia entender de outra forma. Pelo que não tem razão de ser a aplicação das normas de contratação pública nos casos em que a Administração crie ou participe, directa ou indirectamente, na criação de mecanismos ou estruturas de auto satisfação de carências.

19. Atente-se, ainda, para o facto de que não existe mercado de oferta para este tipo de serviços, porquanto o serviço de saúde encerra múltiplas especificidades que não são compagináveis com o actual panorama de mercado, que os Serviços Partilhados oferecem, detendo todo o *know how*, sendo de uma mais valia para os organismos da Administração.

20. Em face do exposto, não parece resultar que o entendimento expresso pelo Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da Republica se encontra desactualizado em relação às normas de contratação pública. Desde logo, porque o Parecer nº. 145/2001 foi aprovado num momento em que a questão – termos de sujeição dos contratos interadministrativos às normas de contratação pública – já havia sido objecto de clarificação no Acórdão Teckal e com base numa interpretação conforme com a doutrina expendida nesse acórdão.

21. Assim como, entende-se que os Pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República procedem à valoração de requisitos idênticos àqueles que são exigidos na doutrina das relações *in house*, revelando-se conformes à jurisprudência comunitária a propósito destas relações e coincidindo com os termos mediante os quais essa teoria foi transposta para o ordenamento jurídico nacional, por força do nº. 2 do artigo 5º do CCP.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

22. Considera-se, pois, que os Pareceres da Procuradoria-Geral da Republica se mantêm actuais e válidos, consentâneos presentemente com o expresso no artigo 5º, nº. 2 do CCP.

23. Face a este enquadramento e à existência de pareceres jurídicos que, homologados por despacho do Ministro da Saúde, serviram e servem como procedimento uniforme a ser seguido pelas entidades públicas (continuando plenamente em vigor), não era exigível aos responsáveis do Conselho Directivo uma actuação diferente, sendo de considerar que os mesmo agiram com o zelo e a diligência que lhes era devida.

II – Não retroactividade dos ilícitos sancionatórios

24. Com efeito, no que tange à não retroactividade dos ilícitos sancionatórios, refira-se que o Tribunal de Contas seguia a posição acima expressa até Julho de 2009, altura em que proferiu vários Acórdãos alterando radicalmente a sua posição. Acórdãos que ainda não transitaram em julgado, pelo que o seu teor ainda não se consolidou efectivamente na ordem jurídica. Deste modo, uma alteração de jurisprudência imputando agora, retroactivamente, responsabilidade financeira aos membros do Conselho Directivo da ARS Algarve, I.P., viola as expectativas legitimamente criadas por estes, de agirem em conformidade com o entendimento, até então pacífico, da legalidade do procedimento.

25. Registe-se que na efectivação de responsabilidade sancionatória, o Tribunal de Contas aplica analogicamente regras e princípios penais.

26. Ora, o princípio da legalidade criminal, previsto no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, dispõe no seu n.1 que *"Ninguém pode ser sentenciado*

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão…" e no n.4 *"Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido."*

27. Deste princípio da legalidade decorre a *irretroactividade da lei penal menos favorável*. Isto é, previamente à reprovação sancionatória de um determinado comportamento é exigível a existência de lei anterior que permita ao alegado infractor conhecer o carácter ilícito do seu comportamento. Ainda que esse conhecimento seja uma mera possibilidade é imperativo que a censura sobre determinado comportamento esteja devidamente determinada na data da prática dos factos.

28. O princípio da legalidade criminal e, especificamente, o seu corolário da *irretroactividade da lei penal menos favorável* é relevante não só para a falta ou alteração de lei mas também para alterações de jurisprudência sancionatória.

29. É que ao contrário de outros domínios sancionatórios, no âmbito da responsabilidade financeira - al. b), n.1 do artigo 65.º da LOPTC - não constam as condutas incriminadoras, pelo que a jurisprudência do Tribunal de Contas assume uma relevância redobrada.

30. Tendo em conta que a al. b) do n.1 do artigo 65.º da LOPTC constitui um tipo remissivo, isto é, reflecte-se numa previsão correspondente à violação de uma outra norma, que consta noutro diploma e em regra não é uma norma punitiva, cabe ao Tribunal de Contas através da sua jurisprudência clarificar quais os comportamentos que merecem censura e deverão ser punidos.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

31. Deste modo os agentes guiam-se pela jurisprudência e posições do Tribunal de Contas.

32. Pelo que uma súbita alteração da posição do Tribunal de Contas deverá sempre produzir efeitos apenas para o futuro, devendo-se aplicar o princípio constitucional da irretroactividade da lei penal menos favorável também à jurisprudência do Tribunal de Contas dadas as especificidades deste regime sancionatório.

33. A não ser assim estará a defender-se por legítima a possibilidade de um agente ser sancionado em responsabilidade financeira por factos que quando foram praticados não eram considerados ilícitos pelo Tribunal de Contas.

34. Entendimento que se entende ser inconstitucional, pois se a Constituição não permite responsabilidade criminal por condutas praticadas em data que não eram consideradas ilícitas, então por maioria de razão, no presente caso de responsabilidades financeiras, estando em causa tipos remissivos e fazendo uso da analogia, será inconstitucional sancionar factos que ao tempo em que foram praticados, não eram considerados ilícitos pelo Tribunal de Contas.

III – Orientações Governamentais

35. Por outro lado, no âmbito dos Programas dos XVII e XVIII Governos Constitucionais verificam-se orientações específicas quanto ao recurso a serviços partilhados por parte dos organismos da Administração Publica.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

36. No seguimento do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), a constituição de serviços partilhados na Administração Publica tal como é referido sobejamente no Relato, tem como fim o aproveitamento de economias de escala e a racionalização de processos, **mas sobretudo a melhoria da qualidade dos serviços e a eficiência com que são prestados, o que no caso em apreço se pretende**. A criação dos serviços partilhados no sector da saúde insere-se, ainda, nos objectivos de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde.

37. Do Relatório do Orçamento de Estado para 2008 lê-se que: *"O PRACE constitui uma oportunidade para desenvolver o modelo de serviços partilhados, perspectivando-se melhorias relacionadas com a modernização dos sistemas de gestão de recursos, promovendo a gestão integrada destes, com consequências positivas em termos de poupanças e de uma melhor afectação dos meios disponíveis."*.

38. Decorre, também, do referido Relatório *" O desenvolvimento dos serviços partilhados permite aos organismos da Administração Pública focarem-se na sua actividade, libertando recursos das áreas de suporte para aquelas que lidam directamente com os cidadãos e as empresas, por forma a aumentarem a qualidade do serviço publico prestado. Os serviços partilhados resultam da consolidação de processos administrativos não críticos para as organizações numa outra entidade dedicada a fornecer esses serviços. As poupanças resultam não só do aumento da eficiência dos processos (optimização, automatização e normalização), como do aumento da própria eficiência da gestão dos custos (aproveitar economias de escala, reduzir desperdícios, partilhar infra-estruturas e agrupar competências)."*.

39. Deve referir-se, ainda do mesmo Relatório, que na área da Saúde *"...estão a ser desenvolvidas iniciativas específicas em matéria de serviços partilhados. A este propósito, há a salientar (...) a constituição pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) (...), da unidade se serviços partilhados em Compras e Logística. (...) Em paralelo, o SUCH está a*

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

desenvolver duas novas entidades empresariais para as áreas de gestão de recursos humanos e gestão financeira, prevendo-se que, em termos acumulados, as poupanças nesta área cheguem aos 56 milhões de euros.".

40. Face à reforma na Administração Pública que visou a desburocratização dos serviços e a melhoria do suporte à tomada de decisão, as ARS foram alvo de uma profunda reestruturação que conduziu à extinção das Sub – Regiões e instituiu a organização dos Centros de Saúde em Agrupamentos de Centros de Saúde com vista à simplificação, automatização e concentração de serviços de suporte.

41. No mesmo seguimento, e por orientação do Ministério da Saúde, o SUCH estruturou-se para oferecer aos seus associados o recurso a Serviços Partilhados em diversas áreas.

42. Ora, a adesão da ARS Algarve a uma estrutura de serviços partilhados de recursos humanos resulta, pois, de uma opção política comum a diversos serviços e entidades da área da Saúde, todos associados do SUCH - Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, que no âmbito desta associação, decidiram a criação e implementação da dita unidade de serviços partilhados.

43. Logo, mais do que cotejar soluções alternativas, a opção da ARS Algarve, em conjunto com outras entidades que actuam na área da Saúde, foi a da criação de uma solução própria e autónoma que a todos servisse, utilizando instrumentalmente, para tanto, o SUCH, associação que tem operado sob a matriz funcional de uma estrutura de serviços partilhados.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

44. Assim, no quadro das reformas supra mencionadas (PRACE e dos Cuidados de Saúde Primários), este Conselho Directivo entendeu que afectava um número significativo de funcionários ao processamento de vencimentos com um fraco retorno de resultados. A adesão a um serviço partilhado de vencimentos, para além de permitir uma racionalização da estrutura de pessoal e, a prazo, se traduzir numa significativa redução de custos, constituiu uma oportunidade para a melhoria e modernização dos processos de gestão e administração dos recursos humanos e dos sistemas de recolha e tratamento de dados da área de pessoal.

45. Neste âmbito, o Conselho Directivo decidiu iniciar o processo de levantamento da situação na área dos Recursos Humanos de forma a deter informação circunstanciada e concreta das reais necessidades dos serviços. Assim, mediante proposta realizada pelo SUCH para realização de um estudo, o Conselho Directivo aprovou a proposta do SUCH para realizar aquele trabalho e, simultaneamente, efectuar um estudo dos processos administrativos nesta área tendo em vista a sua simplificação e automatização, que se pretende agora que sejam asseguradas por uma estrutura comum às restantes ARS, configurando-se os serviços partilhados como uma resposta adequada, também fundamentada na necessária eficiência acrescida e na introdução de boas práticas internacionais no sector, conforme recomendações do Relatório do GANEC – Gabinete de Análise Económica da Universidade Nova de Lisboa, contratado pela Unidade de Missão de Cuidados de Saúde Primários.

46. Toda esta estratégia de política governamental, expressamente referenciada, ainda anteriormente, nas Grandes Orientações do Plano (Lei nº. 31/2007, de 10 de Agosto) e no Relatório supra referenciado, visa **compelir** os organismos da Administração Pública à utilização dos serviços partilhados, de forma a libertá-los para o exercício pleno das suas actividades e atribuições, entenda-se até como um apelo à sua utilização, porquanto se vislumbra uma redução substancial dos custos.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

IV – Contratação "in house"

47. Dado que toda a problemática ora em crise surgiu bastante recentemente, com a entrada em vigor, em 30 de Julho de 2008, do Código dos Contratos Públicos – esta ARS Algarve solicitou, em Dezembro de 2008, informação ao SUCH quanto ao enquadramento legal da relação de parceria estabelecida entre si e os seus associados.

48. No entendimento expresso pelo SUCH, enviado via email em 22 de Dezembro de 2008 (anexo 1), às relações estabelecidas entre este e os seus associados não se aplicam as regras da contratação pública.

49. Isto é, segundo aquele os protocolos celebrados encontram-se abrangidos pela excepção consagrada no nº 2 do art. 5°, do Código dos Contratos Públicos, normativo segundo o qual a Parte II do Código dos Contratos Públicos (ou seja, toda a que disciplina o procedimento de formação dos contratos) "*não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que: a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior*".

50. Quanto ao preenchimento do requisito da alínea a), nº. 2, do artigo 5º do CCO – **controlo análogo** -, entende-se que se traduz na exigência de subordinação do adjudicatário a uma influência determinante por parte da entidade adjudicante.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

51. Deve resultar daqui que, a entidade dominada (SUCH) não goza de uma margem de autonomia decisória sobre aspectos relevantes da sua vida, relacionados, nomeadamente, com a estratégia comercial a seguir, os endividamentos a contrair, as actividades a desenvolver, entre outras, e que a entidade adjudicante (ARS Algarve) está em condições de fixar a orientação geral da empresa, assegurando a cobertura de eventuais custos sociais, atribuindo-lhe o capital de dotação, verificando o resultado da gestão e exercendo supervisão estratégica. No essencial, o que se pretende assegurar é que o adjudicatário não detenha verdadeira autonomia do ponto de vista decisório, servindo como mero instrumento à realização de actividades originariamente assumidas pela entidade adjudicante. Todos estes aspectos encontram-se reunidos no relacionamento entre o SUCH e os respectivos associados.

52. Na sua génese, o SUCH, que ainda se rege pelo disposto no Dec.-Lei nº 46.668, de 24 de Novembro de 1965, resulta da associação de diversas instituições particulares de assistência que o criaram como serviço de utilização comum com o objectivo de obter um melhor rendimento económico. Os actuais Estatutos do SUCH impõem-lhe como objecto o "tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão" (nº 1 do art. 2º), caracterizando expressamente o SUCH como um "instrumento de auto-satisfação das necessidades dos seus associados". (…)

53. Neste contexto, não parece que faça sentido sustentar que para beneficiarem das iniciativas tomadas e disponibilizadas pelo SUCH estão os seus associados obrigados a celebrar com este contratos de prestação de serviços, submetidos ou não a mecanismos de contratação pública, que implicam necessariamente admitir a possibilidade dos serviços resultantes poderem vir a ser prestados por uma outra qualquer entidade que não a associação constituída para o efeito pelos próprios adjudicantes.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

54. Ora, verifica-se que o substrato associativo do SUCH é quase exclusivamente composto por entidades adjudicantes, ou seja, por instituições e estabelecimentos de saúde que integram o Serviço Nacional de Saúde e que assumem a natureza jurídica de serviços públicos integrados na Administração Central (os hospitais e estabelecimentos do sector público administrativo), institutos públicos e entidades públicas empresariais. [artigo 2º, nº. 2, al. a) e b) do CCP]

55. São essas entidades adjudicantes, suas associadas, e o Estado propriamente dito, representado pela Ministra com a tutela da Saúde, quem designa a totalidade dos órgãos sociais do SUCH [cfr. arts. 7°, nº 1, alínea c), 15°, nº 1, alínea a), 16°, nºs 2 e 3, dos Estatutos do SUCH].

56. Pode mesmo dizer-se que se pode dizer que o SUCH dedica a quase totalidade da sua actividade aos seus associados públicos, os quais constituem os utilizadores quase exclusivos dos serviços assegurados pelo SUCH.

57. Com efeito, resulta que o SUCH prossegue a sua actividade em conformidade com as vinculações advenientes dos respectivos Estatutos, que acentuam a sua missão. Esta associação, como refere o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da Republica, está adstrita, por força estatutária, à prestação de certos serviços aos seus associados, para funcionamento mais ágil e eficiente destes, e em regime de cooperação e entreajuda, não podendo este elemento teleológico-material deixar de desempenhar uma missão relevante na consideração da especifica relação da Associação e os seus associados e, sobretudo, na caracterização jurídica do modo e dos termos da prestação de serviços pelo SUCH àqueles.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

58. Para além disso, os associados conservam poderes decisivos no âmbito da Assembleia Geral, sendo que a Associação deverá seguir as orientações e estratégicas delineadas pelos seus associados nessa sede. Assim, constata-se que existe dependência do SUCH relativamente aos seus associados, julgando-se preenchido o requisito do "controlo análogo".

59. No que respeita ao requisito previsto na alínea b), nº. 2, do artigo 5º do CCP – **essencial da actividade** – constata-se, pois, que o SUCH se encontra obrigado a desenvolver o essencial da sua actividade na realização de serviços tendentes a assegurar o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados, e dessa maneira, a contribuir para a melhoria do Sistema Nacional de Saúde. Alias, a afectação do SUCH é quase exclusiva aos interesses comuns dos associados. Ora, no contexto comunitário tende-se a apelar para os critérios quantitativos estabelecidos em disposições comunitárias paralelas (artigo 23º, nº 3 da Directiva nº. 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004), concluindo-se pela existência de relações *in house* em casos em que, pelo menos, 80% da actividade do adjudicatário é realizada em benefício da entidade adjudicante.

60. No caso em concreto, e em face do presente enquadramento e da informação prestada pelo SUCH, o Conselho Directivo agiu de boa-fé e entendeu, a par do entendimento expresso por aquela entidade, e não só, que não se justificaria nem legalmente se imporia o recurso a procedimentos de formação de contratos, por se estar perante a excepção prevista no artigo 5º, nº. 2 do CCP, para os contratos celebrados no quadro de relações *in house*.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

61. Ora, tal razão levou renovação do protocolo em 9 de Março de 2009, sempre com a convicção de que esta relação – SUCH / ARS Algarve, se enquadra no âmbito da contratação *in house*.

V – Da não verificação das regras da contratação pública pelo SUCH com entidades terceiras

62. Quanto ao ser ou não exigível à ARS Algarve garantir, junto do SUCH, o cumprimento por este dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública, a serviços contratados a entidades com a participação de operadores económicos privados, escolhidos sem procedimento prévio de contratação pública, importa salientar o seguinte:

63. Possuindo o SUCH órgãos de administração próprios, constitui responsabilidade destes e não dos associados do SUCH, entre os quais se integra a ARS Algarve, determinar os procedimentos de contratação adoptados por aquela entidade, definição essa que apenas ao Conselho de Administração do SUCH compete, bem como assumir a eventual responsabilidade pela preterição de formalidades ou procedimentos a que a lei obrigue.

64. Logo, é ao SUCH e aos seus órgãos, e não à ARS Algarve, que compete verificar se os seus actos, atribuições, aquisições ou cedências devem ser precedidos de concurso público ou de outro procedimento de formação de contrato, se for esta a natureza do acto que está em causa.

65. O facto das entidades públicas adjudicantes participarem nas Assembleias-Gerais do SUCH, que se constitui na tomada de decisões fundamentais, na estratégia e/ou orientações basilares, não resulta do artigo 15º dos Estatutos do SUCH a competência,

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

por parte daquelas entidades, de verificação se os processos de contratação com entidades terceiras são efectuados ou não com base no CCP, que se reconduz a uma decisão operacional de gestão corrente.

66. À ARS Algarve, cabe-lhe garantir, como o fez, que é o SUCH, enquanto titular da unidade de serviços partilhados constituída para o efeito, quem assegura e se responsabiliza pelo seu funcionamento e pelos respectivos objectivos, quer o faça directamente ou através de unidade orgânica e/ou jurídica autónoma, aliás, prevista e autorizada nos seus Estatutos. E tal garantia resulta da participação maioritária e, principalmente, dos controlos de gestão e governação de qualquer entidade terceira pelo SUCH que o mesmo n°2 da Cláusula 3ª do Protocolo exige e pressupõe, da garantia de responsabilidade solidária e directa do SUCH (nº 3 da mesma Cláusula), bem como do estabelecido no nº 5 da dita Cláusula 3ª.

67. Não se compreende como é que o Tribunal de Contas que defende não estar perante uma contratação *in house* vem depois exigir à ARS Algarve a verificação das normas de contratação pública por parte do SUCH. Pois se entende que não estão preenchidos os requisitos para qualificar a relação como *in house*, qual a responsabilidade desta ARS pelas decisões do SUCH?

68. A ARS entende que está perante contratação *in house*, contudo o requisito controlo análogo só se materializa na tomada de decisões fundamentais, estratégicas, e não na aplicação pratica, operacional dessas orientações gerais. Para a gestão corrente o SUCH dispõe de órgãos próprios e competentes para o efeito.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

VI – Legalidade da autorização da despesa e desrespeito pelos princípios da economia, eficiência e eficácia

69. No seu Relato, o Tribunal de Contas vem ainda referir que a decisão de adesão aos serviços partilhados de recursos humanos foi tomada sem que estivessem reunidos os " requisitos gerais para autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia, previstos na alínea c) do nº. 6 do artigo 42º, da Lei nº. 91/2001, de 20 de Agosto, e na alínea c) do nº. 1 do artigo 22º do Decreto – Lei nº. 155/92.

70. Para corroborar tal afirmação é referido: (i) falta de realização de estudos próprios com o propósito de confirmar os resultados previstos na clausula 6ª do protocolo de adesão; (ii) a adesão a um projecto que iria incrementar os custos por salário processado; (iii) a não verificação da redução dos "FTE" (full time equivalent).

71. Quanto à **falta de realização de estudos próprios**, tal critica só poderia proceder se se entendesse que o SUCH se preparou para ser um mero fornecedor em mercado e não, ao contrário do propósito da Associação e da prossecução dos seus próprios estatutos, da Tutela, dos associados, um Serviço Partilhado, cumprindo assim a sua missão e desígnio históricos.

72. Subjacente à implementação de serviços partilhados está a ideia de os associados criarem uma estrutura comum e, em conjunto, desenharem processos adequados, delimitarem a relação definindo competências e níveis de serviço, para controlo efectivo, e melhorarem continuamente o serviço, conseguindo, com a escala decorrente de novos aderentes, a redução do preço do serviço no tempo.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

73. Os estudos prévios à adesão (análise custo - beneficio) foram autorizados e participados pela ARS Algarve, que forneceu os dados necessários para a realização do estudo, e veiculou a decisão final de adesão.

74. Assim, parece incongruente que, tratando-se de serviços partilhados das instituições de saúde (pedidos pelo Governo e pelos associados do SUCH à sua associação, em 2006), que a ARS Algarve tivesse que, para além dos custos em que incorreu na realização das "Due Diligencies", despender em duplicado mais dinheiro para contratar no mercado outros estudos.

75. A vantagem de deter um Serviço Partilhado é também o facto de reter, no âmbito do sistema de saúde, tão dotado de especificidades, como o caso do SNS, uma estrutura que, sem fins lucrativos mas dotada de competência (know how), pode servir, perdurando no tempo e melhorando continuamente, sistemas, processos e serviços, com ganhos crescentes, de escala e de eficiência.

76. No que concerne ao considerado no Relato de que não estariam reunidos os requisitos gerias para autorização da despesa, entende-se que tal se fundamenta no acréscimo de custos incorrido pela ARS Algarve com a função processamento de salários, decorrente da adesão aos serviços partilhados de recursos humanos criados pelo SUCH.

77. Com efeito, de acordo com as conclusões da auditoria, em consequência daquela decisão, o custo por salário processado passou de €7,36 para, €9,79, no mínimo. Ou seja, no entender do Tribunal de Contas, a ARS Algarve passou a suportar um custo acrescido injustificado, violando, assim, os princípios da boa execução orçamental.

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

78. Ora, em nosso entender aquela conclusão não é correcta, pelas seguintes razões:

78.1 As conclusões da auditoria têm subjacente o pressuposto de que a adesão aos serviços partilhados configura uma operação de mera substituição de meios para executar a mesma tarefa, alcançar a mesma finalidade – o processamento de salários – o que não é correcto.

78.2 De facto, a adesão da ARS Algarve aos serviços partilhados constituídos pelo SUCH, não se configura como uma mera decisão de aquisição de serviços para a execução da função salários, tendo em vista meramente a substituição de uma solução existente por outra alternativa para obter o mesmo resultado mas, antes, como uma decisão estratégica de constituição de uma estrutura comum, essencial à reorganização dos seus próprios serviços e dos Centros de Saúde, desenhada à medida das necessidades e com potencial de melhoria da produtividade dos serviços, através da automatização de procedimentos e da integração de processos de gestão e administração dos recursos humanos.

78.3 Este projecto constitui uma oportunidade de modernizar o sistema de informação para a administração e gestão de recursos humanos, com um custo aceitável, na medida em que possibilitou a migração para uma outra aplicação, mais actualizada e parametrizada para dar resposta à necessária automatização das tarefas inerentes à administração de pessoal, com garantias de manutenção e futuro desenvolvimento, com outras potencialidades que a aplicação em uso – o RHV disponibilizado pela ACSS – não permite.

78.4 O processamento de salário foi a primeira funcionalidade a ser disponibilizada aos serviços aderentes, mas o projecto previa, numa 2.ª fase, a disponibilização de outros serviços, designadamente: (i) um Portal através do qual poderia ser acedida toda a informação sobre dados pessoais, assiduidade, processamento de remunerações, recibos; (ii) – automatização de recolha de informação para

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

processamento de ajudas de custo (iii) - desenvolvimento de módulos integrados de gestão do processo de avaliação (SIADAP) e formação profissional.

78.5 Por outro lado, as funcionalidades da aplicação permitem a disponibilização de mais e melhor informação para a gestão e, concomitantemente, melhorar a produtividade dos recursos humanos envolvidos directa e indirectamente na gestão e administração de pessoal (desde pessoal operacional a dirigentes dos diversos níveis), libertando-os da execução de tarefas sem valor acrescentado para as tarefas nucleares da organização: a prestação de cuidados e a gestão dos serviços.

78.6 A aplicação utilizada pela ARS Algarve, até à data da adesão aos serviços partilhados, para gestão do cadastro de pessoal e processamento de remunerações, e que ainda é utilizada pela generalidade das unidades de saúde - o RHV – não oferecia as potencialidades da solução disponibilizada pelo "Somos Pessoas".

78.7 Por outro lado, sendo esta aplicação disponibilizada pela ACSS que, desde a sua constituição em substituição do IGIF, cessou o seu papel de *software house*, limitando-se a assegurar a manutenção das aplicações em exploração, era para esta ARS evidente que a evolução daquela aplicação - designadamente o desenvolvimento de novas funcionalidades e/ou de interfaces com outras aplicações - poderia vir a revelar-se problemática e de grande incerteza quanto à sua viabilidade futura, comprometendo, assim, o processo de automatização e desenvolvimento de um verdadeiro sistema de informação integrado para a gestão e administração dos recursos.

78.8 Deste modo, a inexistência de soluções alternativas no mercado ao RHV, bem como o elevado custo de adaptação e parametrização de aplicações disponíveis,

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

sempre aconselharia a instituição de um processo agregador de utilizadores, potenciadora de uma resposta satisfatória às necessidades há muito identificadas.

79. Mais, no que respeita aos custos incorridos com a adesão aos serviços partilhados, é de salientar que o plano de preços prevê uma redução progressiva nos primeiros cinco anos, com um preço no quinto ano de 4,64 € * IVA, totalizando 5,57 €. Contudo, no que concerne a custo – beneficio, o Relato é omisso quanto à redução do preço previsto para o serviço de processamento salarial nos primeiros cinco anos de adesão.

80. Na verdade, os casos estudados no *Benchmarking Internacional de Serviços Partilhados em Saúde* revela que numa primeira fase este tipo de projectos enfrentam grandes dificuldades e resistência dos serviços à mudança, pelo que se verifica uma "curva de aprendizagem" de pelo menos cinco anos para a internalização de competências e posterior recuperação, a prazo, do investimento.

81. Não se devia confundir a natureza de um serviço partilhado de recursos humanos com um mero outsourcing informático.

82. O Relato também é omisso em reconhecer que a parcela referente ao custo do IVA – enquanto existente – se traduz em receita do Estado e, se solicitada a sua isenção se constituirá numa efectiva poupança dos serviços de saúde. Esta omissão vem falsear o valor final do preço por salário constante do Relato.

83. Por outra banda, é referido no Relato, que a redução de "FTE" prevista em sede de Due Diligencies não se havia verificado – com excepção de algumas reformas no caso desta ARS Algarve. Veja-se que o número de trabalhadores a reformar-se em 2008/2009, bem como a constituição dos ACES que obrigou a uma reafectação de

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

trabalhadores ao funcionamento desses serviços versus a impossibilidade de proceder à sua substituição por força do PRACE constituiu razão ponderosa para a tomada de decisão de adesão.

84. Atente-se para o facto de que na base da redução estimada do número de "FTE" encontra-se também a total automatização de processos a montante do processamento de salários, processos estes a cargo da ARS Algarve, assegurando-se, no serviço disponibilizado pelo Somos Pessoas, total inter - operabilidade com qualquer das soluções a adoptar.

85. Registe-se igualmente o conjunto de benefícios qualitativos associados ao serviço, entre os quais se destacam a disponibilidade dos indicadores de gestão que permitem um melhor controlo pelos aderentes dos seus recursos humanos. Desta forma permite-se libertar os serviços para a execução plena das suas actividades.

86. Donde, considerar-se que a comparação de custos, antes e depois da adesão, não é legítima nem correcta porque se está a comparar soluções diferentes com potencialidades diferentes e não estão a ser considerados os ganhos indirectos de produtividade, mas apenas os custos directos de execução de uma tarefa numa fase de arranque do projecto.

87. Pelo que, em nosso entender, o racional da decisão tomada pelo Conselho Directivo da ARS Algarve, respeita os princípios da economia, eficiência e eficácia, tendo em conta que:

87.1 O preço pago pelos serviços, na fase de arranque, para além da execução das tarefas de administração de pessoal, incluía o custo da disponibilização de uma infra-

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

estrutura tecnológica e de recursos humanos qualificados, desenhada à medida e com grande potencial de evolução e de integração com outros sistemas de informação, designadamente para o controlo de assiduidade e administração de pessoal, em instalação na ARS e nos 88 locais de prestação de cuidados de saúde na região;

87.2 O potencial de desenvolvimento da solução disponibilizada pelos serviços partilhados permite-nos perspectivar, a curto prazo, o desenvolvimento e integração de outros módulos aplicacionais, que irão possibilitar uma maior automatização de procedimentos (formação profissional e avaliação de desempenho), com melhorias significativas na qualidade da informação e na produtividade dos serviços;

87.3 Os ganhos em quantidade, qualidade e acessibilidade à informação em matéria de administração e gestão de recursos humanos, irão libertar recursos humanos actualmente ocupados a registar, organizar, tratar e a disponibilizar informação quer aos profissionais, quer às estruturas dirigentes.

Por tudo o que atrás se expôs, podemos em síntese concluir o seguinte:

I. De acordo com as conclusões expressas no Parecer nº. 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, às reformas efectuadas na Administração Publica, em especial na área da Saúde, que se mantém actual e em conformidade com o transposto para o Código da Contratação Pública;
II. De acordo com o princípio da não retroactividade dos ilícitos sancionatórios;
III. De acordo com as orientações de política governamental, constantes dos Programas XVII e XVIII Governos Constitucionais, que compele os organismos da Administração Publica à adesão aos serviços partilhados;
IV. De acordo com as sucessivas alterações legislativas;
V. De acordo com o entendimento expresso no email enviado pelo SUCH a esta ARS Algarve que enquadra as relações entre este e os seus associados no âmbito da

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

contratação *"in house"*, prevista no artigo 5º, nº. 2 do CCP, figura jurídica bastante recente no nosso ordenamento jurídico,

VI. De acordo com a correcta e racional decisão tomada pelo Conselho Directivo, que respeitou na integra os princípios da economia, eficiência e eficácia.

Este Conselho Directivo sempre agiu de boa fé e pautou os seus procedimentos dentro da mais estrita legalidade que escrupulosamente cumpre, não lhe sendo exigível, face a todo enquadramento subjacente, uma actuação diferente, sendo de considerar que os seus membros agiram com a diligência que lhes era devida, não lhes sendo imputável qualquer responsabilidade ou sanção pecuniária.

Junta: um documento e duplicados legais

Com os melhores cumprimentos,

(Rui Eugénio Ferreira Lourenço)

(Joaquim Grave Ramalho)

(José Eusébio Palma Pacheco)

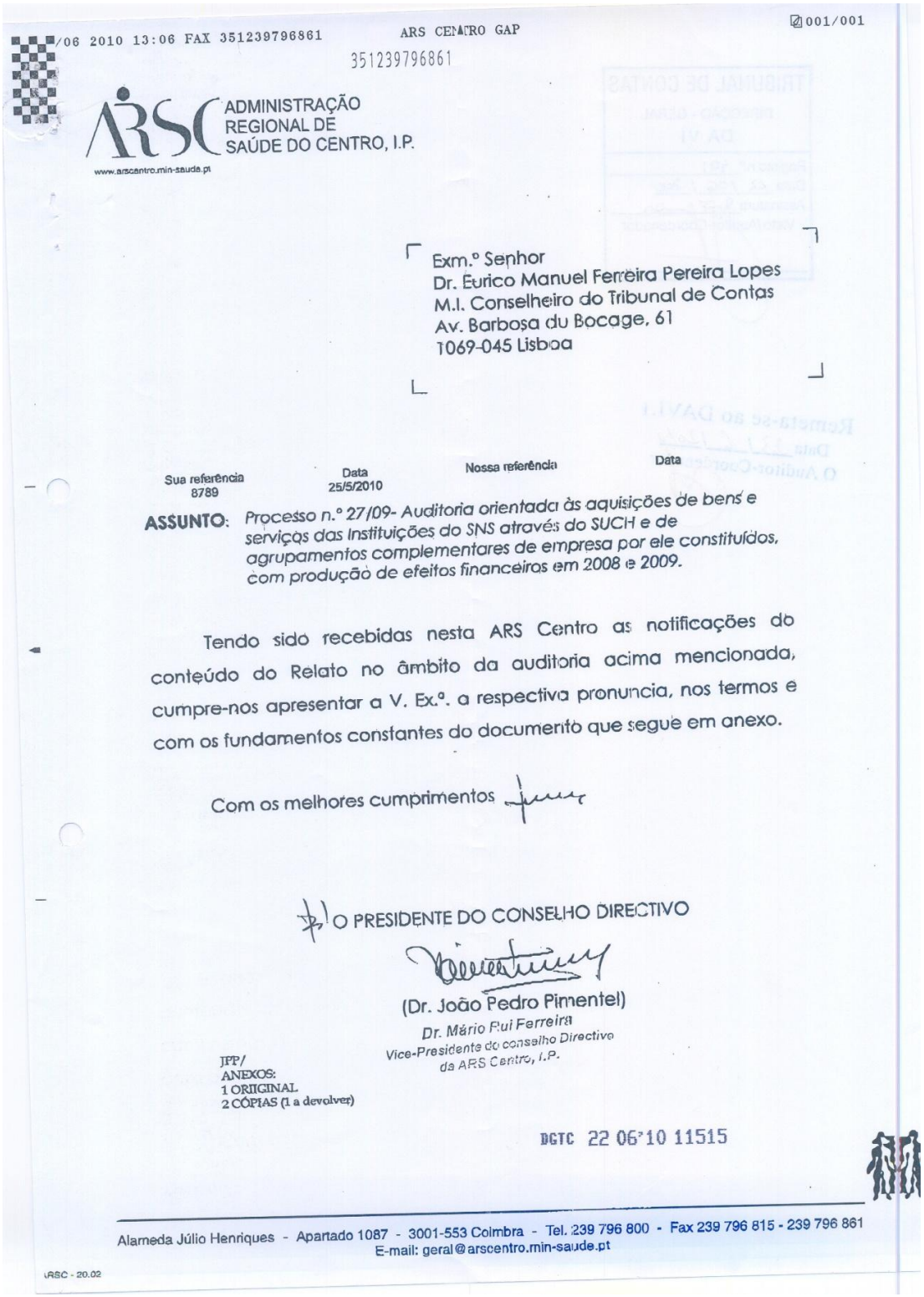
DGTC 23 06'10 11607

Largo do Carmo, 3 – 8000 - 145 Faro Telf. 289889900 - Fax: 289807405
Email: arsalgarve@arsalgarve.min-saude.pt

VI. Administração Regional de Saúde do Centro, IP

- Contraditório institucional e pessoal –

(Os responsáveis, incluindo os ex-responsáveis, apresentaram alegações em conjunto)



/06 2010 13:06 FAX 351239796861 ARS CENTRO GAP 001/001

351239796861

ARS ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO CENTRO, I.P.

www.arscentro.min-saude.pt

Exm.º Senhor
Dr. Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes
M.I. Conselheiro do Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

Sua referência	Data	Nossa referência	Data
8789	25/5/2010		

ASSUNTO: *Processo n.º 27/09- Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009.*

Tendo sido recebidas nesta ARS Centro as notificações do conteúdo do Relato no âmbito da auditoria acima mencionada, cumpre-nos apresentar a V. Ex.ª. a respectiva pronuncia, nos termos e com os fundamentos constantes do documento que segue em anexo.

Com os melhores cumprimentos

O PRESIDENTE DO CONSELHO DIRECTIVO

(Dr. João Pedro Pimentel)
Dr. Mário Rui Ferreira
Vice-Presidente do conselho Directivo
da ARS Centro, I.P.

JPP/
ANEXOS:
1 ORIGINAL
2 CÓPIAS (1 a devolver)

DGTC 22 06 10 11515

Alameda Júlio Henriques - Apartado 1087 - 3001-553 Coimbra - Tel. 239 796 800 - Fax 239 796 815 - 239 796 861
E-mail: geral@arscentro.min-saude.pt

ARSC - 20.02

/06 2010 13:02 FAX 351239796861 ARS CENTRO GAP 001/029
351239796861

Sua Excelência
Senhor Conselheiro da Área
Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes

CC. Exmo. Auditor Coordenador
Abílio de Matos

Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos. Alegações dos membros do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Centro, I.P.

Exmo. Senhor Conselheiro da Área Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes,

João Pedro Travassos de Carvalho Pimentel, titular do Bilhete de Identidade n.º4124840, emitido em 13/04/2000 pelos SIC de Coimbra, **Rosa Maria dos Reis Marques Furtado de Oliveira**, titular do Cartão de Cidadão n.º03314180, data de validade 02/02/2015, **Mário Rui Fernandes Pinto Ferreira**, titular do Bilhete de Identidade n.º 641383, emitido em 10/04/2001 pelos SIC de Coimbra, **Joaquim Gomes da Silva**, titular do Cartão de Cidadão n.º 03311993, data de validade 08/09/2014, todos membros do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Centro, I.P. (de ora em diante, apenas "ARSCentro"), nos exercícios de 2008 e 2009, tendo sido notificados para se pronunciarem, querendo, em sede de audiência prévia dos interessados, relativamente ao Relato da Auditoria do Tribunal de Contas "orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009" (Processo n.º 27/09 – Relato, I – Sumário, p. 5), vêm por este meio apresentar a respectiva pronúncia, nos termos e com os fundamentos seguintes:

I – INTRODUÇÃO

Nos parágrafos que se seguem procurar-se-á fazer o contraditório à infracção financeira alegadamente cometida pelos signatários, indicada no Relato da Auditoria acima melhor identificado, e sumariada no Quadro X do seu "Anexo I – Eventuais infracções financeiras". Antes de se detalhar a presente resposta, porém, impõe-se tecer alguns comentários iniciais.

Desde já cumpre salientar que os signatários registam, com muito agrado, a presença do Tribunal de Contas nas suas instalações para a realização da presente auditoria. Para a ARSCentro, como para qualquer outra entidade, as auditorias do Tribunal de Contas são fundamentais na constante procura de uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia.

As contribuições resultantes das questões e sugestões colocadas pelos auditores durante a auditoria, e nos relatos dela resultante, são cruciais para que se possam ajustar linhas de orientação e corrigir os procedimentos que suportam a actividade das várias entidades auditadas.

Neste contexto, a ARSCentro deixa desde já aqui expresso o seu agradecimento à equipa auditora do Tribunal de Contas pelo trabalho realizado, quer nas suas instalações, quer nas instalações do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (de ora em diante, apenas "SUCH" ou "Associação"), em virtude de esta Associação ser, em alguma medida, ainda que de forma instrumental, uma *longa manus* da actividade desenvolvida por esta instituição na satisfação das actividades colectivas no sector da Saúde.

Porém, os signatários não se conformam, pelos motivos adiante expendidos, com as conclusões do Relato de Auditoria em apreço, considerando, salvo o devido respeito, que o douto Tribunal de Contas incorreu numa errónea aplicação do direito aos factos, não procedendo, por conseguinte, a infracção financeira apontada.

II – ENQUADRAMENTO FACTUAL

Em face da infracção financeira sumariada no Quadro X do "Anexo I – Eventuais infracções financeiras" do Relato de Auditoria, alegadamente cometida pelos signatários, releva ter presente o seguinte quadro jurídico-factual:

a) O "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos" (de ora em diante, apenas "Protocolo de Adesão"), assinado em 1 de Julho de 2008 [1], veio regular os termos e condições em que a ARSCentro aderiu aos serviços partilhados de gestão de recursos humanos disponibilizados pelo SUCH, através do Centro de Processamento de Remunerações e Gestão de Recursos Humanos (doravante "C.P.R.G.R.H.") [2], cometendo ao SUCH, no seu âmbito e inicialmente, a responsabilidade de assegurar o processamento das remunerações dos seus colaboradores;

b) No âmbito daquele Protocolo de Adesão, cuja vigência cessou a 31 de Dezembro de 2008 [3], as Partes assumiram a intenção de celebrar novo Protocolo em termos semelhantes, para vigorar a partir de 1 Janeiro de 2009, com periodicidade anual, renovável automaticamente se não denunciado por qualquer das Partes, com 3 meses de antecedência em relação ao seu termo, inicial ou subsequente [4].

c) Tendo sido, em sequência, celebrado novo Protocolo, em 1 de Janeiro de 2009, entre o SUCH e a ARSCentro, cuja vigência decorreu durante todo o ano de 2009;

d) A ARSCentro é associada do SUCH desde 1993, e, como tal, tendo pleno direito a usufruir dos seus serviços e prestações, nos termos em que forem regulamentados, tal como previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º dos Estatutos do SUCH [5];

---

[1] Data em que entrou em vigor (cf. n.º 1 da Cláusula Quinta do Protocolo de Adesão).

[2] O âmbito dos serviços a prestar encontra-se descrito no Anexo I ao Protocolo de Adesão (cfr. n.º 1 da Cláusula Quarta).

[3] Cfr. N.º 1 da Cláusula Quinta do Protocolo de Adesão.

[4] Cfr. N.º 2 da Cláusula Quinta do Protocolo de Adesão.

[5] Cfr. Considerando D do Protocolo de Adesão.

e) A ARSCentro, em conjunto com os demais associados do SUCH, de acordo com orientação da Tutela, decidiu que o SUCH deveria proceder à criação, implementação e desenvolvimento de uma estrutura operacional de serviços partilhados de administração e gestão de recursos humanos. para utilização pelos seus associados que a ela entendessem aderir, com competência específica inicial para a gestão e processamento de vencimentos e outras remunerações de natureza idêntica [6];

f) Em sequência, o SUCH deu cumprimento àquela decisão através da constituição de uma unidade operativa autónorna de serviços partilhados: o já referido C.P.R.G.R.H. [7];

g) Assim, no âmbito do Protocolo de Adesão em apreço, o SUCH, através do C.P.R.G.R.H., "estrutura operacional de serviços partilhados de gestão de recursos humanos e processamento de salários, vencimentos e outras remunerações idênticas" [8], comprometeu-se a assegurar "à ARSC, em relação a todos os funcionários e colaboradores desta, os serviços de gestão e processamento de remunerações descritos no Anexo I" [9];

h) Sendo que o SUCH, nos termos previstos no n.º 2 da Cláusula Terceira do Protocolo de Adesão [10], informou a ARSCentro (cfr. Doc. 1), em 29/09/2008, que havia cometido as responsabilidades de administração, gestão e operação do C.P.R.G.R.H. ao Somos Pessoas, A.C.E.;

i) Após a designação do Somos Pessoas, A.C.E., como Entidade Gestora, para efeitos do Protocolo de Adesão em apreço, todas as referências respeitantes ao SUCH nele efectuadas deverão ter-se como referências ao Somos Pessoas, A.C.E. [11];

---

[6] Cfr. Considerando E) do Protocolo de Adesão.

[7] Cfr. Considerando E) do Protocolo de Adesão.

[8] Cfr. Alínea c) do n.º 1 da Cláusula Primeira do Protocolo de Adesão.

[9] Cfr. N.º 1 da Cláusula Quarta do Protocolo de Adesão.

[10] Aquela disposição do Protocolo de Adesão refere o seguinte: "a administração, gestão e operação do C.P.R.G.R.H. podem ser cometidas ou cedidas pelo SUCH a entidades terceiras (Entidade Gestora), constituídas sob qualquer modalidade jurídica que o SUCH entenda conveniente, mediante simples comunicação à ARSC, desde que nelas o SUCH detenha participação maioritária, controlo de gestão e dos respectivos órgãos de administração."

[11] Cfr. N.º 4 da Cláusula Quarta do Protocolo de Adesão.

III – DA ALEGADA INFRACÇÃO FINANCEIRA

III. 1 – Considerações gerais

A ARSCentro no contexto da Administração Indirecta do Estado

Tendo presente o âmbito material do Relato de Auditoria que agora se contesta, importa, sinteticamente, proceder ao enquadramento jurídico da ARSCentro no contexto da Administração indirecta do Estado, no qual aquela se integra, com especial relevo no que concerne ao regime de contratação pública que deste específico contexto emerge.

O Decreto-Lei n.º 222/2007, de 29 de Maio, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 81/2009, de 2 de Abril, aprovou a orgânica das Administrações Regionais de Saúde, I.P. [13].

Nos termos do n.º 1 do artigo 1.º daquele diploma, "as Administrações Regionais de Saúde, I.P., (...) são pessoas colectivas de direito público, integradas na administração indirecta do Estado, dotadas de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial."

De acordo com o n.º 3 do mesmo artigo 1.º do Decreto-Lei *supra* mencionado, "[a]s ARS. I.P., regem-se pelas normas constantes do presente decreto-lei, pelo disposto na lei-quadro dos institutos públicos [14], pelo disposto no Estatuto do Serviço Nacional de Saúde e pelas demais normas que lhe sejam aplicáveis."

Pelo que, assumindo as Administrações Regionais da Saúde a natureza jurídica de institutos públicos, ser-lhes-ia aplicável, até à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, e no que diz respeito à aquisição de serviços, o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

---

[13] Através da Portaria n.º 650/2007, de 30 de Maio, foram aprovados os Estatutos da Administração Regional de Saúde do Centro, I.P..

[14] Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro - versão consolidada vigente desde 1 Janeiro 2009; Última alteração legislativa através da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

Contudo, como *infra* se verá (cfr. ponto III. 2), no caso em apreço tal enquadramento jurídico, *em concreto, não é aplicável à actividade contratual em apreço desenvolvida pela ARSCentro.*

Importará ainda referir que, nos termos do n.º 1, dos artigos 41.º e 42.º, da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, os institutos públicos encontram-se sujeitos a tutela e superintendência [15] governamental.

Pelo que, conforme o expendido no ponto III. 2 *infra*, tendo-se verificada a existência de orientações claras por parte da Tutela, enunciadas e descritas no Anexo V ao Relato de Auditoria em apreço, no sentido do recurso, por parte das instituições do SNS, aos serviços partilhados criados pelo SUCH, bem como em face do entendimento expendido em vários pareceres, designadamente do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, facilmente se compreenderá qual a motivação para a celebração do Protocolo de Adesão em apreço.

A ARSCentro no contexto das relações com o SUCH e com agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos – e a contratação por estes efectuada a terceiros

Incidentalmente, mas com relevância para o que se vai deixar exposto em seguida (cfr. ponto III. 2 *infra*), importa atender, ainda que de modo perfunctório, por um lado, ao enquadramento da ARSCentro no contexto das relações contratuais mantidas com o SUCH e com os demais Associados, e, por outro lado, à contratação efectuada pelo SUCH com terceiras entidades, para a satisfação das suas necessidades próprias.

Como é sabido, o SUCH passou por três fases distintas: *I)* desde a sua criação, pelo Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Janeiro de 1965, até ao Decreto-Lei n.º 70/75, de 19 de Fevereiro, em que assumiu a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa; *II)* desde o Decreto-Lei n.º 70/75 até ao Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Janeiro, em que assumiu a natureza de instituto público; e *III)* a partir deste Decreto-Lei n.º 12/93, em que retomou a estrutura associativa e a natureza originária de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

[15] Cfr. n.º 1, do artigo 42.º, da Lei-Quadro dos Institutos Públicos, *"O ministro da tutela pode dirigir orientações, emitir directivas ou solicitar informações aos órgãos dirigentes dos institutos públicos sobre os objectivos a atingir na gestão do instituto e sobre as prioridades a adopter na respectiva prossecução."*

Os seus actuais Estatutos foram publicados na II Série do *Diário da República*, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, desses Estatutos, o SUCH tem por objecto *tomar a seu cargo iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados*, podendo ainda, desde a última revisão dos seus Estatutos, operada em 2006, constituir unidades de serviços partilhados.

O Somos Pessoas, A.C.E., foi criado no ano de 2007, encontrando-se enquadrado no Plano Estratégico 2007-2009 do SUCH.

A natureza da contratação entre o SUCH e os seus Associados, quando estes assumam a natureza de pessoas colectivas de direito público, foi sempre muito controvertida, tendo ficado firmada em diversos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, dos quais se destacam os seguintes: os pareceres n.os 1/95 [16] e 145/2001 [17].

O último dos mencionados pareceres da Procuradoria-Geral da República, partindo de uma análise fundamentada do substrato, do objecto e fins estatutários do SUCH, concluía que "[o] objectivo subjacente à criação do serviço situa-se, pois, e mantém-se, no campo da cooperação, isto é, na colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos Associados. Dito de outro modo, numa perspectiva materialmente cooperativa. / Na verdade, são elementos materialmente cooperativos a cooperação e entreajuda dos membros Associados, visando a satisfação, sem fins lucrativos, de necessidades, v.g. económicas destes, mesmo que, a título complementar, possam ser realizadas operações com terceiros (...). Todos estes elementos materiais confluem no âmbito estatutário de definição das finalidades do SUCH: a pessoa colectiva não tem por objectivo primordial prestar serviço em regime de mercado ou segundo as regras gerais do comércio jurídico, mas apenas prestar serviços aos Associados, procurando obter reais vantagens para estes, teleologicamente sem objectivo de lucro, perto, pois, do princípio mutualista de cooperação e entreajuda".

Por outras palavras: o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da

[16] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 1 de Julho de 1995.

[17] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2003.

auto-satisfação das necessidades da Administração, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública.

Seria aliás contraditório que o legislador permitisse que a criação de serviços de utilização comum, para possibilitar uma melhor repartição de custos, que por vezes são avultados, a optimização dos recursos, e "*um funcionamento mais ágil*" dos Associados, e viesse, por outro lado, sujeitar a qualquer procedimento de formação de contratos públicos legalmente tipificado, a utilização de tais serviços.

Dito de outra forma: se o serviço se integra no escopo estatutário do SUCH, *já existirá um contrato entre a ARSCentro e o SUCH, o contrato de associação, e a prestação será realizada como execução desse contrato* (de associação).

É isto que explica que no âmbito das finalidades estatutárias do SUCH (cfr. artigo 2.º dos Estatutos), os seus Associados possam com este contratar directamente, sem sujeição aos procedimentos pré-contratuais juridico-públicos legalmente tipificados.

Fora daquele domínio, a actividade do SUCH encontra-se tolhida pelos fins que nos termos do seu Estatuto tem de prosseguir, sem que, todavia, seja por completo posta de parte: nos termos do n.º 2, do artigo 2.º, dos seus Estatutos, o SUCH "(...) pode ainda [complementarmente], no regime da concorrência e do mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus Associados"; aqui o SUCH já actuará, *grosso modo*, como uma qualquer entidade privada ("no regime da concorrência e do mercado") – ainda que limitado pelo seu *escopo tendencialmente não lucrativo* – , porquanto, *neste caso*, a contratação promovida por aqueles Associados terá de observar todas as disposições legais referentes à formação de contratos públicos.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, das situações em que o SUCH, para a prossecução das suas atribuições, necessite de contratar com terceiros (isto é, para satisfação das suas próprias necessidades de funcionamento e organização): por se dever considerar o SUCH um *organismo de direito público* [18] – qualificação que

[18] Sobre o conceito de *organismo de direito público* a Doutrina é vasta. Veja-se, por exemplo, SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo*, Madrid: La Ley, 2004, pp. 531 e ss., COUTINHO DE ABREU, *Privatização de empresas públicas e empresarialização pública*, *in* Miscelâneas, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 59 e ss. (67 e ss.); MERCEDES FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos*

apenas deixamos enunciada – , tal actividade já se situará num plano totalmente distinto do da satisfação das necessidades dos seus Associados, não comungando, aí, daquele substrato cooperativo (de cooperação material e entreajuda) que anima a actividade principal do SUCH. Neste sentido depõe, designadamente, o Parecer n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Chegados a este ponto, importa sublinhar a relevância que tais pareceres da Procuradoria-Geral da República assumem em concreto, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade – *imediatamente* para afastar a *culpa*, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* – que aos membros do Conselho Directivo da ARSCentro, ora signatários, possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

Na verdade, não se pode ignorar o facto de, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 60/98, de 28 de Agosto (Estatuto do Ministério Público), "[q]uando homologados pelas entidades que os tenham solicitado, ou a cujo sector respeite o assunto apreciado, os pareceres do Conselho Consultivo sobre disposições de ordem genérica são publicados na II Série do Diário da República para valerem como *interpretação*

---

administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, in Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, n.º 279, Enero-Abril 1999, pp. 25-34; PABLO OLIVERA MASSÓ, *La Problemática sobre la Delimitacion del Ámbito Subjetivo de las Normas Internacionales sobre Contratacion Publica: La Administracion Instrumental en las Directivas de la Comunidad Europea y el Acuerdo de Contratacion Publica de la Organizacion Mundial del Comercio, in* Revista de Administración Pública, n.º 145, Enero-Abril 1998, pp. 445-474.

O conceito de *organismo de direito público*, cuja interpretação já foi feita numerosas vezes pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pode ser apreendido através das seguintes notas:

a) *"Interpretação lata do conceito de organismo público (cfr. Acórdão do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003);*
b) *O conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial surge como conceito autónomo de direito comunitário e como tal deve ser interpretado (Acórdãos do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003, de 16 de Outubro de 2003);*
c) *Para apreciar se as actividades exercidas pela entidade são de interesse geral atende-se à actividade que efectivamente exerçam;*
d) *"constituem necessidades de interesse geral que não têm carácter comercial ou industrial aquelas necessidades que, por um lado, não se satisfazem mediante oferta de bens ou serviços no mercado e que, por outro lado, por razões de interesse geral, o Estado decide satisfazer por si próprio ou a respeito das quais quer conservar uma influência determinante" (Acórdão do TJCE, de 16 de Outubro de 2003);*
e) *O conceito em apreço não exclui actividades que possam ser prestadas por entidades privadas; a inexistência de concorrência não é requisito necessário para definir um organismo de direito público – mas com ressalvas: 1) a existência de concorrência é indício de a necessidade ter carácter comercial; 2) as necessidades não comerciais, regra geral, não se satisfazem mediante oferta de bens e serviços no mercado;*
f) *O conceito deve ser aferido tendo em conta todos os elementos de facto e de direito: 1) circunstâncias que presidiram à criação da empresa; 2) condições em que exerce a sua actividade, incluindo, particularmente, a falta de concorrência no mercado, e a falta de ânimo de lucro como objectivo principal, 3) não assunção dos riscos da actividade; 4) eventual financiamento público (Acórdãos TJCE, de 16 de Outubro de 2003 e de 22 de Maio de 2003);*
g) *O organismo de direito público não deixa de o ser ainda que possa exercer, juntamente com as funções de interesse geral que não tenham carácter comercial, actividades comerciais em regime de livre concorrência, e ainda que a sua actividade principal consista em satisfazer necessidades de carácter comercial (Acórdão do TJCE, de 15 de Janeiro de 1998);*
h) *Os organismos de direito público, assim delimitados, devem sujeitar às correspondentes directivas de contratação todos os seus contratos, mesmo aqueles que não tenham directamente que ver com a sua actividade na satisfação de necessidades de interesse geral".*

oficial, perante os respectivos serviços, das matérias que se destinam a esclarecer" (itálico nosso).

Com efeito, *a ARSCentro conformou-se com tal orientação, a qual, note-se, foi por diversas vezes corroborada por vários pareceres jurídicos, como expressamente reconhece o Tribunal de Contas* (cfr. parte final do primeiro § da página 10 do Relato de Auditoria).

A isto não obsta, de forma alguma, o facto de o entendimento vertido naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República não ser vinculativo para a ARSCentro, por esta ser parte integrante da Administração indirecta do Estado – ao passo que a vinculatividade daqueles pareceres, em rigor, apenas se deve considerar restrita aos órgãos e serviços da Administração directa do Estado.

Todavia, e em face da sujeição à tutela e superintendência ministerial, da ARSCentro – sem esquecer a genérica adstrição aos princípios gerais da actividade administrativa – não será difícil reconhecer, no mínimo, *o efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, mesmo perante entidades que, como a ARSCentro, são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.*

Quanto à celebração do Protocolo de Adesão (ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos) por parte da ARSCentro, importará recordar a sequência fáctica ocorrida:

(i) Os serviços da ARSCentro, tendo em vista aderir ao Protocolo de Adesão, sumariaram em informação remetida ao Conselho Directivo da ARSCentro, um conjunto de questões a ponderar antes da aquisição dos referidos serviços partilhados de recursos humanos (cfr. Doc. n.º 2);

(ii) Assim, em deliberação à margem da informação *supra* referida, o Conselho Directivo da ARSCentro, em 15/01/2008, deliberou no seguinte sentido: *"transmita-se ao SUCH, e proceda-se de forma a que todas as dificuldades sejam identificadas, analisadas e ultrapassadas por ambas as partes. Concorda-se c/alteração proposta para o clausulado do contrato".*

Regressando ao excurso inicial, sempre se dirá que, sem prejuízo de pontuais orientações diversas, e não obstante o Anexo III – "Subsunção das relações

estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação in house" do Relato de Auditoria, assim como na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal de Contas tenha contestado este entendimento, a verdade é que foi genericamente aceite que a doutrina vertida naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República encontra, desde a entrada em vigor do CCP, acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Código, normativo que consagra expressamente no direito interno positivo a figura da relação *in house* [19].

Não caberá aqui proceder ao contraditório do entendimento sufragado pelo douto Tribunal de Contas – por directamente não relevar para efeitos de demonstração da impossibilidade de imputação de qualquer responsabilidade financeira sancionatória aos signatários –, aderindo, nesta parte, e salvo quando tal não se conforme com a defesa aqui realizada, à argumentação expendida pelo SUCH sobre esta questão, designadamente para efeitos de afastamento da *ilicitude* da conduta imputada a título de infracção financeira potencialmente geradora de responsabilidade financeira sancionatória.

Assim, o que se deixou exposto bastará, e adiante será retomado (cfr. pontos III. 2 *infra*), para afastar qualquer possibilidade de imputação da alegada infracção financeira aos membros do Conselho Directivo da ARSCentro, por demonstrar, em termos apodícticos, a inexistência de *culpa*, a qualquer título, na actuação desenvolvida, pressuposto de que depende o funcionamento da responsabilidade financeira sancionatória.

Contudo, não apenas por estes motivos – que por si só se revelam sobejamente suficientes para o presente efeito – a factualidade *supra* descrita se apresenta, em concreto, insusceptível de efectivação, a título de responsabilidade financeira sancionatória, da alegada infracção financeira cometida pelos signatários, como se procurará demonstrar em seguida.

[19] Sobre a questão a doutrina é vasta. Em Portugal, por todos, BERNARDO AZEVEDO, *Contratação in house: Entre a liberdade de autoorganização administrativa e a liberdade de mercado*, in *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, e, recentemente, DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas. A adjudicação in-house em particular*, Colecção PLMJ, Wolters Kluwer, Coimbra, 2010.

III. 2 – A propósito da não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, nos anos de 2008 e 2009, para a aquisição de serviços de gestão de recursos humanos pela ARSCentro e não estarem reunidos os requisitos gerais para a autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia – pontos 8.1.1 e 8.2.1. - Quadro X do Anexo I do Relato de Auditoria

O Relato de Auditoria do Tribunal de Contas, que agora se contesta, considera como factos susceptíveis de integrar infracções financeiras a ***I)*** não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, nos anos de 2008 e 2009, para a aquisição de serviços de gestão de recursos humanos pela ARSCentro e ***II)*** não estarem reunidos os requisitos gerais para a autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia.

Desde já se diga que os factos assinalados não podem sustentar qualquer efectivação de responsabilidade financeira, designadamente na modalidade de responsabilidade sancionatória (artigos 65.º e ss. da LOPTC), na medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da *ilicitude* e da *culpa*.

Relativamente ao pressuposto da *ilicitude*, afigura-se conveniente distinguir duas situações, que, em rigor, estão umbilicalmente interligadas, pelo que devem merecer, porém, quando possível, um tratamento unitário:

(i) *A eventual responsabilidade pela não realização do procedimento de contratação legalmente exigível para a aquisição de serviços de gestão de recursos humanos pela ARSCentro* – parecendo ser este o facto considerado pelo Tribunal de Contas como sendo susceptível de integrar uma eventual infracção financeira;

(ii) *A eventual responsabilidade financeira pela inobservância, pelo Somos Pessoas, A.C.E., das regras de contratação pública*, ao ser composto também por um operador económico privado [20], escolhido sem prévio procedimento de contratação pública.

[20] Detendo o SUCH 95 % do capital, e a Capgemini Portugal, Serviços de Consultoria e Informática, S.A. os restantes 5 %.

Quanto à primeira situação (cfr. (i) *supra*), consideramos ter inexistido qualquer ilegalidade aquando da celebração do referido Protocolo de Adesão, que precedeu a prestação de serviços de gestão de recursos humanos, no caso o processamento das remunerações dos colaboradores da ARSCentro, por parte do Somos Pessoas, A.C.E..

Efectivamente, em face da orientação resultante dos vários Pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral da República, atrás referidos, actualmente acolhida no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, haveria fundamento legal para a não realização de qualquer procedimento de contratação, na medida em que o mesmo não seria legalmente exigível. Conforme referido, aderimos, nesta parte, e salvo quando tal não se conforme com a defesa aqui realizada, à argumentação expendida pelo SUCH sobre esta questão, designadamente para efeitos de afastamento da *ilicitude* da conduta imputada a título de infracção financeira potencialmente geradora de responsabilidade financeira sancionatória.

No que diz respeito à segunda questão (cfr. (ii) *supra*), atinente à própria constituição do A.C.E. Somos Pessoas, apesar de, em caso algum, a mesma ser directamente imputável à ARSCentro, cumprirá referir o seguinte:

A constituição do A.C.E. *supra* referido, levada a cabo pelo SUCH (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea d), dos respectivos Estatutos), no exercício da ampla autonomia de gestão que legalmente lhe é reconhecida [21], plasmada nos respectivos Estatutos, e *nos termos da lei aplicável – a saber, a Lei n.º 4/73, de 4 de Junho* [22] *e o Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto* [23] *– "a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades"* (cfr. Base I, n.º 1, *in fine*), delas podendo beneficiar os seus associados, incluindo a ARSCentro.

Desde já se refira que *a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública.*

---

[21] Autonomia pública essa que pressupõe a liberdade de auto-organização de todos os entes administrativos, conforme se infere a partir de uma interpretação holística, por exemplo, dos preceitos 111.º (princípio da separação de poderes) e 199.º (donde se extrai uma reserva geral de administração), ambos da Constituição.

[22] Diploma que estabelece as bases gerais do regime jurídico dos agrupamentos complementares de empresas, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 36/2000, de 14 de Março e 76-A/2006, de 29 de Março.

[23] Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 36/2000, de 14 de Março, e 323/2001, de 17 de Dezembro.

Como se afigura evidente em face das disposições de direito comunitário e nacional aplicáveis, *nenhuma vinculação legal ou contratual, nacional ou comunitária, existe que obrigue à sujeição da constituição de um A.C.E., ainda que também composto por parceiros privados, às regras da contratação pública.*

Tanto mais que se trata de uma estrutura instrumental à prossecução dos objectivos das várias entidades que a integram, daí que, em princípio, não possa visar o lucro (cfr. Base II, n.º 1).

Se a solução atrás exposta era evidente à data da constituição do Somos Pessoas, A.C.E. – sendo esse, em última análise, o facto que releva para os presentes efeitos, impedindo que se considere preenchido o pressuposto da *ilicitude*, por não ter havido qualquer violação da legalidade objectiva à data vigente –, sempre se dirá que com a entrada em vigor do CCP a situação não se considera substancialmente alterada.

Na verdade, para além da sujeição a procedimentos de formação de contratos públicos de todos os tipos *típicos* de contratos constantes das Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, o legislador nacional *optou, não tendo que o fazer* – donde, nem sequer se poderá por esta via equacionar, à data da constituição do Somos Pessoas, A.C.E., qualquer adstringência a uma hipotética interpretação conforme ao direito comunitário, que tivesse por consequência a sujeição da constituição daquela estrutura às regras da contratação pública –, por estender o âmbito material de aplicação do CCP aos contratos de sociedade, *mas não* a quaisquer figuras afins desse tipo contratual, como é o caso de consórcios ou agrupamentos complementares de empresas.

Assim, no que tange à eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho Directivo da ARSCentro em virtude de uma eventual não observância pelo Somos Pessoas, A.C.E. das regras da contratação pública (cfr. (ii) *supra*), haverá, sinopticamente, que referir o seguinte:

(i) A partir do momento em que o Somos Pessoas, A.C.E. adquiriu personalidade jurídica (com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial, em conformidade com o previsto na Base IV da Lei n.º 4/73), a

actuação por este desenvolvida deverá, em primeira linha [24], a este ser imputável, nos termos gerais de Direito, em virtude de, a partir desse momento, para todos os efeitos, se dever considerar que aquela estrutura se autonomizou das entidades que determinaram a sua constituição e que nela participam, originando um novo e autónomo centro de imputação de direitos e deveres, realidade que não poderá ser ignorada e que reveste uma importância de tomo neste âmbito;

(ii) Donde, ainda que a constituição do Somos Pessoas, A.C.E. (e a contratação de entidades privadas por este A.C.E. sem sujeição às regras da contratação pública), se enquadrasse no âmbito da aplicação das normas de contratação pública, o que não se concede, ao Conselho Directivo da ARSCentro não poderá ser imputado qualquer ilícito decorrente do facto daqueles serviços terem sido eventualmente executados por entidades privadas, em virtude de sobre a ARSCentro não recair qualquer dever jurídico de controlo da legalidade do procedimento de formação do A.C.E. aqui em causa;

(iii) Assim, por maioria de razão, não recairia sobre a ARSCentro, qualquer dever de fiscalização de eventuais procedimentos por aquele A.C.E. realizados, e que implicassem recurso a entidades privadas – sendo apodíctico, como se viu (cfr. (i) *supra*), que em virtude da autonomia jurídica reconhecida ao Somos Pessoas, A.C.E., este e as demais entidades que o integram são *insusceptíveis de apreensão unitária*, querendo tal apenas significar que são *juridicamente distintas, com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades*.

Findo este breve excurso sobre a (falta de) *ilicitude* (*activa* ou *omissiva*) a propósito da infracção financeira assacada pelo Relato de Auditoria aos membros do Conselho Directivo da ARSCentro, ocupar-nos-emos, seguidamente, do pressuposto da *culpa*, pois, como é sabido, nos termos do n.º 5, do artigo 61.º, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória *ex vi* artigo 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, "*a responsabilidade (…) só ocorre se a acção for praticada com culpa*".

[24] Não se ignorando, porém, a possibilidade de uma responsabilidade *meramente subsidiária* por parte das entidades que participam naquele A.C.E., nos termos gerais de Direito Societário (artigo 175.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável *ex vi* artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 470/73, de 25 de Agosto.

Pelos motivos já expostos, e por aqueles que de ora em diante melhor serão dissecados, será imperativo considerar que não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar qualquer responsabilidade a título de negligência, na medida em que não houve, designadamente, qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após as diligências efectuadas e o enquadramento histórico da situação) a convicção dos membros do Conselho Directivo da ARSCentro, ora signatários, da legalidade de todo o processo de adesão

Objectivamente, podem ser elencados os motivos pelo qual manifestamente carece em absoluto de *culpa* (mesmo na menos agravada forma de negligência) o facto que determina a infracção financeira em apreço:

(i) A existência dos pareceres n.ºs 1/95 e 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, e a função mediatamente orientadora que dos mesmos flui, mesmo para entidades com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, como a ARSCentro, conforme se retira por interpretação teleológica do artigo 43.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, nos termos atrás aduzidos (cfr. ponto III. 1 *supra*), para onde ser remete; e,

(ii) A vinculação da ARSCentro, assim como dos demais associados, às orientações da Tutela, no sentido de se proceder à centralização de aquisições de bens e serviços no sector da Saúde, constituindo o Somos Pessoas, A.C.E., uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato.

Se, relativamente ao primeiro motivo atrás apontado, não se justificam mais observações, o mesmo não sucede no que ao segundo motivo concerne. Vejamos.

Efectivamente, como o Tribunal de Contas reconhece, "[a] constituição de serviços partilhados na Administração Pública integra-se, a par do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), na estratégia de reorganização e modernização da Administração Pública dos XVII e XVIII Governos Constitucionais (...). No Sector da Saúde, a criação dos serviços partilhados insere-se, ainda, nos objectos de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde." (cfr. § primeiro do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59), logo depois afirmando que "[d]ecorre de

13:04 FAX 351239796861 ARS CENTRO GAP 018
351239796861

diversos actos do Governo, praticados entre 2006 e 2009, identificados no Anexo V [do mesmo Relato de Auditoria], que a criação dos serviços partilhados no Sector da Saúde (...) seria responsabilidade do SUCH" (cfr. § segundo do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59).

Este *indirizzo* político (em sentido lato) exercido pela Tutela, traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades, associadas do SUCH, entre as quais a ARSCentro, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, é expressamente assumida em variados actos, dos quais se destacam, cronologicamente, os seguintes:

(i) Os Estatutos do SUCH, que passaram a prever, a partir de 2006, a possibilidade de constituição de serviços partilhados – *alteração estatutária objecto de tutela integrativa*, nos termos previstos no n.º 2, do artigo 15.º dos mesmos Estatutos;

(ii) Como também se refere no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 51), "[o]s serviços partilhados de (...) gestão de recursos humanos (...), desenvolvidos através de Agrupamentos Complementares de Empresas constituídos pelo SUCH – (...) o Somos Pessoas, A.C.E., (...) criado em Junho de 2007 (...) – são expressamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [25] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2008**" (negritos no original);

(iii) Aliás, conforme também referido no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 52), "[o]s serviços partilhados constituídos pelo SUCH foram novamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [26] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2009**" (negritos no original);

A ambiência factual atrás descrita, se dúvidas ainda restassem, afasta por completo qualquer possibilidade de imputação da responsabilidade financeira sancionatória em apreço aos membros do Conselho Directivo do ARSCentro, por falta de um dos seus pressupostos: a *culpa*. Efectivamente, *os ora signatários limitaram-se a conformar a sua conduta com as orientações tutelares sobejamente conhecidas, e cristalinamente plasmadas nos actos acima referidos.*

[25] Aprovadas pela Lei n.º 31/2007, de 10 de Agosto.

[26] Aprovadas pela Lei n.º 41/2008, de 13 de Agosto.

Assim, e sem prejuízo das demais considerações expendias no ponto II. *supra* das presentes alegações, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em que ficou demonstrado que não houve qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após o enquadramento jurídico e histórico da efectuado) a convicção da legalidade de todo o procedimento, nos termos acima descritos, não lhes sendo, em concreto, exigível uma diligência superior.

Cumprirá ainda proceder à apreciação do exposto por parte do Tribunal de Contas, quanto à circunstância de não se encontrarem reunidos "*os requisitos gerais para a autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia, previstos na alínea c) do n.º 6 do artigo 42.º, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, e na alínea c) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 155/92*" (cfr. páginas 69 e 70 do Relato de Auditoria).

Procurando fundamentar tal conclusão, o Tribunal de Contas refere a falta de realização de estudos próprios, sustentando a infracção na inexistência, no Protocolo de Adesão, de qualquer estimativa de redução do número de recursos afectos à actividade de processamento de salários na ARSCentro após o cometimento da mesma ao C.P.R.G.R.H., a gerir pelo Somos Pessoas, A.C.E., e a previsibilidade de que a mesma acarretaria acréscimos de custo por salários.

Nesta sede, de novo parece-nos adequado mencionar o constante do Doc. n.º 2, no que diz respeito às diligências levadas a cabo pelos serviços da ARSCentro, para onde se remete.

Por sua vez, quanto ao facto de a ARSCentro não ter levado a cabo estudos próprios que assegurassem a confirmação dos resultados da informação constante dos estudos realizados pelo SUCH, sempre se dirá que, em face da caracterização do SUCH (constituído por vários associados, entre os quais a ARSCentro), e atendendo a que o SUCH não poderia, em caso algum, ser considerado como um mero fornecedor em mercado, mas sim um Serviço Partilhado, não se compreende em que termos é que o Tribunal de Contas pretenderia que a ARSCentro tivesse levado a cabo tais estudos.

Aliás, inerente à criação e implementação de serviços partilhados estaria certamente a ideia de os associados criarem uma estrutura comum e, em conjunto, desenharem processos adequados, delimitarem a relação definindo competências e níveis de serviço, para controlo efectivo, e melhorarem continuamente o serviço, conseguindo, com a escala decorrente dos novos aderentes, a redução do preço do serviço a prazo.

Mais: os diversos estudos realizados em momento anterior à celebração dos vários protocolos de adesão, tendentes à aferição do potencial custo-benefício dos referidos serviços partilhados (cfr. "*Due Dilligencie*") contaram com a estreita colaboração das entidades aderentes, entre as quais a ARSCentro. Com efeito, no âmbito daqueles estudos, e como aliás se reconhece no Relato de Auditoria em apreço, toda a informação foi prestada e validada por cada uma destas entidades, constituindo os estudos em causa o fundamento da decisão final de adesão por parte da ARSCentro, inequivocamente demonstrado através do conteúdo do n.º 1 da Cláusula Sexta do Protocolo de Adesão.

Adicionalmente se refira o seguinte: caso a ARSCentro tivesse optado por realizar um outro estudo – para além do estudo realizado pelo SUCH, de quem é associada, e para o qual decisivamente contribuiu – mais não estaria senão a repetir os custos suportados pelo SUCH, o que redundaria, em última análise, num inaceitável duplicar de despesa com dinheiros públicos, medida essa sim, contrária aos apontados objectivos de eficácia, economia e eficiência...

Por outras palavras: tratando-se os serviços em causa de serviços partilhados das instituições de saúde, criticável seria se as entidades aderentes, entre as quais se encontrava a ARSCentro, tivessem, para além dos custos em que incorreram na realização das '*Due Dilligencies*', adquirido ao mercado outros estudos, duplicando assim encargos e incorrendo em despesas desnecessárias, desconformes com os enunciados requisitos gerais para a autorização da despesa.

Quanto à matéria das análises custo-benefício levadas a cabo nos estudos que fundamentaram o recurso ao Protocolo de Adesão aqui em apreço, e aderindo nesta sede, à argumentação expendida pelo SUCH no âmbito da presente Auditoria, importará igualmente fazer menção a algumas questões importantes.

Em primeiro lugar, e inequivocamente demonstrativo da motivação que levou à celebração do Protocolo de Adesão por parte da ARSCentro, o facto de o preço previsto para o serviço de processamento salarial nos primeiros cinco anos de adesão observar evidente redução, em face dos custos iniciais previstos pelo SUCH, tal como se resume no quadro *infra*.

	Ano 1	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5
Preço por salário processado s/IVA	€ 5,25	€ 5,25	€ 5,25	€ 4,71	€ 4,64

Redução essa não alcançada (ainda) pela ARSCentro, apenas porque não havia decorrido tempo suficiente desde a entrada em vigor do Protocolo de Adesão.

Isto é: apesar de o valor de € 5,25, em vigor no âmbito do Protocolo de Adesão celebrado, já se verificar mais vantajoso do que o valor médio anteriormente verificado para aqueles serviços, se prestados internamente [27] pelos serviços da ARSCentro, em virtude da celebração do Protocolo de Adesão, a ARSCentro detinha legítima expectativa de maior poupança resultante daquela celebração.

Por outro lado, foi ainda ignorado que a parcela referente ao custo do IVA – enquanto existente – se traduziria em receita do Estado (com o consequente impacto positivo no erário público) e, se solicitada a sua isenção, processo que poderá ser desencadeado em qualquer momento à semelhança do efectuado pela generalidade dos A.C.E. de serviços partilhados, mesmo no âmbito do sector privado, se tornará inexistente, e nesse caso, constituirá efectiva poupança dos serviços de saúde.

Em acrescento, verifica-se que a redução de FTE, prevista em sede de *Due Dilligencie*, encontrar-se-ia associada, em grande parte, à fase do serviço com disponibilização do Portal do Empregado (o que veio a suceder apenas no decurso do segundo semestre de 2009), pelo que o momento de realização da auditoria seria muito precoce para a extracção de quaisquer conclusões respeitantes a eventuais ganhos de eficiência efectivos, resultantes do Protocolo de Adesão em causa.

O outro factor na base da redução estimada do número de FTE prende-se com a total automatização de processos a montante do processamento de salários,

[27] € 6,53, conforme verificado do n.º 1 da Cláusula Sexta do Protocolo de Adesão.

processos estes a cargo de cada uma das ARSs, assegurando-se, no serviço disponibilizado pelo Somos Pessoas, A.C.E., total inter-operabilidade com qualquer das soluções a adoptar.

Por último, não é igualmente mencionado no Relato de Auditoria em apreço, apesar de disponível quer na informação de *Benchmarking* Internacional, quer em toda a documentação disponibilizada pelo SUCH aos auditores, o conjunto de Benefícios Qualitativos associados a este serviço, entre os quais se destacam a disponibilidade dos indicadores de gestão que permitem um melhor controlo pelos aderentes ao nível dos seus recursos humanos [28].

Assim, verifica-se que, em Serviços Partilhados, em acrescento a este melhor controlo, em regra, associam-se poupanças com muito significado, sendo o contributo médio deste factor, de acordo com o *Benchmarking* Internacional, de 18% no cômputo global das poupanças efectivadas.

A ambiência factual atrás descrita, bem como a evidente mais-valia, pelo menos legitimamente expectável, se dúvidas ainda restassem, afasta por completo qualquer possibilidade de imputação da responsabilidade financeira sancionatória em apreço aos membros do Conselho Directivo da ARSCentro, por falta de um dos seus pressupostos: a *culpa*.

[28] Em particular, como referido no já mencionado Documento n.º 1. e após a introdução do controlo biométrico da assiduidade, por parte da ARSCentro, gerar-se-iam automatismos largamentos vantajosos, decorrentes também da celebração do Protocolo de Adesão ora em apreço.

IV – CONCLUSÃO

As auditorias do Tribunal de Contas são instrumentos fundamentais na constante procura da uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia por parte da ARSCentro.

Efectivamente, a ARSCentro sempre procurou, e procura, pautar a sua actividade de acordo com princípios de legalidade, racionalidade económica, economia, eficácia e eficiência na gestão dos dinheiros públicos.

Por conseguinte, é com acérrima dificuldade que se admite qualquer imputação de responsabilidades financeiras aos membros do Conselho Directivo da ARSCentro.

Os membros do Conselho Directivo da ARSCentro, visados no Relato de Auditoria em apreço, aguardam com expectativa, mas com a tranquilidade própria de quem bem procedeu, o desenrolar do presente processo de auditoria.

Senão, a título de conclusão, vejamos:

O entendimento vertido nos pareceres n.ºs 1/95 e 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, corroborado por diversos pareceres jurídicos – no sentido de considerar que o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da *auto-satisfação das necessidades da Administração*, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública – é determinante, nos termos expostos, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade – *imediatamente* para afastar a *culpa*, em função do efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* -- que aos signatários possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

A isto acresce o facto de se dever considerar que aquele entendimento encontra hoje expresso acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, nos termos expostos pelo SUCH, porquanto se considera ainda actual a apontada subtracção legítima às regras da contratação pública.

Releva igualmente para o afastamento da culpa, a consideração do *indirizzo* político exercido pela Tutela, traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades que integram o SNS, associadas do SUCH, entre as quais a ARSCentro, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, expressamente assumida em variados actos, nos termos *supra* detidamente analisados.

Doutro passo, será manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho Directivo da ARSCentro, subjacente à afirmação de que "era exigível às entidades públicas adjudicantes que, junto da Associação [o SUCH], garantissem o cumprimento por esta dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública". E isto porque inexiste qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre a ARSCentro o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros, nomeadamente aquando da escolha do parceiro privado que integra o Somos Pessoas, A.C.E.. Tal conclusão não é afastada, de modo algum, pela qualidade de associada de que goza a ARSCentro em face do SUCH: a autonomia e individualidade que juridicamente é reconhecida às duas entidades, associada (ARSCentro) e associação (SUCH), postula, nos termos gerais de Direito, que cada uma responda pela sua actuação, por acção ou omissão.

Evidentemente que, sendo entidades juridicamente distintas, com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades, a ARSCentro não pode ser responsabilizada por eventuais incumprimentos das regras de contratação pública por parte do SUCH, nas relações deste último com terceiros.

Por sua vez, a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública.

Termos em que, em face do exposto, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em que ficou demonstrado que não houve qualquer omissão de deveres de diligência, ou outros.

22/06 2010 13:05 FAX 351239796861 ARS CENTRO GAP 025/029

351239796861

Neste contexto, os membros do Conselho Directivo da ARSCentro visados no Relato de Auditoria, aguardam com expectativa, mas com a tranquilidade própria de quem bem procedeu, o desenrolar do presente processo de auditoria.

Lisboa, 22 de Junho de 2010.

Com os melhores cumprimentos,

Os membros do Conselho Directivo
da Administração Regional de Saúde do Centro, I.P.,

João Pedro Travassos de Carvalho Pimentel

Rosa Maria dos Reis Marques Furtado de Oliveira

Mário Rui Fernandes Pinto Ferreira

Joaquim Gomes da Silva

DGTC 22 06'10 11516

VII. Administração Regional de Saúde do Norte, IP

- Contraditório institucional –

Ministério da Saúde

ARS NORTE
Administração Regional
de Saúde do Norte, I.P.

28448 15 JUN 2010

Exmº Senhor
Director-Geral do
Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 LISBOA

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos.

Sua referência	DATA	Nossa referência	DATA
DAVI – Proc. N.º 27/09 - Audit		Procº. 249/10 GJ	

Em cumprimento e em resposta ao solicitado por V/ Exa., através do V/ ofício n.º 8830, de 25 de Maio de 2010 e no âmbito do processo supra identificado, entende esta ARS dever referir o que a seguir se expõe.

Com todo o respeito pelo Tribunal de Contas, no uso dos mecanismos legais que lhe assistem, a Administração Regional de Saúde do Norte, IP., tem vindo a procurar manifestar e defender o entendimento que pautou a sua conduta aquando da celebração dos Acordos com o SUCH, nomeadamente através dos sucessivos recursos que tem interposto aos Acórdãos do Tribunal de Contas e que tem recusado a concessão do visto aos contratos aqui em apreço.
Não obstante o nosso entendimento ser divergente do entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas, obviamente que a partir do momento em que deixe de ser legalmente possível invocar e defender o nosso ponto de vista, esta ARS assume o dever de cumprir e acatar com todas as recomendações que o Tribunal de Contas lhe efectue a este propósito.
Isto é, não obstante existir uma ideia estrutural que opõe o entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas e aquele que pautou a actuação desta ARS Norte para com o SUCH, a partir do momento em que o entendimento do Tribunal de Contas não possa ser mais contestado e transite em julgado, esta ARS acolherá este entendimento, acatando e cumprindo com todas as recomendações apresentadas pelo Tribunal de Contas, designadamente com as que constam do relatório de auditoria aqui em apreço, sem qualquer tipo de reservas.

Quanto ao conteúdo do Relatório, em particular no que concerne às suas conclusões e recomendações, entendemos apenas dever fazer uma breve referência ao facto de, no

que ao "*Somos Pessoas, ACE*" diz respeito, os estudos que fundamentaram a decisão de externalização daquela função, foram validados por esta ARS, tal como também foi reconhecido pelo Tribunal de Contas, devendo-se também referir que a decisão de adesão ao CPCF operado pelo SUCH, se fundamentou em dados e em estudos, também eles validados por esta ARS, nomeadamente através dos seus serviços financeiros, os quais apontavam para a existência de vantagens na existência de uma unidade de serviços partilhados, havendo igualmente a forte convicção de que os custos que lhe estavam associados viessem a diminuir com a adesão de outros associados a essa partilha de serviços.

Por outro lado, conforme também tivemos o ensejo de referir junto do Tribunal de Contas, o recurso aos serviços partilhados configurou-se como um resposta tida por adequada e fundamentada na necessária eficiência acrescida e na introdução de boas práticas internacionais no sector conforme recomendações do Relatório GANEC – Gabinete de Análise Económica da Universidade Nova de Lisboa, contratado pelo Unidade de Missão de Cuidados de Saúde Primários.

Com os melhores cumprimentos,
O Conselho Directivo

Fernando Araujo
Presidente do C. D.

MC/MFM

TRIBUNAL DE CONTAS
DIRECÇÃO - GERAL
DA VI
Registo nº 472
Data 16 / 06 / 2010
Assinatura MFernandes
Visto/Auditor Coordenador

DGTC 16 06'10 11171

A equipa para análise
17/06/2010

VIII. Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE

- Contraditório institucional e pessoal –

(Os responsáveis apresentaram alegações em conjunto)

Sua Excelência
Senhor Conselheiro da Área
Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes

CC. Exmo. Auditor Coordenador
Abílio de Matos

Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos. Alegações do membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Central, E.P.E.

Exmo. Senhor Conselheiro da Área Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes,

Teresa Maria da Silva Sustelo, com o Bilhete de Identidade Nº 7134834, de 02/03/2000, do Arquivo de Identificação de Lisboa, Presidente, **Eduardo José Gomes da Silva**, com o Bilhete de Identidade Nº 2518112, de 29/04/1999, do Arquivo de Identificação de Lisboa, Vogal Executivo/Director Clínico, **Ana Isabel Higino Figueiredo Gonçalves**, com o Bilhete de Identidade Nº 4586202, de 22/03/2006, do Arquivo de Identificação de Lisboa, Vogal Executiva, **Joaquim Daniel Lopes Ferro**, com o Bilhete de Identidade Nº 5529010, de 22/03/2000, do Arquivo de Identificação de Lisboa, Vogal Executivo, **Laura Maria Figueiredo de Sousa Dâmaso da Silveira**, com o Bilhete de Identidade Nº 6001462, de 07/03/2001, do Arquivo de Identificação de Lisboa, Vogal Executiva, **Manuel Veloso de Brito**, com o Bilhete de Identidade Nº 536543, de 20/03/2008, do Arquivo de Identificação de Lisboa, Vogal Executivo, Ana **Maria da Mota Soares**, com o Bilhete de Identidade Nº 4849961, de 18/06/2002, do Arquivo de Identificação de Lisboa, Vogal Executiva/Enfermeira Directora, todos membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Central, E.P.E. (de ora em diante, apenas "CHLC"), nos exercícios de 2007 e 2009, tendo sido

notificados para se pronunciarem, querendo, em sede de audiência prévia dos interessados, relativamente ao Relato da Auditoria do Tribunal de Contas "orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009" (Processo n.º 27/09 – Relato, I – Sumário, p. 5), vêm por este meio apresentar a respectiva pronúncia nos termos e com os fundamentos seguintes:

I – INTRODUÇÃO

Nos parágrafos que se seguem procurar-se-á fazer o contraditório à infracção financeira alegadamente cometida pelos signatários, indicada no Relato da Auditoria acima melhor identificado, e sumariada no Quadro XII do seu "Anexo I – Eventuais infracções financeiras". Antes de se detalhar a presente resposta, porém, impõe-se tecer alguns comentários iniciais.

Desde já cumpre salientar que os signatários registam, com muito agrado, a presença do Tribunal de Contas nas suas instalações para a realização da presente auditoria. Para o CHLC, como para qualquer outra entidade, as auditorias do Tribunal de Contas são fundamentais na constante procura da uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia.

As contribuições resultantes das questões e sugestões colocadas pelos auditores durante a auditoria, e nos relatos dela resultante, são cruciais para que se possam ajustar linhas de orientação e corrigir os procedimentos que suportam a actividade das várias entidades auditadas.

Neste contexto, o CHLC deixa desde já aqui expresso o seu agradecimento à equipa auditora do Tribunal de Contas pelo trabalho realizado, quer nas suas instalações, quer nas instalações do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (de ora em diante, apenas "SUCH" ou "Associação"), em virtude de esta Associação ser, em alguma medida, ainda que de forma instrumental, uma *longa manus* da actividade desenvolvida por esta instituição hospitalar na satisfação das actividades colectivas no sector da Saúde.

Porém, os signatários não se conformam, pelos motivos adiante expendidos, com as conclusões do Relato de Auditoria em apreço, considerando, salvo o devido respeito, que o douto Tribunal de Contas incorreu numa errónea aplicação do direito aos factos, não procedendo, por conseguinte, a infracção financeira apontada.

II – ENQUADRAMENTO FACTUAL

Em face da infracção financeira sumariada no Quadro XII do "Anexo I – Eventuais infracções financeiras" do Relato de Auditoria, alegadamente cometida pelos signatários, releva ter presente o seguinte quadro jurídico-factual:

a) O "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Compras e Logística" (de ora em diante, apenas "Protocolo de Adesão"), assinado em 7 de Outubro de 2008 [1], veio estabelecer os termos e condições das relações contratuais futuras de aquisições de bens e serviços [2] entre o SUCH/Somos Compras A.C.E. e o CHLC [3];

b) O SUCH, através do Somos Compras, A.C.E. [4], "unidade operativa autónoma de serviços partilhados de centralização, optimização e racionalização da aquisição de bens e serviços e de disponibilização de Compras e Logística" [5], comprometeu-se a "efectuar e fornecer aos respectivos Aderentes, entre os quais o CHLC", nos "prazos, qualidades e quantidades" definidos no Protocolo de Adesão [6];

c) O n.º 2 da Cláusula Quinta [7] prevê, *correlativamente* [ao dever de fornecimento por parte do Somos Compras, A.C.E.], a *obrigatoriedade* de o CHLC adquirir os bens e serviços acordados "em exclusividade (…) obrigando-se (…) a não solicitar a qualquer outra pessoa ou entidade a execução das tarefas ou fornecimentos dos mesmos Serviços incluídos, excepção feita à aquisição de bens e serviços que, por imposição legal, a C.C.L. [o Somos Compras, A.C.E.] não possa prestar e àqueles que contratualmente o CHLC tenha reservado para si ou excepcionado do âmbito do presente Protocolo";

---

[1] Data em que entrou em vigor (cf. n.º 1 da Cláusula Sétima do Protocolo de Adesão). Este Protocolo de Adesão teve como "antecedente histórico" imediato o contrato de constituição do COMPARSIS, A.C.E., celebrado a 16 de Abril de 2007.

[2] O âmbito do fornecimento (inicial) está fixado no Anexo 0 ao Protocolo de Adesão (cfr. n.º 1 da Cláusula Décima-Quinta) – encontrando-se limitado, *grosso modo*, a material de consumo clínico.

[3] Cfr. Cláusula Segunda do Protocolo de Adesão.

[4] Cfr. Cláusula Terceira, n.ºs 2 e 3 do Protocolo de Adesão.

[5] Cfr. Considerando "E)" e Cláusula Terceira, n.º 1 do Protocolo de Adesão.

[6] Cfr. Considerando "G)" e Cláusula Nona do Protocolo de Adesão.

[7] No mesmo sentido, relativamente ao "Plano Inicial de Aquisições" (Anexo 0 ao Protocolo de Adesão); cfr. n.º 2 da Cláusula Décima-Quinta.

d) Em suma, o respeito pelas obrigações sinalagmáticas firmadas, *de boa fé*, entre o CHLC e o Somos Compras, A.C.E., em cada momento (em especial, nos anos de 2008 e 2009) pressupôs, pois, o cumprimento daquelas obrigações por ambas as partes, e, em especial, no que ao CHLC concerne, o dever de não abrir quaisquer procedimentos aquisitivos para as categorias de bens e serviços para os quais o Somos Compras A.C.E. estivesse incumbido de centralizar as aquisições;

e) Donde, quando o Somos Compras A.C.E. não estivesse em condições de efectuar os fornecimentos de bens e serviços solicitados pelo CHLC, e desde que essa impossibilidade (objectiva e temporária) não lhe fosse imputável, o Protocolo de Adesão previa a possibilidade de o CHLC "(..:) tomar as providências necessárias a garantir, pelos seus próprios meios, o fornecimento dos bens e serviços necessários à prossecução da sua actividade, sem prejuízo da obrigação de indemnizar o SUCH pelos prejuízos causados à C.C.L. (…) quando esta seja imputável ao CHLC" [8];

f) Para efeitos do Código dos Contratos Públicos, e nos termos do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – diploma este publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão* referido em a) *supra* – , o Somos Compras, A.C.E., foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade, a qual viria a ser confirmada, designadamente, por Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto, que instituiu o Sistema Comum de Compras.

[8] Cfr. n.º 4 da Cláusula Trigésima.

III – DA ALEGADA INFRACÇÃO FINANCEIRA

III. 1 – Considerações gerais

O CHLC no contexto do Sector Empresarial do Estado

Tendo presente o âmbito material do Relato de Auditoria que agora se contesta, importa, sinteticamente, proceder ao enquadramento jurídico do CHLC no contexto do Sector Empresarial do Estado, no qual aquele se integra, com especial relevo no que concerne ao regime de contratação pública que deste específico contexto emerge.

Como é sabido, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril, consagrava uma noção de empresa pública restrita às entidades dotadas de personalidade colectiva de direito público [9]. Foi apenas mais tarde que se equacionou, em grande medida por impulso do Direito Comunitário da Concorrência, uma mudança de paradigma neste domínio, visível, por exemplo, na possibilidade de certas sociedades comerciais detidas pelo Estado poderem ser consideradas como integrando uma noção ampla de empresa pública.

Este fenómeno ficou igualmente a dever-se à evolução dos quadros dogmáticos do Direito Público: as tradicionais estruturas não permitiam a celeridade e eficiência que as "novas" estruturas empresariais permitiriam alcançar, sem as quais a (cada vez mais) "Administração prestadora" ficaria tolhida de meios para responder cabalmente às crescentes necessidades que vinha sendo chamada a suprir.

Neste linha, o Decreto-Lei n.º 260/76 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro [10], que aprovou o Regime do Sector Empresarial do Estado (de ora em diante, apenas "RSEE"), estabelecendo um novo quadro legal sobre a matéria, consagrando uma noção diferente, mais *ampla* e de cariz *funcional*, de empresa pública, que passou a abranger igualmente pessoas colectivas privadas submetidas a

[9] Artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril. Sobre este ponto, por todos, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração*, 2007, pp. 40 e ss, e SOFIA TOMÉ D´ALTE, *A nova configuração do Sector Empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, 2007, pp. 259 e ss.

[10] Na redacção que lhe foi dada, por último, pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009.

influência dominante do Estado [11], tendo igualmente sido criada uma outra categoria de empresa pública, denominadas por "entidades públicas empresariais" (de ora em diante, apenas E:P.E.), sucessoras [12] das empresas públicas regidas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, atrás referidas [13].

O CHLC que integra, por fusão, o Centro Hospitalar de Lisboa (Zona Central), com o Hospital de D. Estefânia e o Hospital de Santa Marta, E. P. E., foi criado pelo Decreto-Lei n.º 50-A/2007, de 28 de Fevereiro. O mesmo diploma legislativo aprovou também os respectivos Estatutos, constantes do Anexo II ao Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, com as especificidades estatutárias que constam do Anexo único ao Decreto-Lei n.º 50-A/2007 [14]. Nos termos dos artigos1.º, .º 1 do Decreto-Lei n.º 50-A/2007, 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, e 23.º, n.º 1, do RSEE, o CHLC é uma pessoa colectiva pública de natureza empresarial – ou seja, uma E.P.E.. Donde, comunga de diversos traços de regime de Direito Público, encontrando-se sujeito a tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, à qual há que acrescentar o conjunto de regras constante do Capítulo I do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar (de ora em diante, apenas "RJGH"), aprovado pela Lei n.º 27/2002, de Novembro [15]. No entanto, a sua actividade é maioritariamente regida pelo

[11] Artigos 2.º e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[12] Essa continuidade encontra-se plasmada, *maxime*, no artigo 23.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[13] Na verdade, no que toca ao sector da Saúde, a criação de empresas públicas para prestação de cuidados aos cidadãos surge, do ponto de vista da fundamentação, como especialmente facilitada: já MENEZES CORDEIRO identificava *"um elenco de tipos de empresas vocacionadas para especiais ligações ao Estado"*, incluindo entre elas os *"Serviços de assistência à vida"*, correspondentes a *"unidades necessárias para a manutenção da sociedade e dos elementos que a compõem, num plano de mera conservação"*, sendo o caso, precisamente, da saúde, entre outros; cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia* (policopiado), Lisboa: A.A.F.D.L., 1984, pp. 240-243.
Numa perspectiva temporal ainda mais alargada, cumpre referir uma ideia ultimamente expressa pela Doutrina com alguma insistência, mas que faz sentido reforçar: a "privatização" operada, sob diversas formas, não é fenómeno original – cfr. neste sentido, com vários exemplos, PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, in AA / VV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, 2001, pp. 31 e ss. (31-36); e RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2005 – e também assim no âmbito da Saúde. Cabe salientar, contudo, que de entre as várias acepções de privatização existentes, apenas pode falar-se, no que toca à transformação de hospitais-institutos públicos em hospitais-empresas públicas, em privatização formal, que não em privatização material, que não seria de admitir no actual quadro constitucional – cfr. PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas*..., ob. cit., p. 40, nota 34.
Assim, e com apoio explícito da Base XXXVI n.º 3 da Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro foram criados, por Decretos-Lei de 2002, os chamados "Hospitais S.A.", sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (S.A.C.E.P.). Estes hospitais passaram a ser "empresas públicas" de acordo com o sistema criado pelo Decreto-Lei n.º 558/99. Os Hospitais S.A. tiveram, contudo, curta duração, e desaparecem enquanto ainda eram discutidos diversos aspectos do seu regime jurídico, com ênfase para o regime das aquisições de bens e serviços a que estavam sujeitos. Com efeito, os "Hospitais S.A." foram transformados em entidades públicas empresariais pelo Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho. Desta forma, os Hospitais anteriormente "SA" assumem agora, com esse Decreto-Lei e com a publicação do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, a natureza de E.P.E..

[14] Cfr. Artigo 1.º, n.º 2, do 50-A/2007, de 28 de Fevereiro.

[15] Regras cuja compatibilização com a natureza e regime jurídico das EPE nem sempre se afigura fácil; veja-se sobretudo o artigo 6.º do RJGH.

Direito Privado (cfr. artigo 7.º do RSEE, também aplicável às EPE como disposição geral que é).

Nesse sentido, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005[16], que veio regular expressamente a matéria das aquisições de bens e serviços (e também das empreitadas, apesar do que afirma a epígrafe do normativo) dos Hospitais E.P.E., dispunha como segue:

> *"1. A aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos Hospitais E.P.E. regem-se pelas normas do direito privado, sem prejuízo da aplicação do regime de direito comunitário relativo à contratação pública.*
> *2. Devem os regulamentos internos dos Hospitais E.P.E. garantir o disposto no número anterior, bem como, em qualquer caso, o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão, designadamente a fundamentação das decisões tomadas".*

Da norma em questão resultava que nos contratos cuja despesa estimada se cifrasse *abaixo do limiar* comunitário aplicável à aquisição de bens e serviços [17] (e empreitadas), que é o pressuposto de aplicação das Directivas comunitárias sobre contratação pública e, para estas entidades, do Código dos Contratos Públicos [18] (de ora em diante, apenas "CCP"; cfr. alínea b), do n.º 3, do artigo 5.º), o CHLC não se encontrava sujeito a procedimentos pré-contratuais especificados por lei [19]. Assim, o

---

[16] Diploma revogado pelo artigo 14.º, n.º 1, alínea o), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

[17] Os limiares comunitários em apreço (para a aquisição de bens e serviços) são os estabelecidos na Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alterada pela Directiva n.º 205/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificada pela Directiva n.º 205/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro (€ 249.000,00), posteriormente alterados pelos Regulamentos (CE) n.º 1874/2004, da Comissão, de 28 de Outubro de 2004 (€ 236.000,00), n.º 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 (€ 211.000,00), n.º 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007 (€ 206 000,00), e, por último, pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009, da Comissão, de 30 de Novembro de 2009, actualmente em vigor (€ 193.000,00). Conforme previsto no artigo 69.º da Directiva n.º 2004/18/CE, os limiares comunitários são revistos de 2 e 2 anos, podendo ainda ocorrer revisões extraordinárias. De igual modo, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o Governo compromete-se a publicitar os valores actualizados dos limiares comunitários mediante portaria.

[18] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e já alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 233/2009, de 11 de Setembro (que alterou o Diploma Preambular), e 278/2009, de 2 de Outubro, e, por último, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril.

[19] Isto, aliás, é bem diferente de estar sujeito às "normas do direito privado", na expressão insuficiente e errónea do n.º 1, do artigo 13.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005. Na verdade, o CHLC, mesmo nestas contratações, encontrava-se sujeito aos *"princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão"*, e mesmo à *"fundamentação das decisões tomadas"* (fundamentação do ponto de vista da racionalidade e objectividade, entenda-se): é isto que resulta, desde logo, do artigo 13.º, n.º 2 do diploma legal. Sendo certo que a referência aos princípios gerais a que a lei recorre, já foi apodada de referência vazia, destinada apenas a salvaguardar as aparências – cfr. nesse sentido, SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho, in CIVITAS Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 75, Julio-Septiembre 1992, pp. 399-412 (411, nota 33) – , a verdade é que tal referência constituiu, durante a vigência daquele normativo, o "último reduto" de controlo jurídico-público da actividade de contratação de todos os Hospitais E.P.E., quando não exista aplicação do regime das Directivas comunitárias; pelo que é incorrecto e simplista falar numa pura e

CHLC decidiria, em cada caso, respeitando as exigências de economia, eficiência e eficácia, que correspondem à boa utilização dos fundos públicos, qual a forma de contratar: se solicitava a todo o mercado a apresentação de propostas estáveis (aproximando-se do modelo concursal); se escolheria primeiro alguns fornecedores que julgue adequados solicitando apenas a esses as propostas (aproximando-se do modelo concursal com pré-qualificação); se adoptava modalidades de procedimento com negociação das propostas com os concorrentes; ou se optava por contratar directamente com o fornecedor ou prestador que considere mais adequado; e todas as combinações concebíveis destas várias modalidades. Nesta matéria, ao contrário do que sucede no âmbito da actual natureza jurídica de instituto público, a regra é a da autonomia e liberdade por parte do CHLC. Esta autonomia não é total, na medida em que há ainda vinculações a observar, como se viu; mas apenas é necessário que se possa emitir sobre a parte do Regulamento Interno do CHLC relativa a esta matéria e sobre a forma de contratação escolhida em cada caso concreto um juízo de conformidade com os princípios jurídico-públicos referidos. Tal juízo de conformidade não se verificaria, designadamente, se o CHLC procedesse a discriminações injustificadas entre fornecedores, ou se agisse baseado apenas em preferências pessoais, não sustentadas em critérios de racionalidade económica, o que não sucede.

Pelo contrário, quando o montante da despesa prevista fosse igual ou superior ao *limiar comunitário* em concreto aplicável, o CHLC adoptaria o procedimento pré-contratual (concursal) legalmente previsto para o efeito.

O CCP veio confirmar este entendimento, tornando efectiva uma *lógica de continuidade* com o regime de contratação pública desenhado no artigo 13.º acima transcrito, ao eximir os Hospitais E.P.E. do cumprimento da sua Parte II ("Contratação Pública") em todas as aquisições de bens, serviços e empreitadas, cujos montantes sejam inferiores ao previsto na alínea b), artigo 7.º, da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (cfr. artigo 5.º, n.º 3, do CCP) [20]. Correlativamente, a confirmar aquela asserção inicial, essa *lógica de continuidade* pode também ser encontrada no n.º 6, do mesmo artigo 5.º, do CCP – que tem como "paralelo histórico" imediato, no que àquele tipo de contratação pública realizada pelos

simples aplicação do direito privado. Actualmente, a situação não é substancialmente diferente (*vide* o disposto nos n.ºs 3 e 6, do artigo 5.º do CCP).

[20] Sem prejuízo, de novo, do dever de observância dos princípios gerais do direito adjudicatório (*maxime*, a igualdade, a transparência e a concorrência) e dos demais princípios gerais da actividade administrativa, assim como das normas que concretizem preceitos constitucionais previstas no Código do Procedimento Administrativo (artigos 1.º, n.º 4 e 5.º, n.º 6, ambos do CCP).

Hospitais E.P.E. diz respeito, o já referido artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 233/2005.

O CHLC no contexto das relações com o SUCH e com agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos – e a contratação por estes efectuada a terceiros

Incidentalmente, mas com relevância para o que se vai deixar exposto em seguida (cfr. ponto III. 2 *infra*), importa atender, ainda que de modo perfunctório, por um lado, ao enquadramento do CHLC no contexto das relações contratuais mantidas com o SUCH e com os demais Associados, e, por outro lado, à contratação efectuada pelo SUCH com terceiras entidades, para a satisfação das suas necessidades próprias.

Como é sabido, o SUCH passou por três distintas: I) desde a sua criação, pelo Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Janeiro de 1965, até ao Decreto-Lei n.º 70/75, de 19 de Fevereiro, em que assumiu a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa; II) desde o Decreto-Lei n.º 70/75 até ao Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Janeiro, em que assumiu a natureza de instituto público; e III) a partir deste Decreto-Lei n.º 12/93, em que retomou a estrutura associativa e a natureza originária de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

Os seus actuais Estatutos foram publicados na II série do *Diário da República*, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, desses Estatutos, o SUCH tem por objecto *tomar a seu cargo iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados*, podendo ainda, desde a última revisão dos seus Estatutos, operada em 2006, constituir unidades de serviços partilhados.

A natureza da contratação entre os SUCH e os seus Associados, quando estes assumem a natureza de pessoas colectivas de direito público, *maxime* os hospitais do Serviço Nacional de Saúde, foi sempre muito controvertida, tendo ficado firmada em diversos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, dos quais se destacam os seguintes: os pareceres n.os 1/95 [21] e n.º 145/2001 [22].

[21] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 1 de Julho de 1995.

O último dos mencionados pareceres da Procuradoria-Geral da República, partindo de uma análise fundamentada do substrato, do objecto e fins estatutários do SUCH, concluía que "[o] objectivo subjacente à criação do serviço situa-se, pois, e mantém-se, no campo da cooperação, isto é, na colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos Associados. Dito de outro modo, numa perspectiva materialmente cooperativa. / Na verdade, são elementos materialmente cooperativos a cooperação e entreajuda dos membros Associados, visando a satisfação, sem fins lucrativos, de necessidades, v.g. económicas destes, mesmo que, a título complementar, possam ser realizadas operações com terceiros (…). Todos estes elementos materiais confluem no âmbito estatutário de definição das finalidades do SUCH: a pessoa colectiva não tem por objectivo primordial prestar serviço em regime de mercado ou segundo as regras gerais do comércio jurídico, mas apenas prestar serviços aos Associados, procurando obter reais vantagens para estes, teleologicamente sem objectivo de lucro, perto, pois, do princípio mutualista de cooperação e entreajuda".

Por outras palavras: o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da *auto-satisfação das necessidades da Administração*, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública.

Seria aliás contraditório que o legislador permitisse que os hospitais criassem serviços de utilização comum, para possibilitar uma melhor repartição de custos, que por vezes são avultados, a optimização dos recursos, e "*um funcionamento mais ágil*" dos Associados, e viesse, por outro lado, sujeitar a qualquer procedimento de formação de contratos públicos legalmente tipificado, a utilização de tais serviços.

Por outras palavras: se o serviço se integra no escopo estatutário do SUCH, *já existirá um contrato entre o CHLC e o SUCH, o contrato de associação, e a prestação será realizada como execução desse contrato* (de associação).

É isto que explica que no âmbito das finalidades estatutárias do SUCH (cfr. artigo 2.º dos Estatutos), os seus Associados possam com este contratar directamente, sem sujeição aos procedimentos pré-contratuais juridico-públicos legalmente tipificados.

[22] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2003.

Fora daquele domínio, a actividade do SUCH encontra-se tolhida pelos fins que nos termos do seu Estatuto tem de prosseguir, sem que, todavia, seja por completo posta de parte: nos termos do n.º 2, do artigo 2.º, dos seus Estatutos, o SUCH "(...) pode ainda [complementarmente], no regime da concorrência e do mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus Associados"; aqui o SUCH já actuará, *grosso modo*, como uma qualquer entidade privada ("no regime da concorrência e do mercado") – ainda que limitado pelo seu *escopo tendencialmente não lucrativo* –, porquanto, *neste caso*, a contratação promovida por aqueles Associados terá de observar todas as disposições legais referentes à formação de contratos públicos.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da situação em que o SUCH, para a prossecução das suas atribuições, necessite de contratar com terceiros (isto é, para satisfação das suas próprias necessidades de funcionamento e organização): por se dever considerar o SUCH um *organismo de direito público* [23] – qualificação que apenas deixamos enunciada – , tal actividade já se situará num plano totalmente distinto do da

[23] Sobre o conceito de *organismo de direito público* a Doutrina é vasta. Veja-se, por exemplo, SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo*, Madrid: La Ley, 2004, pp. 531 e ss., COUTINHO DE ABREU, *Privatização de empresas públicas e empresarialização pública*, *in* Miscelâneas, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 59 e ss. (67 e ss.); MERCEDES FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *in* Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, n.º 279, Enero-Abril 1999, pp. 25-34; PABLO OLIVERA MASSÓ, *La Problemática sobre la Delimitacion del Ámbito Subjetivo de las Normas Internacionales sobre Contratacion Publica: La Administracion Instrumental en las Directivas de la Comunidad Europea y el Acuerdo de Contratacion Publica de la Organizacion Mundial del Comercio*, *in* Revista de Administración Pública, n.º 145, Enero-Abril 1998, pp. 445-474.
O conceito de *organismo de direito público*, cuja interpretação já foi feita numerosas vezes pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pode ser apreendido através das seguintes notas:

a) *"Interpretação lata do conceito de organismo público (cfr. Acórdão do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003);*
b) *O conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial surge como conceito autónomo de direito comunitário e como tal deve ser interpretado (Acórdãos do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003, de 16 de Outubro de 2003);*
c) *Para apreciar se as actividades exercidas pela entidade são de interesse geral atende-se à actividade que efectivamente exerçam;*
d) *"constituem necessidades de interesse geral que não têm carácter comercial ou industrial aquelas necessidades que, por um lado, não se satisfazem mediante oferta de bens ou serviços no mercado e que, por outro lado, por razões de interesse geral, o Estado decide satisfazer por si próprio ou a respeito das quais quer conservar uma influência determinante" (Acórdão do TJCE, de 16 de Outubro de 2003);*
e) *O conceito em apreço não exclui actividades que possam ser prestadas por entidades privadas; a inexistência de concorrência não é requisito necessário para definir um organismo de direito público – mas com ressalvas: 1) a existência de concorrência é indício de a necessidade ter carácter comercial; 2) as necessidades não comerciais, regra geral, não se satisfazem mediante oferta de bens e serviços no mercado;*
f) *O conceito deve ser aferido tendo em conta todos os elementos de facto e de direito: 1) circunstâncias que presidiram à criação da empresa; 2) condições em que exerce a sua actividade, incluindo, particularmente, a falta de concorrência no mercado, e a falta de ânimo de lucro como objectivo principal, 3) não assunção dos riscos da actividade; 4) eventual financiamento público (Acórdãos TJCE, de 16 de Outubro de 2003 e de 22 de Maio de 2003);*
g) *O organismo de direito público não deixa de o ser ainda que possa exercer, juntamente com as funções de interesse geral que não tenham carácter comercial, actividades comerciais em regime de livre concorrência, e ainda que a sua actividade principal consista em satisfazer necessidades de carácter comercial (Acórdão do TJCE, de 15 de Janeiro de 1998);*
h) *Os organismos de direito público, assim delimitados, devem sujeitar às correspondentes directivas de contratação todos os seus contratos, mesmo aqueles que não tenham directamente que ver com a sua actividade na satisfação de necessidades de interesse geral".*

satisfação das necessidades dos seus Associados, não comungando, aí, daquele substrato cooperativo (de cooperação material e entreajuda) que anima a actividade principal do SUCH. Neste sentido depõe, designadamente, o Parecer n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Chegados a este ponto, importa sublinhar a relevância que tais pareceres da Procuradoria-Geral da República assumem em concreto, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade – *imediatamente* para afastar a *culpa*, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* – que aos membros do Conselho de Administração do CHLC, ora signatários, possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

Na verdade, não se pode ignorar o facto de, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 60/98, de 28 de Agosto (Estatuto do Ministério Público), "[q]uando homologados pelas entidades que os tenham solicitado, ou a cujo sector respeite o assunto apreciado, os pareceres do Conselho Consultivo sobre disposições de ordem genérica são publicados na II Série do Diário da República para valerem como *interpretação oficial, perante os respectivos serviços, das matérias que se destinam a esclarecer*" (itálico nosso).

Com efeito, *o CHLC conformou-se com tal orientação, a qual, note-se, foi por diversas vezes corroborada por vários pareceres jurídicos, como expressamente reconhece o Tribunal de Contas* (cfr. parte final do primeiro § da página 10 do Relato de Auditoria).

A isto não obsta, de forma alguma, o facto de o entendimento vertido naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República não ser vinculativo para o CHLC, por este ser parte integrante da Administração indirecta do Estado – ao passo que a vinculatividade daqueles pareceres, em rigor, apenas se deve considerar restrita aos órgãos e serviços da Administração directa do Estado. Todavia, e porque, como vimos, o regime jurídico dos Hospitais E.P.E. comunga de diversos traços de regime de Direito Público – dos quais se destaca a sujeição à tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, sem esquecer a genérica adstrição aos princípios gerais da actividade administrativa – , não será difícil reconhecer, no mínimo, *o efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, mesmo*

perante entidades que, como o CHLC, são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.

Regressando ao excurso inicial, sempre se dirá que, sem prejuízo de pontuais orientações diversas, e não obstante no Anexo III – "Subsunção das relações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação in house" do Relato de Auditoria, assim como na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal de Contas tenha contestado este entendimento, a verdade é que sempre foi genericamente aceite que a doutrina vertida naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República encontra, desde a entrada em vigor do CCP, acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Código, normativo que consagra expressamente no direito interno positivo a figura da relação *in house* [24].

Não caberá aqui proceder ao contraditório do entendimento sufragado pelo douto Tribunal de Contas – por directamente não relevar para efeitos de demonstração da impossibilidade de imputação de qualquer responsabilidade financeira sancionatória aos signatários – , aderindo, nesta parte, e salvo quando tal não se conforme com a defesa aqui realizada, à argumentação expendida pelo SUCH sobre esta questão, designadamente para efeitos de afastamento da *ilicitude* da conduta imputada a título de infracção financeira potencialmente geradora de responsabilidade financeira sancionatória.

O que se deixou exposto bastará, e adiante será retomado (cfr. pontos III. 2 *infra*), para afastar qualquer possibilidade de imputação da alegada infracção financeira aos membros do Conselho de Administração do CHLC, por demonstrar, em termos apodícticos, a inexistência de *culpa*, a qualquer título, na actuação desenvolvida, pressuposto de que depende, designadamente, o funcionamento da responsabilidade financeira sancionatória.

Contudo, não apenas por estes motivos – que por si só se revelam sobejamente suficientes para o presente efeito – se apresenta, em concreto, insusceptível de efectivação, a título de responsabilidade financeira sancionatória, a alegada infracção financeira cometida pelos signatários, como se procurará demonstrar em seguida.

[24] Sobre a questão a doutrina é vasta. Em Portugal, por todos, BERNARDO AZEVEDO, *Contratação in house: Entre a liberdade de autoorganização administrativa e a liberdade de mercado*, in *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, e, recentemente, DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, A adjudicação in-house em particular*, Colecção PLMJ, Wolters Kluwer, Coimbra, 2010.

Da inexistência de norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória

Finalmente, uma última consideração de âmbito geral e complementar importa aduzir, tendo que ver com a inexistência de qualquer norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória a titulares dos órgãos e agentes das entidades públicas que integram o Sector Empresarial do Estado, como o CHLC.

Com efeito, a alegada infracção financeira imputada aos membros do Conselho de Administração do CHLC (exercício de 2008), ora signatários, é insusceptível de ser aplicada.

Assim é, por não se encontrar preenchido um dos elementos objectivos – a existência de uma "despesa pública" – constante da norma sancionatória considerada violada: o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, de ora em diante, apenas "LOPTC") [25].

Não olvidando que o fio condutor da competência do Tribunal de Contas, enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas, nos

---

[25] Os fundamentos para a aplicação de multas pelo Tribunal de Contas são *todos e apenas* os previstos no n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, o qual dispõe como se segue:
"Artigo 65.º
Responsabilidades financeiras sancionatórias
1 — O Tribunal de Contas pode aplicar multas *nos casos seguintes*:
a) Pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas;
b) Pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da *assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos*;
c) Pela falta de efectivação ou retenção indevida dos descontos legalmente obrigatórios a efectuar ao pessoal;
d) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património;
e) Pelos adiantamentos por conta de pagamentos nos casos não expressamente previstos na lei;
f) Pela utilização de empréstimos públicos em finalidade diversa da legalmente prevista, bem como pela ultrapassagem dos limites legais da capacidade de endividamento;
g) Pela utilização indevida de fundos movimentados por operações de tesouraria para financiar despesas públicas.
h) Pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos;
i) Pela utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista;
j) Pelo não acatamento reiterado e injustificado das injunções e das recomendações do Tribunal;
l) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à admissão de pessoal.
(…)" (itálicos nossos).
Adicionalmente, cumpre ainda esclarecer que os "compromissos" referidos na alínea b), *in fine*, do artigo acima transcrito, só poderão ser *compromissos derivados de despesas públicas* e não outros.

termos em que o legislador constituinte o definiu, evolui para além da "equação *dinheiros públicos = entidades públicas*" [26], encontrando-se, hoje, em íntima relação com um conceito amplo de *despesa pública*, definida esta como "o gasto ou o dispêndio de bens por parte dos entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazer necessidades públicas" [27], somos de parecer que tal definição não caracteriza, em termos rigorosos, a realidade sobre a qual versa, por abranger um leque amplíssimo de situações que nem sempre são homogéneas, como pretendido. E isto porque, em rigor, uma despesa, *ainda que realizada com dinheiros públicos*, para poder obter o qualificativo de "despesa pública", *precisa de ter sido realizada de acordo com as regras aplicáveis ao processamento das despesas públicas, o que não sucede no que concerne aos Hospitais E.P.E.*.

É isto que explica, designadamente, que o referido artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, *apenas* determinasse a aplicação do "regime de direito comunitário relativo à *contratação* pública" (itálico nosso). O bloco de normas relativas à *realização das despesas públicas* [28] *não é aplicável aos Hospitais E.P.E., porquanto, as despesas realizadas por estas entidades não devem, em rigor, serem qualificadas como despesas públicas.*

Em consequência, sendo tal qualificação – de *despesa pública* – imprescindível para efeitos de aplicação, em sede de efectivação de responsabilidades financeiras sancionatórias, da alínea b), do n.º 1, do artigo 65.º, da LOPTC, não se poderá, em concreto, considerar violada aquela norma [29], contrariamente ao considerado no Relato de Auditoria que agora se contesta.

Equacionando, sem conceder, que o douto Tribunal de Contas (re)considere existir norma habilitante para efeitos de imputação da alegada infracção financeira, seguidamente será demonstrado, individualizadamente, os motivos pelos quais a mesma não pode, em concreto, ser aplicada, por falta dos pressupostos de que depende a efectivação da responsabilidade financeira sancionatória.

---

[26] VITAL MOREIRA, *O Tribunal de Contas e a reforma da administração pública, in Comemorações dos 150 anos do Tribunal de Contas*, p. 49.

[27] SOUSA FRANCO, *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I., 4.ª Ed. (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, p. 297.

[28] Cfr. os artigos 16.º a 22.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, normativos cuja vigência foi expressamente ressalvada pelo Diploma Preambular que aprovou o CCP (cfr. artigo 14.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro).

[29] Ou qualquer outra das alíneas do artigo 65.º, n.º 1, da LOPTC.

III. 2 – A propósito da não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística pelo CHLC – ponto 8.1.1 e Quadro XII do Anexo I do Relato de Auditoria

O Relato de Auditoria do Tribunal de Contas que agora se contesta considera como facto susceptível de integrar infracções financeiras a "não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística" pelo CHLC.

Desde já se diga que o facto assinalado não pode sustentar qualquer efectivação de responsabilidade financeira, designadamente na modalidade de responsabilidade sancionatória (artigos 65.º e ss. da LOPTC), na medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da *ilicitude*, da *culpa* e da existência de uma *norma (sancionatória) habilitante* para o efeito.

Quanto a este último pressuposto, para além de recordar o que acima concluímos (cfr. ponto III. 1 *supra*) – a saber, as despesas realizadas pelos Hospitais E.:P.E. não devem serem qualificadas como despesas públicas, pois não são realizadas de acordo com o conjunto de normas que regulam o respectivo processamento – cumpre salientar que, como o Tribunal de Contas reconhece, *"nenhum dos Centros Hospitalares aderentes a estes serviços efectuou qualquer pagamento ao abrigo dos contratos de adesão identificados"* (cfr. ponto 8.1.1. do Relato de Auditoria, p. 63), *situação que, no que ao CHLC se refere, mantém-se até à data,* e não será alterada, como lucidamente o douto Tribunal reconhece no penúltimo § e na parte final do último § da p. 82 do Relato de Auditoria [30].

Assim sendo, a adesão do CHLC à referida Central de Compras e Logística não gerou qualquer despesa com dinheiros públicos – nem *despesa pública*, no sentido acima propugnado – , o que corrobora a inaplicabilidade no caso vertente da norma sancionatória considerada violada (o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC).

[30] Aí se afirma peremptoriamente o seguinte: *"Compreende-se assim a recusa dos três Centros Hospitalares em aceitar a facturação emitida pelo ACE".*

Relativamente ao pressuposto da *ilicitude*, afigura-se conveniente distinguir duas situações, que, em rigor, estão umbilicalmente interligadas, pelo que devem merecer, porém, quando possível, um tratamento unitário:

(i) *A eventual responsabilidade pela não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística, em consequência da participação do CHLC no Somos Compras, A.C.E.* – parecendo ser este o facto considerado pelo Tribunal de Contas como sendo susceptível de integrar uma eventual infracção financeira;

(ii) *A eventual responsabilidade financeira pela inobservância pelo Somos Compras, A:C.E. das regras de contratação pública.*

Quanto à primeira situação (cfr. (i) *supra*), consideramos ter inexistido qualquer ilegalidade aquando da celebração do referido Protocolo de Adesão, que precedeu a prestação de compras e logística Somos Compras, A.C.E.

Assim é, de facto, porque *a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública.*

Quer o SUCH (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea d), dos respectivos Estatutos), quer o CHLC (cfr. artigos 10.º, n.º 1, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2005 e 37.º do RSEE), no exercício da ampla autonomia de gestão que legalmente lhes é reconhecida [31], plasmada nos respectivos Estatutos e Regulamentos Internos, procederam, *nos termos da lei aplicável – a saber, a Lei n.º 4/73, de 4 de Junho* [32] *e o Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto* [33] *– à constituição de A.C.E. "a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades"* (cfr. Base I, n.º 1, *in fine*).

---

[31] Autonomia pública essa que pressupõe a liberdade de auto-organização de todos os entes administrativos, conforme se infere a partir de uma interpretação holística, por exemplo, dos preceitos 111.º (princípio da separação de poderes) e 199.º (donde se extrai uma reserva geral de administração), ambos da Constituição.

[32] Diploma que estabelece as bases gerais do regime jurídico dos agrupamentos complementares de empresas, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.os 36/2000, de 14 de Março e 76-A/2006, de 29 de Março.

[33] Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.os 36/2000, de 14 de Março, e 323/2001, de 17 de Dezembro.

Como se afigura evidente em face das disposições de direito comunitário e nacional aplicáveis, *nenhuma vinculação legal ou contratual, nacional ou comunitária, existe que obrigue à sujeição da constituição de um A.C.E., ainda que também composto por parceiros privados, às regras da contratação pública.*

Tanto mais que se trata de uma estrutura instrumental à prossecução dos objectivos das várias entidades que a integram, daí que, em princípio, não possa visar o lucro (cfr. Base II, n.º 1).

Se a solução atrás exposta era evidente à data da constituição do Somos Compras, A.C.E. – sendo esse, em última análise, o facto que releva para os presentes efeitos, impedindo que se considere preenchido o pressuposto da ilicitude, por não ter havido qualquer violação da legalidade objectiva à data vigente –, sempre se dirá que com a entrada em vigor do CCP a situação não se considera substancialmente alterada. Na verdade, para além da sujeição a procedimentos de formação de contratos públicos de todos os tipos *típicos* de contratos constantes das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, o legislador nacional *optou, não tendo que o fazer* – donde, nem sequer se poderá por esta via equacionar, à data da constituição do Somos Compras, A.C.E., qualquer adstringência a uma hipotética interpretação conforme ao direito comunitário, que tivesse por consequência a sujeição da constituição daquela estrutura às regras da contratação pública – , por estender o âmbito material de aplicação do CCP aos contratos de sociedade, *mas não* a quaisquer figuras afins desse tipo contratual, como é o caso de consórcios ou agrupamentos complementares de empresas.

No que tange à eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho de Administração do CHLC em virtude da eventual não observância pelo Somos Compras, A.C.E. das regras da contratação pública (cfr. (ii) *supra*), haverá, sinopticamente, que referir o seguinte:

(i) A partir do momento em que o Somos Compras, A.C.E. adquiriu personalidade jurídica (com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial, em conformidade com o previsto na Base IV da Lei n.º 4/73), a

actuação por este desenvolvida deverá, em primeira linha [34], a este ser imputável, nos termos gerais de direito, em virtude de, a partir desse momento, para todos os efeitos, se dever considerar que aquela estrutura se autonomizou das entidades que determinaram a sua constituição e que nela participam, originando um novo e autónomo centro de imputação de direitos e deveres, realidade que não poderá ser ignorada e que reveste uma importância de tomo neste âmbito;

(ii) Neste contexto, será igualmente manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLC, em virtude de o Somos Compras A.C.E. não ter eventualmente respeitado o regime de contratação pública a que se encontrava sujeito, nos termos expressamente previsto n.º 8, da "CLÁUSULA QUARTA", do Protocolo de Adesão [35];

(iii) Inexistindo qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLC o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos por aquele A.C.E. realizados [36] – sendo apodíctico, como se viu (cfr. (i) *supra*), que em virtude da autonomia jurídica reconhecida ao Somos Compras, A.C.E., este e as demais entidades que o integram são *insusceptíveis de apreensão unitária*, querendo tal apenas significar que são *juridicamente distintas, com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades.*

Findo este breve excurso sobre a (falta de) *ilicitude* (*activa* ou *omissiva*) a propósito da infracção financeira assacada pelo Relato de Auditoria aos membros do Conselho de Administração do CHLC, que agora nos ocupa, ocupar-nos-emos, seguidamente, do pressuposto da *culpa*, pois, como é sabido, nos termos do n.º 5, do

[34] Não se ignorando, porém, a possibilidade de uma responsabilidade *meramente subsidiária* por parte das entidades que participam naquele A.C.E., nos termos gerais de Direito Societário (artigo 175.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável *ex vi* artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 470/73, de 25 de Agosto.

[35] Como já se teve oportunidade de referir, o CHLC poderia legitimamente assumir, no exercício de um hipotético dever de vigilância, que o Somos Compras, A.C.E. teria diligentemente observado as regras de contratação pública nas suas relações com terceiros, como lhe era imposto no referido normativo do Protocolo de Adesão. Com efeito, não deve ser considerado negligente (o CHLC) quem presumiu que outrem (o Somos Compras, A.C.E.) cumpriu os deveres de diligência (na promoção dos competentes procedimentos pré-contratuais nas suas relações com terceiros) a que estava obrigado.

[36] Não obstante, por manifesta diligência superior à exigida, o CHLC, assim como os demais associados, manifestaram as suas dúvidas sobre a legalidade dos ajustes directos realizados pelo Somos Compras, E.P.E., razão que em parte explica a rigorosa descrição contida nos §§ 3.º e ss. das pp. 81 a 83 do Relato de Auditoria, expurgados de todos os juízos conclusivos e da manteria de direito neles contida.

artigo 61.º, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória *ex vi* artigo 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, "*a responsabilidade (...) só ocorre se a acção for praticada com culpa*".

Pelos motivos já expostos, e por aqueles que de ora em diante melhor serão dissecados, será imperativo considerar que não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar qualquer responsabilidade a título de negligência, na medida em que não houve, designadamente, qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após as diligências efectuadas e o enquadramento histórico da situação) a convicção dos membros do Conselho de Administração do CHLC, ora signatários, da legalidade de todo o processo de adesão

Objectivamente, podem ser elencados os motivos pelo qual manifestamente carece em absoluto de *culpa* (mesmo na menos agravada forma de negligência) o facto que determina a infracção financeira em apreço:

(i) A existência dos pareceres n.ºs 1/95 e n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, e a função mediatamente orientadora que dos mesmos flui, mesmo para entidades com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, como o CHLC, conforme se retira por interpretação teleológica do artigo 43.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, nos termos atrás aduzidos (cfr. ponto III. 1 *supra*), para onde ser remete; e,

(ii) A vinculação do CHLC, assim como dos demais associados, às orientações da Tutela, no sentido de se proceder à centralização de aquisições de bens e serviços no sector da Saúde, constituindo o Somos Compras, A.C.E. uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato.

Se relativamente ao primeiro motivo atrás apontado não se justificam mais observações, o mesmo não sucede no que ao segundo motivo concerne. Vejamos.

Efectivamente, como o Tribunal de Contas reconhece, "[a] constituição de serviços partilhados na Administração Pública integra-se, a par do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), na estratégia de

reorganização e modernização da Administração Pública dos XVII e XVIII Governos Constitucionais (…). No Sector da Saúde, a criação dos serviços partilhados insere-se, ainda, nos objectos de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde." (cfr. § primeiro do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59), logo depois afirmando que "[d]ecorre de diversos actos do Governo, praticados entre 2006 e 2009, identificados no Anexo V [do mesmo Relato de Auditoria], que a criação dos serviços partilhados no Sector da Saúde (…) seria responsabilidade do SUCH" (cfr. § segundo do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59).

Este *indirizzo* político (em sentido lato) exercido pela Tutela, traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades hospitalares – de acordo com a teleologia que flui do n.º 2, do artigo 11.º do RSEE, secundada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março [37], onde se deixou dito que "[a]s empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo, num quadro de racionalidade empresarial" – , associadas do SUCH, entre as quais o CHLC, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, é expressamente assumida em variados actos, dos quais se destacam, cronologicamente, os seguintes:

(i) Os Estatutos do SUCH, que passaram a prever, a partir de 2006, a possibilidade de constituição de serviços partilhados – *alteração estatutária objecto de tutela integrativa*, nos termos previstos no n.º 2, do artigo 15.º dos mesmos Estatutos;

(ii) Como também se refere no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 51), "[o]s serviços partilhados de compras e logística (…), desenvolvidos através de Agrupamentos Complementares de Empresas constituídos pelo SUCH – o Somos Compras, A.C.E., criado em Abril de 2007 (…) – são expressamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [38] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2008**" (negritos no original);

(iii) Em alguma medida, a já referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março, que aprovou, em anexo, "as orientações

[37] Publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 79, de 22 de Abril de 2008.
[38] Aprovadas pela Lei n.º 31/2007, de 10 de Agosto.

estratégicas do Estado destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, entre as quais se salienta as expressas nos pontos 1 de I [39] e 2 de II [40];

(iv) O artigo 13.º, (e, *maxime*, o seu n.º 1) do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – tanto mais significativo quando se constata que este Diploma legal foi publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão, em 7 de Outubro* (cfr. referido em a) do ponto II. *supra*) – , através do qual o Somos Compras, A.C.E. foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade;

(v) Em linha com a factualidade indicada nas alíneas precedentes, o facto de a participação dos Centros Hospitalares de Lisboa, entre os quais o CHLC, no Somos Compras, A.C.E., ter sido autorizada por despacho conjunto pelos Secretários de Estado do Tesouro e Finanças e do Secretário de Estado da Saúde, no uso de competência delegada pelos respectivos Ministros das Finanças e da Saúde, respectivamente, nos termos previstos na alínea i), do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro (cfr. ainda o artigo 37.º do RSEE);

(vi) Conforme também referido no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 52), "[o]s serviços partilhados constituídos pelo SUCH foram novamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [41] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2009**" (negritos no original);

(vii) O Protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A.C.E., celebrado em 30 de Julho de 2009, ao abrigo do n.º 3, do artigo 10.º, do já referido Decreto-Lei n.º 200/2008, e objecto de Despacho de

[39] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**I — Enquadramento geral da actuação do sector empresarial do Estado**
1 — As empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado *devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo*, num quadro de racionalidade empresarial" (negrito no original; itálico nosso).

[40] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**II — Principais áreas de orientação dirigidas ao sector empresarial do Estado**
2 — As empresas públicas *devem dar cumprimento à execução das orientações definidas no número anterior*, propondo ao Ministro das Finanças e aos ministros responsáveis pelos *sectores de actividade*, por referência às mesmas, os indicadores de desempenho respectivos" (negrito no original; itálico nosso).

[41] Aprovadas pela Lei n.º 41/2008, de 13 de Agosto.

autorização do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, na mesma data (cfr. Anexo V do Relato de Auditoria, p. 52);

(viii) Enfim, paradigmático desse *indirizzo* político é ainda o conjunto de considerações expendidas no Preâmbulo do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto [42], que instituiu o Sistema Comum de Compras, no âmbito da articulação entre as centrais de compras da área da Saúde, das quais se destacam as seguintes passagens:

> "***O Ministério da Saúde tem vindo a desenvolver uma linha de actuação tendente à criação de serviços partilhados em saúde***, *o que exige uma complexa operação inerente ao processo de compras, que inevitavelmente requer meios técnicos e tecnológicos adequados com vista à utilização de estruturas centrais com as consequentes sinergias e economias de escala. Trata -se de uma opção que visa contribuir para a sustentabilidade económico -financeira do Serviço Nacional de Saúde.*
>
> *(…)*
>
> *A unidade ministerial de compras assegurada pela ACSS e o* ***Somos Compras, A. C. E., agrupamento complementar de empresas, foram considerados centrais de compras públicas do sistema de saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro****, (…).*
>
> *As novas formas de contratação pública e a* ***acima referida criação das centrais na área da saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, impõem o estabelecimento de novas regras em matéria de contratação de bens e serviços****.*
>
> *Para esse efeito****, justifica-se a criação de um Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde, utilizando o protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A. C. E.****, o qual disponibiliza uma infra-estrutura comum para as compras de bens específicos do sector da saúde.*

[42] Publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 155, de 12 de Agosto de 2009.

IV – CONCLUSÃO

As auditorias do Tribunal de Contas são instrumentos fundamentais na constante procura da uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia por parte do CHLC

Efectivamente, o CHLC sempre procurou, e procura, pautar a sua actividade de acordo com princípios de legalidade, racionalidade económica, economia, eficácia e eficiência na gestão dos dinheiros públicos.

Por conseguinte, é com acérrima dificuldade que se admite qualquer imputação de responsabilidades financeiras aos membros do Conselho de Administração deste Centro Hospitalar.

Os membros do Conselho de Administração do CHLC visados no Relato de Auditoria, aguardam com expectativa, mas com a tranquilidade própria de quem bem procedeu, o desenrolar do presente processo de auditoria.

Lisboa, 16 de Junho de 2010.

Com os melhores cumprimentos,

Os membros do Conselho de Administração do CHLC,

DGTC 22 06'10 11490

IX. Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE

- Contraditório institucional e pessoal –

(Os responsáveis, incluindo os ex-responsáveis, apresentaram alegações em conjunto, com excepção de um ex-responsável, que aderiu integralmente às alegações apresentadas pelos demais)

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Sua Excelência
Senhor Conselheiro da Área
Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes

CC. Exmo. Auditor Coordenador
Abílio de Matos

Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos. Alegações dos membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, E.P.E.

Exmo. Senhor Conselheiro da Área Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes,

Professor Doutor Pedro Braga Abecasis, B.I. n.º 2178391, Dra. Maria Celeste Malveiro Serra Sim Sim Anjos Silva, B.I. n.º 5039169, emitido em 28/12/2000, Dr. Luís Manuel Caldeira Pinto, B.I. n.º 1139119, válido até 10/12/2016, Dra. Maria João Reis Silva Soares Pais, B.I. n.º 1001636, emitido em 09/05/2003, Enf.ª Fernanda Maria Rosa, B.I. n.º 2198872, emitido em 08/09/2003, Dr. José Manuel Baptista Marques, B.I. n.º 384010, emitido em 15/12/2004, Dr. Manuel Francisco Roque Santos, B.I. n.º 2189344, Dra. Maria do Rosário Ferreira Fonseca, B.I. n.º 3951388, Dr. José Miguel Marques Boquinhas, B.I. n.º 1082910, Dr. João Manuel Nabais da Tereza, B.I. n.º 4071609, emitido em 19/04/2006, e todos membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, E.P.E. (de ora em diante, apenas "CHLO"), nos exercícios de 2007 e 2009, tendo sido notificados para se pronunciarem, querendo, em sede de audiência prévia dos interessados, relativamente ao Relato da Auditoria do Tribunal de Contas "orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do

1

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009" (Processo n.º 27/09 – Relato, I – Sumário, p. 5), vêm por este meio apresentar a respectiva pronúncia nos termos e com os fundamentos seguintes:

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

I – INTRODUÇÃO

Nos parágrafos que se seguem procurar-se-á fazer o contraditório às infracções financeiras alegadamente cometidas pelos signatários, indicadas no Relato da Auditoria acima melhor identificado, e sumariadas nos Quadros III e IV do seu "Anexo I – Eventuais infracções financeiras". Antes de se detalhar a presente resposta, porém, impõe-se tecer alguns comentários iniciais.

Desde já cumpre salientar que os signatários registam, com muito agrado, a presença do Tribunal de Contas nas suas instalações para a realização da presente auditoria. Para o CHLO, como para qualquer outra entidade, as auditorias do Tribunal de Contas são fundamentais na constante procura de uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia.

As contribuições resultantes das questões e sugestões colocadas pelos auditores durante a auditoria, e nos relatos dela resultante, são cruciais para que se possam ajustar linhas de orientação e corrigir os procedimentos que suportam a actividade das várias entidades auditadas.

Neste contexto, o CHLO deixa desde já aqui expresso o seu agradecimento à equipa auditora do Tribunal de Contas pelo trabalho realizado, quer nas suas instalações, quer nas instalações do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (de ora em diante, apenas "SUCH" ou "Associação"), em virtude de esta Associação ser, em alguma medida, ainda que de forma instrumental, uma *longa manus* da actividade desenvolvida por esta instituição hospitalar na satisfação das actividades colectivas no sector da Saúde.

Porém, os signatários não se conformam, pelos motivos adiante expendidos, com as conclusões do Relato de Auditoria em apreço, considerando, salvo o devido respeito, que o douto Tribunal de Contas incorreu numa errónea aplicação do direito aos factos, não procedendo, por conseguinte, qualquer uma das duas infracções financeiras apontadas.

3

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

II – ENQUADRAMENTO FACTUAL

Em face das infracções financeiras sumariadas nos Quadros III e IV do "Anexo I – Eventuais infracções financeiras" do Relato de Auditoria, alegadamente cometidas pelos signatários, importa ter presente, em cada caso, a factualidade relevante.

Assim, no que ao enquadramento factual subjacente à eventual infracção financeira aludida na página 46 do ponto 7.1 (e no Quadro III do Anexo I) do Relato de Auditoria, os signatários confirmam a factualidade vertida nos dois primeiros §§ (na parte referente ao CHLO), por corresponder à verdade, para onde se remete, e que aqui se dão por reproduzidos, salvo no que se refere à parte em que se afirma (no segundo §) que o SUCH subcontratou *"sem realização de qualquer procedimento concorrencial, o SUCH-DALKIA"*, por o CHLO desconhecer se assim foi e porque não lhe era exigível sabê-lo, desde logo porque o SUCH e o CHLO, não obstante a qualidade de associado deste último relativamente àquele, são *duas entidades juridicamente distintas e autonomamente responsáveis*, como *infra*, detidamente, se deixará exposto.

Por sua vez, relativamente ao enquadramento jurídico-factual subjacente à eventual infracção financeira aludida nas páginas 60 a 63 do ponto 8.1.1 (e no Quadro IV do Anexo I) do Relato de Auditoria, releva ter presente o seguinte:

a) O "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Compras e Logística" (de ora em diante, apenas "Protocolo de Adesão"), assinado em 7 de Outubro de 2008 [1], veio estabelecer os termos e condições das relações contratuais futuras de aquisições de bens e serviços [2] entre o SUCH/Somos Compras A.C.E. e o CHLO [3];

[1] Data em que entrou em vigor (cf. n.º 1 da Cláusula Sétima do Protocolo de Adesão). Este Protocolo de Adesão teve como "antecedente histórico" imediato o contrato de constituição do COMPARSIS, A.C.E., celebrado a 16 de Abril de 2007.

[2] O âmbito do fornecimento (inicial) está fixado no Anexo 0 ao Protocolo de Adesão (cfr. n.º 1 da Cláusula Décima-Quinta) – encontrando-se limitado, *grosso modo*, a material de consumo clínico.

[3] Cfr. Cláusula Segunda do Protocolo de Adesão.

4

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

b) O SUCH, através do Somos Compras, A.C.E. [4], "unidade operativa autónoma de serviços partilhados de centralização, optimização e racionalização da aquisição de bens e serviços e de disponibilização de Compras e Logística" [5], comprometeu-se a "efectuar e fornecer aos respectivos Aderentes, entre os quais o CHLO", nos "prazos, qualidades e quantidades" definidos no Protocolo de Adesão [6];

c) O n.º 2 da Cláusula Quinta [7] prevê, *correlativamente* [ao dever de fornecimento por parte do Somos Compras, A.C.E.], a *obrigatoriedade* de o CHLO adquirir os bens e serviços acordados "em exclusividade (…) obrigando-se (…) a não solicitar a qualquer outra pessoa ou entidade a execução das tarefas ou fornecimentos dos mesmos Serviços incluídos, excepção feita à aquisição de bens e serviços que, por imposição legal, a C.C.L. [o Somos Compras, A.C.E.] não possa prestar e àqueles que contratualmente o CHLO tenha reservado para si ou excepcionado do âmbito do presente Protocolo";

d) Em suma, o respeito pelas obrigações sinalagmáticas firmadas, *de boa fé*, entre o CHLO e o Somos Compras, A.C.E., em cada momento (em especial, nos anos de 2008 e 2009) pressupôs, pois, o cumprimento daquelas obrigações por ambas as partes, e, em especial, no que ao CHLO concerne, o dever de não abrir quaisquer procedimentos aquisitivos para as categorias de bens e serviços para os quais o Somos Compras A.C.E. estivesse incumbido de centralizar as aquisições;

e) Donde, quando o Somos Compras A.C.E. não estivesse em condições de efectuar os fornecimentos de bens e serviços solicitados pelo CHLO, e desde que essa impossibilidade (objectiva e temporária) não lhe fosse imputável, o Protocolo de Adesão previa a possibilidade de o CHLO "(..:) tomar as providências necessárias a garantir, pelos seus próprios meios, o fornecimento dos bens e serviços necessários à prossecução da sua actividade, sem

---

[4] Cfr. Cláusula Terceira, n.os 2 e 3 do Protocolo de Adesão.

[5] Cfr. Considerando "E)" e Cláusula Terceira, n.º 1 do Protocolo de Adesão.

[6] Cfr. Considerando "G)" e Cláusula Nona do Protocolo de Adesão.

[7] No mesmo sentido, relativamente ao "Plano Inicial de Aquisições" (Anexo 0 ao Protocolo de Adesão); cfr. n.º 2 da Cláusula Décima-Quinta.

5

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

prejuízo da obrigação de indemnizar o SUCH pelos prejuízos causados à C.C.L. (…) quando esta seja imputável ao CHLO" [8];

f) Para efeitos do Código dos Contratos Públicos, e nos termos do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – diploma este publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão* referido em a) *supra* – , o Somos Compras, A.C.E., foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade, a qual viria a ser confirmada, designadamente, por Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto, que instituiu o Sistema Comum de Compras.

[8] Cfr. n.º 4 da Cláusula Trigésima.

6

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

III – DAS ALEGADAS INFRACÇÕES FINANCEIRAS

III. 1 – Considerações gerais

O CHLO no contexto do Sector Empresarial do Estado

Tendo presente o âmbito material do Relato de Auditoria que agora se contesta, importa, sinteticamente, proceder ao enquadramento jurídico do CHLO no contexto do Sector Empresarial do Estado, no qual aquele se integra, com especial relevo no que concerne ao regime de contratação pública que deste específico contexto emerge.

Como é sabido, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril, consagrava uma noção de empresa pública restrita às entidades dotadas de personalidade colectiva de direito público [9]. Foi apenas mais tarde que se equacionou, em grande medida por impulso do Direito Comunitário da Concorrência, uma mudança de paradigma neste domínio, visível, por exemplo, na possibilidade de certas sociedades comerciais detidas pelo Estado poderem ser consideradas como integrando uma noção ampla de empresa pública.

Este fenómeno ficou igualmente a dever-se à evolução dos quadros dogmáticos do Direito Público: as tradicionais estruturas não permitiam a celeridade e eficiência que as "novas" estruturas empresariais permitiriam alcançar, sem as quais a (cada vez mais) "Administração prestadora" ficaria tolhida de meios para responder cabalmente às crescentes necessidades que vinha sendo chamada a suprir.

Neste linha, o Decreto-Lei n.º 260/76 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro [10], que aprovou o Regime do Sector Empresarial do Estado (de ora em diante, apenas "RSEE"), estabelecendo um novo quadro legal sobre a matéria,

---

[9] Artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril. Sobre este ponto, por todos, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração*, 2007, pp. 40 e ss, e SOFIA TOMÉ D´ALTE, *A nova configuração do Sector Empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, 2007, pp. 259 e ss.

[10] Na redacção que lhe foi dada, por último, pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009.

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

consagrando uma noção diferente, mais *ampla* e de cariz *funcional*, de empresa pública, que passou a abranger igualmente pessoas colectivas privadas submetidas a influência dominante do Estado [11], tendo igualmente sido criada uma outra categoria de empresa pública, denominadas por "entidades públicas empresariais" (de ora em diante, apenas E.P.E.), sucessoras [12] das empresas públicas regidas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, atrás referidas [13].

O CHLO, que integra, por fusão, o Hospital de Egas Moniz, S. A., o Hospital de Santa Cruz, S. A. e o Hospital de São Francisco Xavier, S.A., foi criado pelo Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro. O mesmo diploma legislativo aprovou também os respectivos Estatutos. Nos termos dos artigos 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, e 23.º, n.º 1, do RSEE, o CHLO é uma pessoa colectiva pública de natureza empresarial – ou seja, uma E.P.E.. Donde, comunga de diversos traços de regime de Direito Público, encontrando-se sujeito a tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, à qual há que acrescentar o conjunto de regras constante do Capítulo I do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar (de ora em diante, apenas "RJGH"), aprovado pela Lei n.º 27/2002, de Novembro [14]. No entanto, a sua actividade é maioritariamente regida pelo Direito Privado (cfr. artigo 7.º do RSEE, também aplicável às EPE como disposição geral que é).

---

[11] Artigos 2.º e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[12] Essa continuidade encontra-se plasmada, *maxime*, no artigo 23.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[13] Na verdade, no que toca ao sector da Saúde, a criação de empresas públicas para prestação de cuidados aos cidadãos surge, do ponto de vista da fundamentação, como especialmente facilitada: já MENEZES CORDEIRO identificava *"um elenco de tipos de empresas vocacionadas para especiais ligações ao Estado"*, incluindo entre elas os *"Serviços de assistência à vida"*, correspondentes a *"unidades necessárias para a manutenção da sociedade e dos elementos que a compõem, num plano de mera conservação"*, sendo o caso, precisamente, da saúde, entre outros; cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia* (policopiado), Lisboa: A.A.F.D.L., 1984, pp. 240-243.

Numa perspectiva temporal ainda mais alargada, cumpre referir uma ideia ultimamente expressa pela Doutrina com alguma insistência, mas que faz sentido reforçar: a "privatização" operada, sob diversas formas, não é fenómeno original – cfr. neste sentido, com vários exemplos, PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, in AA / VV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, 2001, pp. 31 e ss. (31-36); e RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2005 – e também assim no âmbito da Saúde. Cabe salientar, contudo, que de entre as várias acepções de privatização existentes, apenas pode falar-se, no que toca à transformação de hospitais-institutos públicos em hospitais-empresas públicas, em privatização formal, que não em privatização material, que não seria de admitir no actual quadro constitucional – cfr. PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas...*, ob. cit., p. 40, nota 34.

Assim, e com apoio explícito da Base XXXVI n.º 3 da Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro foram criados, por Decretos-Lei de 2002, os chamados "Hospitais S.A.", sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (S.A.C.E.P.). Estes hospitais passaram a ser "empresas públicas" de acordo com o sistema criado pelo Decreto-Lei n.º 558/99. Os Hospitais S.A. tiveram, contudo, curta duração, e desaparecem enquanto ainda eram discutidos diversos aspectos do seu regime jurídico, com ênfase para o regime das aquisições de bens e serviços a que estavam sujeitos. Com efeito, os "Hospitais S.A." foram transformados em entidades públicas empresariais pelo Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho. Desta forma, os Hospitais anteriormente "SA" assumem agora, com esse Decreto-Lei e com a publicação do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, a natureza de E.P.E..

[14] Regras cuja compatibilização com a natureza e regime jurídico das EPE nem sempre se afigura fácil; veja-se sobretudo o artigo 6.º do RJGH.

8

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Nesse sentido, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005 [15], que veio regular expressamente a matéria das aquisições de bens e serviços (e também das empreitadas, apesar do que afirma a epígrafe do normativo) dos Hospitais E.P.E., dispunha como segue:

> *"1. A aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos Hospitais E.P.E. regem-se pelas normas do direito privado, sem prejuízo da aplicação do regime de direito comunitário relativo à contratação pública.*
> *2. Devem os regulamentos internos dos Hospitais E.P.E. garantir o disposto no número anterior, bem como, em qualquer caso, o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão, designadamente a fundamentação das decisões tomadas".*

Da norma em questão resultava que nos contratos cuja despesa estimada se cifrasse *abaixo do limiar* comunitário aplicável à aquisição de bens e serviços [16] (e empreitadas), que é o pressuposto de aplicação das Directivas comunitárias sobre contratação pública e, para estas entidades, do Código dos Contratos Públicos [17] (de ora em diante, apenas "CCP"; cfr. alínea b), do n.º 3, do artigo 5.º), o CHLO não se encontrava sujeito a procedimentos pré-contratuais especificados por lei [18]. Assim, o

---

[15] Diploma revogado pelo artigo 14.º, n.º 1, alínea o), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

[16] Os limiares comunitários em apreço (para a aquisição de bens e serviços) são os estabelecidos na Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alterada pela Directiva n.º 205/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificada pela Directiva n.º 205/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro (€ 249.000,00), posteriormente alterados pelos Regulamentos (CE) n.º 1874/2004, da Comissão, de 28 de Outubro de 2004 (€ 236.000,00), n.º 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 (€ 211.000,00), n.º 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007 (€ 206 000,00), e, por último, pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009, da Comissão, de 30 de Novembro de 2009, actualmente em vigor (€ 193.000,00). Conforme previsto no artigo 69.º da Directiva n.º 2004/18/CE, os limiares comunitários são revistos de 2 e 2 anos, podendo ainda ocorrer revisões extraordinárias. De igual modo, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o Governo compromete-se a publicitar os valores actualizados dos limiares comunitários mediante portaria.

[17] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e já alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 233/2009, de 11 de Setembro (que alterou o Diploma Preambular), e 278/2009, de 2 de Outubro, e, por último, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril.

[18] Isto, aliás, é bem diferente de estar sujeito às "normas do direito privado", na expressão insuficiente e errónea do n.º 1, do artigo 13.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005. Na verdade, o CHLO, mesmo nestas contratações, encontrava-se sujeito aos *"princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão"*, e mesmo à *"fundamentação das decisões tomadas"* (fundamentação do ponto de vista da racionalidade e objectividade, entenda-se): é isto que resulta, desde logo, do artigo 13.º, n.º 2 do diploma legal. Sendo certo que a referência aos princípios gerais a que a lei recorre, já foi apodada de referência vazia, destinada apenas a salvaguardar as aparências – cfr. nesse sentido, SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, *in CIVITAS Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 75, Julio-Septiembre 1992, pp. 399-412 (411, nota 33) – , a verdade é que tal referência constituiu, durante a vigência daquele normativo, o "último reduto" de controlo jurídico-público da actividade de contratação de todos os Hospitais E.P.E., quando não exista aplicação do regime das Directivas comunitárias; pelo que é incorrecto e simplista falar numa pura e

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

CHLO decidiria, em cada caso, respeitando as exigências de economia, eficiência e eficácia, que correspondem à boa utilização dos fundos públicos, qual a forma de contratar: se solicitava a todo o mercado a apresentação de propostas estáveis (aproximando-se do modelo concursal); se escolheria primeiro alguns fornecedores que julgasse adequados, solicitando apenas a esses as propostas (aproximando-se do modelo concursal com pré-qualificação); se adoptava modalidades de procedimento com negociação das propostas com os concorrentes; ou se optava por contratar directamente com o fornecedor ou prestador que considere mais adequado; e todas as combinações concebíveis destas várias modalidades. Nesta matéria, a regra é a da autonomia e liberdade por parte do CHLO. Esta autonomia não é total, na medida em que há ainda vinculações a observar, como se viu; mas apenas é necessário que se possa emitir sobre a parte do Regulamento Interno do CHLO relativa a esta matéria e sobre a forma de contratação escolhida em cada caso concreto um juízo de conformidade com os princípios jurídico-públicos referidos. Tal juízo de conformidade não se verificaria, designadamente, se o CHLO procedesse a discriminações injustificadas entre fornecedores, ou se agisse baseado apenas em preferências pessoais, não sustentadas em critérios de racionalidade económica, o que não sucede.

Pelo contrário, quando o montante da despesa prevista fosse igual ou superior ao *limiar comunitário* em concreto aplicável, o CHLO adoptaria o procedimento pré-contratual (concursal) legalmente previsto para o efeito.

O CCP veio confirmar este entendimento, tornando efectiva uma *lógica de continuidade* com o regime de contratação pública desenhado no artigo 13.º acima transcrito, ao eximir os Hospitais E.P.E. do cumprimento da sua Parte II ("Contratação Pública") em todas as aquisições de bens, serviços e empreitadas, cujos montantes sejam inferiores ao previsto na alínea b), artigo 7.º, da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (cfr. artigo 5.º, n.º 3, do CCP) [19]. Correlativamente, a confirmar aquela asserção inicial, essa *lógica de continuidade* pode também ser encontrada no n.º 6, do mesmo artigo 5.º, do CCP – que tem como

simples aplicação do direito privado. Actualmente, a situação não é substancialmente diferente (*vide* o disposto nos n.os 3 e 6, do artigo 5.º do CCP).

[19] Sem prejuízo, de novo, do dever de observância dos princípios gerais do direito adjudicatório (*maxime*, a igualdade, a transparência e a concorrência) e dos demais princípios gerais da actividade administrativa, assim como das normas que concretizem preceitos constitucionais previstas no Código do Procedimento Administrativo (artigos 1.º, n.º 4 e 5.º, n.º 6, ambos do CCP).

10

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

"paralelo histórico" imediato, no que àquele tipo de contratação pública realizada pelos Hospitais E.P.E. diz respeito, o já referido artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 233/2005.

O CHLO no contexto das relações com o SUCH e com agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos – e a contratação por estes efectuada a terceiros

Incidentalmente, mas com relevância para o que se vai deixar exposto em seguida (cfr. pontos III. 2 e III. 3 *infra*), importa atender, ainda que de modo perfunctório, por um lado, ao enquadramento do CHLO no contexto das relações contratuais mantidas com o SUCH e com os demais Associados, e, por outro lado, à contratação efectuada pelo SUCH com terceiras entidades, para a satisfação das suas necessidades próprias.

Como é sabido, o SUCH passou por três fases distintas: I) desde a sua criação, pelo Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Janeiro de 1965, até ao Decreto-Lei n.º 70/75, de 19 de Fevereiro, em que assumiu a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa; II) desde o Decreto-Lei n.º 70/75 até ao Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Janeiro, em que assumiu a natureza de instituto público; e III) a partir deste Decreto-Lei n.º 12/93, em que retomou a estrutura associativa e a natureza originária de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

Os seus actuais Estatutos foram publicados na II Série do *Diário da República*, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, desses Estatutos, o SUCH tem por objecto *tomar a seu cargo iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados*, designadamente prestando-lhes *assistência técnica no domínio das instalações e equipamentos* (cfr. ponto III. 2 *infra*), assegurando a exploração ou a gestão de áreas industriais, incluindo lavandarias, centrais e transportes, podendo ainda, desde a última revisão dos seus Estatutos, operada em 2006, constituir unidades de serviços partilhados.

11

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

A natureza da contratação entre os SUCH e os seus Associados, quando estes assumem a natureza de pessoas colectivas de direito público, *maxime* os hospitais do Serviço Nacional de Saúde, foi sempre muito controvertida, tendo ficado firmada em diversos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, dos quais se destacam os seguintes: os pareceres n.os 1/95 [20] e 145/2001 [21].

O último dos mencionados pareceres da Procuradoria-Geral da República, partindo de uma análise fundamentada do substrato, do objecto e fins estatutários do SUCH, concluía que "[o] objectivo subjacente à criação do serviço situa-se, pois, e mantém-se, no campo da cooperação, isto é, na colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos Associados. Dito de outro modo, numa perspectiva materialmente cooperativa. / Na verdade, são elementos materialmente cooperativos a cooperação e entreajuda dos membros Associados, visando a satisfação, sem fins lucrativos, de necessidades, v.g. económicas destes, mesmo que, a título complementar, possam ser realizadas operações com terceiros (…). Todos estes elementos materiais confluem no âmbito estatutário de definição das finalidades do SUCH: a pessoa colectiva não tem por objectivo primordial prestar serviço em regime de mercado ou segundo as regras gerais do comércio jurídico, mas apenas prestar serviços aos Associados, procurando obter reais vantagens para estes, teleologicamente sem objectivo de lucro, perto, pois, do princípio mutualista de cooperação e entreajuda".

Por outras palavras: o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da *auto-satisfação das necessidades da Administração*, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública.

Seria aliás contraditório que o legislador permitisse que os hospitais criassem serviços de utilização comum, para possibilitar uma melhor repartição de custos, que por vezes são avultados, a optimização dos recursos, e "*um funcionamento mais ágil*" dos Associados, e viesse, por outro lado, sujeitar a qualquer procedimento de formação de contratos públicos legalmente tipificado, a utilização de tais serviços.

---

[20] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 1 de Julho de 1995.

[21] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2003.

12

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Por outras palavras: se o serviço se integra no escopo estatutário do SUCH, *já existirá um contrato entre o CHLO e o SUCH, o contrato de associação, e a prestação* (*rectius*, a contratação dos serviços de assistência técnica a equipamentos e instalações, designadamente; cfr. ponto III. 2 *infra*) *será realizada como execução desse contrato* (de associação).

É isto que explica que no âmbito das finalidades estatutárias do SUCH (cfr artigo 2.º dos Estatutos), os seus Associados possam com este contratar directamente, sem sujeição aos procedimentos pré-contratuais juridico-públicos legalmente tipificados.

Fora daquele domínio, a actividade do SUCH encontra-se tolhida pelos fins que nos termos do seu Estatuto tem de prosseguir, sem que, todavia, seja por completo posta de parte: nos termos do n.º 2, do artigo 2.º, dos seus Estatutos, o SUCH "(...) pode ainda [complementarmente], no regime da concorrência e do mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus Associados"; aqui o SUCH já actuará, *grosso modo*, como uma qualquer entidade privada ("no regime da concorrência e do mercado") – ainda que limitado pelo seu *escopo tendencialmente não lucrativo* –, porquanto, *neste caso*, a contratação promovida por aqueles Associados terá de observar todas as disposições legais referentes à formação de contratos públicos.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da situação em que o SUCH, para a prossecução das suas atribuições, necessite de contratar com terceiros (isto é, para satisfação das suas próprias necessidades de funcionamento e organização): por se dever considerar o SUCH um *organismo de direito público* [22] – qualificação que

---

[22] Sobre o conceito de *organismo de direito público* a Doutrina é vasta. Veja-se, por exemplo, SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo*, Madrid: La Ley, 2004, pp. 531 e ss., COUTINHO DE ABREU, *Privatização de empresas públicas e empresarialização pública*, *in* Miscelâneas, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 59 e ss. (67 e ss.); MERCEDES FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *in* Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, n.º 279, Enero-Abril 1999, pp. 25-34; PABLO OLIVERA MASSÓ, *La Problemática sobre la Delimitacion del Ámbito Subjetivo de las Normas Internacionales sobre Contratacion Publica: La Administracion Instrumental en las Directivas de la Comunidad Europea y el Acuerdo de Contratacion Publica de la Organizacion Mundial del Comercio*, *in* Revista de Administración Pública, n.º 145, Enero-Abril 1998, pp. 445-474.

O conceito de *organismo de direito público*, cuja interpretação já foi feita numerosas vezes pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pode ser apreendido através das seguintes notas:

a) *"Interpretação lata do conceito de organismo público (cfr. Acórdão do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003);*
b) *O conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial surge como conceito autónomo de direito comunitário e como tal deve ser interpretado (Acórdãos do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003, de 16 de Outubro de 2003);*

13

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

apenas deixamos enunciada – , tal actividade já se situará num plano totalmente distinto do da satisfação das necessidades dos seus Associados, não comungando, aí, daquele substrato cooperativo (de cooperação material e entreajuda) que anima a actividade principal do SUCH. Neste sentido depõe, designadamente, o Parecer n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Chegados a este ponto, importa sublinhar a relevância que tais pareceres da Procuradoria-Geral da República assumem em concreto, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade – *imediatamente* para afastar a *culpa*, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* – que aos membros do Conselho de Administração do CHLO, ora signatários, possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

Na verdade, não se pode ignorar o facto de, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 60/98, de 28 de Agosto (Estatuto do Ministério Público), "[q]uando homologados pelas entidades que os tenham solicitado, ou a cujo sector respeite o assunto apreciado, os pareceres do Conselho Consultivo sobre disposições de ordem genérica são publicados na II Série do Diário da República para valerem como *interpretação oficial, perante os respectivos serviços, das matérias que se destinam a esclarecer*" (itálico nosso).

---

c) *Para apreciar se as actividades exercidas pela entidade são de interesse geral atende-se à actividade que efectivamente exerçam;*
d) *"constituem necessidades de interesse geral que não têm carácter comercial ou industrial aquelas necessidades que, por um lado, não se satisfazem mediante oferta de bens ou serviços no mercado e que, por outro lado, por razões de interesse geral, o Estado decide satisfazer por si próprio ou a respeito das quais quer conservar uma influência determinante" (Acórdão do TJCE, de 16 de Outubro de 2003);*
e) *O conceito em apreço não exclui actividades que possam ser prestadas por entidades privadas; a inexistência de concorrência não é requisito necessário para definir um organismo de direito público – mas com ressalvas: 1) a existência de concorrência é indício de a necessidade ter carácter comercial; 2) as necessidades não comerciais, regra geral, não se satisfazem mediante oferta de bens e serviços no mercado;*
f) *O conceito deve ser aferido tendo em conta todos os elementos de facto e de direito: 1) circunstâncias que presidiram à criação da empresa; 2) condições em que exerce a sua actividade, incluindo, particularmente, a falta de concorrência no mercado, e a falta de ânimo de lucro como objectivo principal, 3) não assunção dos riscos da actividade; 4) eventual financiamento público (Acórdãos TJCE, de 16 de Outubro de 2003 e de 22 de Maio de 2003);*
g) *O organismo de direito público não deixa de o ser ainda que possa exercer, juntamente com as funções de interesse geral que não tenham carácter comercial, actividades comerciais em regime de livre concorrência, e ainda que a sua actividade principal consista em satisfazer necessidades de carácter comercial (Acórdão do TJCE, de 15 de Janeiro de 1998);*
h) *Os organismos de direito público, assim delimitados, devem sujeitar às correspondentes directivas de contratação todos os seus contratos, mesmo aqueles que não tenham directamente que ver com a sua actividade na satisfação de necessidades de interesse geral".*

14

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Com efeito, *o CHLO conformou-se com tal orientação, a qual, note-se, foi por diversas vezes corroborada por vários pareceres jurídicos, como expressamente reconhece o Tribunal de Contas* (cfr. parte final do primeiro § da página 10 do Relato de Auditoria).

A isto não obsta, de forma alguma, o facto de o entendimento vertido naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República não ser vinculativo para o CHLO, por este ser parte integrante da Administração indirecta do Estado – ao passo que a vinculatividade daqueles pareceres, em rigor, apenas se deve considerar restrita aos órgãos e serviços da Administração directa do Estado. Todavia, e porque, como vimos, o regime jurídico dos Hospitais E.P.E. comunga de diversos traços de regime de Direito Público – dos quais se destaca a sujeição à tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, sem esquecer a genérica adstrição aos princípios gerais da actividade administrativa – , não será difícil reconhecer, no mínimo, *o efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, mesmo perante entidades que, como o CHLO, são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.*

Regressando ao excurso inicial, sempre se dirá que, sem prejuízo de pontuais orientações diversas, e não obstante no Anexo III – "Subsunção das relações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação in house" do Relato de Auditoria, assim como na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal de Contas tenha contestado este entendimento, a verdade é que sempre foi genericamente aceite que a doutrina vertida naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República encontra, desde a entrada em vigor do CCP, acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Código, normativo que consagra expressamente no direito interno positivo a figura da relação *in house* [23].

Não caberá aqui proceder ao contraditório do entendimento sufragado pelo douto Tribunal de Contas – por directamente não relevar para efeitos de demonstração da impossibilidade de imputação de qualquer responsabilidade financeira sancionatória aos signatários – , aderindo, nesta parte, e salvo quando tal não se

[23] Sobre a questão a doutrina é vasta. Em Portugal, por todos, BERNARDO AZEVEDO, *Contratação in house: Entre a liberdade de autoorganização administrativa e a liberdade de mercado*, in *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, e, recentemente, DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, A adjudicação in-house em particular*, Colecção PLMJ, Wolters Kluwer, Coimbra, 2010.

15

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

conforme com a defesa aqui realizada, à argumentação expendida pelo SUCH sobre esta questão, designadamente para efeitos de afastamento da *ilicitude* (por *acção* [24]) das condutas imputadas a título de infracção financeira potencialmente geradora de responsabilidade financeira sancionatória.

O que se deixou exposto bastará, e adiante será retomado (cfr. pontos III. 2 e III. 3 *infra*), para afastar qualquer possibilidade de imputação das alegadas infracções financeiras aos membros do Conselho de Administração do CHLO, por demonstrar, em todos os casos e em termos apodícticos, a inexistência de *culpa*, a qualquer título, na actuação desenvolvida, pressuposto de que depende, designadamente, o funcionamento da responsabilidade financeira sancionatória.

Contudo, não apenas por estes motivos – que por si só se revelam sobejamente suficientes para o presente efeito – se apresentam, em concreto, insusceptíveis de efectivação, a título de responsabilidade financeira sancionatória, as alegadas infracções financeiras cometidas pelos signatários, como se procurará demonstrar em seguida.

Da inexistência de norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória

Finalmente, uma última consideração de âmbito geral e complementar importa aduzir, tendo que ver com a inexistência de qualquer norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória a titulares dos órgãos e agentes das entidades públicas que integram o Sector Empresarial do Estado, como o CHLO.

Com efeito, as alegadas infracções financeiras imputadas aos membros do Conselho de Administração do CHLO (exercícios de 2008 e 2009), ora signatários, são insusceptíveis de serem aplicadas.

[24] O problema do alegado *ilícito omissivo*, salvo o devido respeito, abusivamente suscitado pelo Tribunal de Contas a propósito da eventual infracção financeira sumariada no Quadro III do Anexo I do Relato de Auditoria, será, *infra* – cfr. pontos III. 2 e III. 3 – objecto de análise.

16

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Assim é, por não se encontrar preenchido um dos elementos objectivos – a existência de uma "despesa pública" – constante da norma sancionatória considerada violada: o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, de ora em diante, apenas "LOPTC") [25].

Não olvidando que o fio condutor da competência do Tribunal de Contas, enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas, nos termos em que o legislador constituinte o definiu, evolui para além da "equação *dinheiros públicos = entidades públicas*" [26], encontrando-se, hoje, em íntima relação com um conceito amplo de *despesa pública*, definida esta como "o gasto ou o dispêndio de bens por parte dos entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazer necessidades públicas" [27], somos de parecer que tal definição não caracteriza, em termos rigorosos, a realidade sobre a qual versa, por abranger um leque amplíssimo de situações que nem sempre são homogéneas, como pretendido. E isto porque, em qualquer caso, e em rigor, uma despesa, *ainda que realizada com dinheiros públicos*, para poder obter o qualificativo de "despesa pública", *precisa de ter sido realizada de acordo com as regras aplicáveis*

---

[25] Os fundamentos para a aplicação de multas pelo Tribunal de Contas são *todos e apenas* os previstos no n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, o qual dispõe como se segue:
"Artigo 65.º
Responsabilidades financeiras sancionatórias
1 — O Tribunal de Contas pode aplicar multas *nos casos seguintes*:
a) Pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas;
b) Pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da *assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos*;
c) Pela falta de efectivação ou retenção indevida dos descontos legalmente obrigatórios a efectuar ao pessoal;
d) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património;
e) Pelos adiantamentos por conta de pagamentos nos casos não expressamente previstos na lei;
f) Pela utilização de empréstimos públicos em finalidade diversa da legalmente prevista, bem como pela ultrapassagem dos limites legais da capacidade de endividamento;
g) Pela utilização indevida de fundos movimentados por operações de tesouraria para financiar despesas públicas.
h) Pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos;
i) Pela utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista;
j) Pelo não acatamento reiterado e injustificado das injunções e das recomendações do Tribunal;
l) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à admissão de pessoal.
(…)" (itálicos nossos).
Adicionalmente, cumpre ainda esclarecer que os "compromissos" referidos na alínea b), *in fine*, do artigo acima transcrito, só poderão ser *compromissos derivados de despesas públicas* e não outros.

[26] VITAL MOREIRA, *O Tribunal de Contas e a reforma da administração pública, in Comemorações dos 150 anos do Tribunal de Contas*, p. 49.

[27] SOUSA FRANCO, *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I., 4.ª Ed. (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, p. 297.

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

ao processamento das despesas públicas, o que não sucede no que concerne aos Hospitais E.P.E..

É isto que explica, designadamente, que o referido artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, *apenas* determinasse a aplicação do "regime de direito comunitário relativo à *contratação* pública" (itálico nosso). O bloco de normas relativas à *realização das despesas públicas* [28] *não é aplicável aos Hospitais E.P.E., porquanto, as despesas realizadas por estas entidades não devem, em rigor, ser qualificadas como despesas públicas.*

Em consequência, sendo tal qualificação – de *despesa pública* – imprescindível para efeitos de aplicação, em sede de efectivação de responsabilidades financeiras sancionatórias, da alínea b), do n.º 1, do artigo 65.º, da LOPTC, não se poderá, em concreto, considerar violada aquela norma [29], contrariamente ao considerado no Relato de Auditoria que agora se contesta.

Equacionando, sem conceder, que o douto Tribunal de Contas (re)considere existir norma habilitante para efeitos de imputação das alegadas infracções financeiras, seguidamente será demonstrado, individualizadamente, os motivos pelos quais nenhuma daquelas infracções pode, em concreto, ser aplicada, por falta dos pressupostos de que depende a efectivação da responsabilidade financeira sancionatória.

III. 2 – A propósito da não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em 2007 (adjudicação) e em 2009 (renovação), para a aquisição de serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas pelo CHLO – ponto 7.1 e Quadro III do Anexo I do Relato de Auditoria

O Relato de Auditoria do Tribunal de Contas que agora se contesta considera como facto susceptível de integrar infracções financeiras a "não realização do

[28] Cfr. os artigos 16.º a 22.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, normativos cuja vigência foi expressamente ressalvada pelo Diploma Preambular que aprovou o CCP (cfr. artigo 14.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro).

[29] Ou qualquer outra das alíneas do artigo 65.º, n.º 1, da LOPTC.

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

procedimento de contratação legalmente exigível, em 2007 (adjudicação) e em 2009 (renovação), para a aquisição de serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas" pelo CHLO.

Genericamente, esclarece-se que o facto assinalado não pode sustentar qualquer efectivação de responsabilidade financeira, designadamente na modalidade de responsabilidade sancionatória (artigos 65.º e ss. da LOPTC), na medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da *ilicitude*, da *culpa* e da existência de *norma (sancionatória) habilitante* para o efeito.

Quanto a este último pressuposto, remetemos para o que acima concluímos (cfr. ponto III. 1 *supra*), não carecendo de mais desenvolvimentos.

Já no que à *ilicitude* se refere, é manifesto que a mesma não se verifica, em qualquer das suas possíveis dimensões: o mesmo é dizer, quer seja por *acção* quer seja por *omissão*.

Com efeito, o hipotético *ilícito activo* não procede. Conclusão diversa não seria sustentável, em especial porque:

(i) As prestações típicas do contrato celebrado com o SUCH encontram pleno respaldo nos Estatutos deste último (cfr. o artigo 2.º, n.º 1, dos Estatutos do SUCH, ao estabelecer que este tem por objecto *tomar a seu cargo iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados*, designadamente prestando-lhes *assistência técnica no domínio das instalações e equipamentos*);

(ii) A orientação vertida nos pareceres n.ºs 1/95 e 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, quer em 2007 quer em 2009, foi, e bem, considerada actual, tendo vido a merecer expresso acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, normativo que consagra no direito interno positivo a figura da relação *in house*, porquanto se considera ter havido uma subtracção legítima às regras da contratação pública – como se deixou dito, adere-se, nesta parte, e salvo quando tal não se conforme com a defesa aqui realizada, à argumentação

19

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

expendida pelo SUCH sobre esta questão – , o que afasta a ilicitude assinalada.

Do mesmo modo, será manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLO, subjacente à afirmação de que "era exigível às entidades públicas adjudicantes que, junto da Associação [o SUCH], garantissem o cumprimento por esta dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública" (cfr. por exemplo, pp. 10-11, 37 e 46 do Relato de Auditoria).

E isto porque *inexiste qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLO o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros.*

Aliás, poder-se-á mesmo com propriedade afirmar que, estando o SUCH, para a prossecução das suas atribuições (isto é, para satisfação das suas próprias necessidades de funcionamento e organização), adstrito ao cumprimento das regras de contratação pública – por, num plano *subjectivo*, se dever considerar um *organismo de direito público* (cfr. *supra*), e ainda por, num plano *objectivo*, tal actividade já se situar num plano totalmente distinto do da satisfação das necessidades dos seus Associados, não comungando, aí, daquele substrato cooperativo (de cooperação material e entreajuda) que anima a sua actividade principal do SUCH, conforme impressivamente foi defendido no Parecer n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República – o CHLO poderia legitimamente assumir/presumir (caso tivesse que o fazer, o que não se concede) que o SUCH teria diligentemente observado as regras de contratação pública nas suas relações com terceiros, estranhos à relação contratual com esta Associação firmada para prestação de serviços de assistência técnica a equipamentos e instalações em causa. Com efeito, não deve ser considerado negligente (o CHLO) quem presumiu que outrem (o SUCH) cumpriu os deveres de diligência (na promoção dos competentes procedimentos pré-contratuais nas suas relações com terceiros) a que estava obrigado.

Nem se invoque, em sentido contrário, a qualidade de associado de que goza o CHLO em face do SUCH, para daí se pretender extrair, pelo menos, qualquer co-

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

responsabilidade pelos ilícitos eventualmente cometidos por aquela Associação. A *autonomia e individualidade que juridicamente é reconhecida às duas entidades, associado (CHLO) e associação (SUCH), postula, nos termos gerais de Direito, que cada uma responde pela sua actuação*, por acção ou omissão. Evidentemente que, sendo entidades *juridicamente distintas*, *com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades*, o CHLO não pode ser responsabilizado por eventuais incumprimentos das regras de contratação pública por parte do SUCH, nas relações deste último com terceiros.

O que acabou de se deixar dito é válido, designadamente, a propósito da escolha da entidade subcontratada, o SUCH-DALKIA. Em todo o caso, e especificamente no que se refere ao contrato em causa – prestação serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas do CHLO, de ora em diante, apenas "Contrato" – , importa ter presente três notas adicionais, a saber:

(i) O contrato foi (licitamente, cfr. *supra*) celebrado em 2007 e renovado em 2009, *com o SUCH*, e *não* com o SUCH-DALKIA;

(ii) O facto de o SUCH ter subcontratado o SUCH-DALKIA, convoca duas consequências que se devem, em rigor, não confundir: por um lado, o eventual incumprimento do dever de respeito pelas regras da contratação pública, que unicamente deve ser imputado ao SUCH, por este não ter submetido à concorrência a parte da prestação objecto do Contrato subcontratada ao SUCH-DALKIA; por outro lado, a inexistência de qualquer dever de sindicância por parte do CHLO do cumprimento daquela obrigação por parte do SUCH – num caso e no outro, pelos motivos acima expendidos;

(iii) Por último, importa notar que, na economia do contrato, as prestações objecto do Contrato que foram subcontratadas ao SUCH-DALKIA foram significativamente reduzidas: em 2007, cifrou-se em 27,5% do preço contratual, tendo, em 2009, essa percentagem sido mais reduzida (25,3% do preço contratual). Corroborando em alguma medida este entendimento, note-se que o valor (indirecto, porque aferido por %)

21

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

máximo de subcontratação actualmente permitido pela legislação nacional [30] é muito superior a esses valores.

Relativamente ao pressuposto da *culpa* – cuja verificação é exigível, nos termos do n.º 5, do artigo 61.º, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória *ex vi* artigo 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC – é forçoso concluir, em face da já mencionada função mediatamente orientadora do agir, que inegavelmente flui dos pareceres da Procuradoria-Geral da República, mesmo para entidades com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, como o CHLO, conforme se extrai por interpretação teleológica do artigo 43.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, nos termos já aduzidos (cfr. ponto III. 1 *supra*).

Adicionalmente, importará notar que *o CHLO encontra-se a ultimar a preparação de um procedimento concursal, com publicação no Jornal Oficial da União Europeia, tendente à aquisição daqueles serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas para o ano de 2010*. Na verdade, *o Conselho de Administração do CHLO autorizou, em 20 de Agosto de 2009* (Despacho em anexo, como Doc. único), na sequência de um Ofício do Serviço de Aprovisionamento, (i) a renovação do Protocolo com o SUCH, para o ano de 2009, em virtude de, pelos motivos apontados, se considerar uma subtracção legítima às regras da contratação pública, e, simultaneamente, (ii) a preparação de um Caderno de Encargos [31] pelo Serviço de Instalações e Equipamentos desta unidade hospitalar, tendo em vista a abertura do referido procedimento concursal para o ano de 2010, de forma a verificar se, em termos de economia, eficácia e eficiência, a prestação do SUCH se se justificaria manter – facto este que não poderá ser ignorado como atenuante, na circunstância, meramente hipotética, de o douto Tribunal de Contas vir a considerar verificada a culpa, o que de modo algum se concede.

---

[30] Veja-se, a este propósito, o previsto no artigo 383.º, n.º 2, do CCP, aplicável às subempreitadas de obras públicas, ao estabelecer que "não pode o empreiteiro *subcontratar prestações objecto do contrato de valor total superior a 75 %* do preço contratual" (itálico nosso). Não se ignora o facto de esta ser uma disposição especial, apenas aplicável no domínio das empreitadas de obras públicas. Porém, inexistindo qualquer outro limite legalmente (cfr. artigo 318.º, n.º 4, do CCP) fixado, que tenha por efeito proibir a subcontratação de determinadas prestações contratuais ou de prestações cujo valor acumulado exceda uma determinada percentagem do preço contratual, será legítimo assumir aquele valor (75%) como um limite máximo de referência, designadamente para efeitos de interpretação teleológica do normativo (este já de âmbito geral) constante do artigo 318.º, n.º 5, do CCP.

[31] O qual, contudo, ainda não se encontra concluído em virtude da extrema complexidade e dimensão do objecto contratual em causa, na medida em que se visa proceder à aquisição de serviços de manutenção para todas as instalações e equipamentos não médicos para as três unidades hospitalares que integram o CHLO.

22

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Pelos motivos expendidos, será imperativo considerar que não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar qualquer responsabilidade a título de negligência, na medida em que, conforme referido, não houve, designadamente, qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada a convicção dos membros do Conselho de Administração do CHLO, ora signatários, da legalidade de todo o procedimento de contratação ao SUCH, o que, de igual modo, nos termos expostos, permite afastar também a ilicitude de tal conduta.

III. 3 – A propósito da não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística pelo CHLO – ponto 8.1.1 e Quadro IV do Anexo I do Relato de Auditoria

O Relato de Auditoria do Tribunal de Contas que agora se contesta considera ainda como facto susceptível de integrar infracções financeiras a "não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística" pelo CHLO.

Desde já se diga que o facto assinalado não pode sustentar qualquer efectivação de responsabilidade financeira, designadamente na modalidade de responsabilidade sancionatória (artigos 65.º e ss. da LOPTC), na medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da *ilicitude*, da *culpa* e da existência de uma *norma (sancionatória) habilitante* para o efeito.

Quanto a este último pressuposto, para além de recordar o que acima concluímos (cfr. ponto III. 1 *supra*) – a saber, as despesas realizadas pelos Hospitais E. P.E. não devem ser qualificadas como despesas públicas, pois não são realizadas de acordo com o conjunto de normas que regulam o respectivo processamento – cumpre salientar que, como o Tribunal de Contas reconhece, *"nenhum dos Centros Hospitalares aderentes a estes serviços efectuou qualquer pagamento ao abrigo dos contratos de adesão identificados"* (cfr. ponto 8.1.1. do Relato de Auditoria, p. 63), *situação que, no que ao CHLO se refere, mantém-se até à data,* e não será alterada,

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

como lucidamente o douto Tribunal reconhece no penúltimo § e na parte final do último § da p. 82 do Relato de Auditoria [32].

Assim sendo, a adesão do CHLO à referida Central de Compras e Logística não gerou qualquer despesa com dinheiros públicos – nem *despesa pública*, no sentido acima propugnado – , o que corrobora a inaplicabilidade no caso vertente da norma sancionatória considerada violada (o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC).

Relativamente ao pressuposto da *ilicitude*, afigura-se conveniente distinguir duas situações, que, em rigor, estão umbilicalmente interligadas, pelo que devem merecer, porém, quando possível, um tratamento unitário:

(i) *A eventual responsabilidade pela não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística, em consequência da participação do CHLO no Somos Compras, A.C.E.* – parecendo ser este o facto considerado pelo Tribunal de Contas como sendo susceptível de integrar uma eventual infracção financeira;

(ii) *A eventual responsabilidade financeira pela inobservância pelo Somos Compras, A.C.E. das regras de contratação pública.*

Quanto à primeira situação (cfr. (i) *supra*), consideramos ter inexistido qualquer ilegalidade aquando da celebração do referido Protocolo de Adesão, que precedeu a prestação de compras e logística Somos Compras, A.C.E.

Assim é, de facto, porque *a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública.*

Quer o SUCH (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea d), dos respectivos Estatutos), quer o CHLO (cfr. artigos 10.º, n.º 1, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2005 e 37.º do RSEE),

---

[32] Aí se afirma peremptoriamente o seguinte: *"Compreende-se assim a recusa dos três Centros Hospitalares em aceitar a facturação emitida pelo ACE".*

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

no exercício da ampla autonomia de gestão que legalmente lhes é reconhecida [33], plasmada nos respectivos Estatutos e Regulamentos Internos, procederam, *nos termos da lei aplicável – a saber, a Lei n.º 4/73, de 4 de Junho* [34] *e o Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto* [35] *– à constituição de A.C.E. "a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades"* (cfr. Base I, n.º 1, *in fine*).

Como se afigura evidente em face das disposições de direito comunitário e nacional aplicáveis, *nenhuma vinculação legal ou contratual, nacional ou comunitária, existe que obrigue à sujeição da constituição de um A.C.E., ainda que também composto por parceiros privados, às regras da contratação pública.*

Tanto mais que se trata de uma estrutura instrumental à prossecução dos objectivos das várias entidades que a integram, daí que, em princípio, não possa visar o lucro (cfr. Base II, n.º 1).

Se a solução atrás exposta era evidente à data da constituição do Somos Compras, A.C.E. – sendo esse, em última análise, o facto que releva para os presentes efeitos, impedindo que se considere preenchido o pressuposto da ilicitude, por não ter havido qualquer violação da legalidade objectiva à data vigente –, sempre se dirá que com a entrada em vigor do CCP a situação não se considera substancialmente alterada. Na verdade, para além da sujeição a procedimentos de formação de contratos públicos de todos os tipos *típicos* de contratos constantes das Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, o legislador nacional *optou, não tendo que o fazer* – donde, nem sequer se poderá por esta via equacionar, à data da constituição do Somos Compras, A.C.E., qualquer adstringência a uma hipotética interpretação conforme ao direito comunitário, que tivesse por consequência a sujeição da constituição daquela estrutura às regras da contratação pública – , por estender o âmbito material de aplicação do CCP aos contratos de sociedade, *mas não* a quaisquer figuras afins

[33] Autonomia pública essa que pressupõe a liberdade de auto-organização de todos os entes administrativos, conforme se infere a partir de uma interpretação holística, por exemplo, dos preceitos 111.º (princípio da separação de poderes) e 199.º (donde se extrai uma reserva geral de administração), ambos da Constituição.

[34] Diploma que estabelece as bases gerais do regime jurídico dos agrupamentos complementares de empresas, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.os 36/2000, de 14 de Março e 76-A/2006, de 29 de Março.

[35] Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.os 36/2000, de 14 de Março, e 323/2001, de 17 de Dezembro.

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

desse tipo contratual, como é o caso de consórcios ou agrupamentos complementares de empresas.

No que tange à eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho de Administração do CHLO em virtude da eventual não observância pelo Somos Compras, A.C.E., das regras da contratação pública (cfr. (ii) *supra*), haverá, sinopticamente, que referir o seguinte:

(i) A partir do momento em que o Somos Compras, A.C.E., adquiriu personalidade jurídica (com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial, em conformidade com o previsto na Base IV da Lei n.º 4/73), a actuação por este desenvolvida deverá, em primeira linha [36], a este ser imputável, nos termos gerais de direito, em virtude de, a partir desse momento, para todos os efeitos, se dever considerar que aquela estrutura se autonomizou das entidades que determinaram a sua constituição e que nela participam, originando um novo e autónomo centro de imputação de direitos e deveres, realidade que não poderá ser ignorada e que reveste uma importância de tomo neste âmbito;

(ii) Neste contexto, será igualmente manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLO, em virtude de o Somos Compras, A.C.E., não ter eventualmente respeitado o regime de contratação pública a que se encontrava sujeito, nos termos expressamente previsto n.º 8, da "CLÁUSULA QUARTA", do Protocolo de Adesão [37];

(iii) Inexistindo qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLO o dever jurídico de controlo da

---

[36] Não se ignorando, porém, a possibilidade de uma responsabilidade *meramente subsidiária* por parte das entidades que participam naquele A.C.E., nos termos gerais de Direito Societário (artigo 175.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável *ex vi* artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 470/73, de 25 de Agosto.

[37] Como já se teve oportunidade de referir, o CHLO poderia legitimamente assumir, no exercício de um hipotético dever de vigilância, que o Somos Compras, A.C.E. teria diligentemente observado as regras de contratação pública nas suas relações com terceiros, como lhe era imposto no referido normativo do Protocolo de Adesão. Com efeito, não deve ser considerado negligente (o CHLO) quem presumiu que outrem (o Somos Compras, A.C.E.) cumpriu os deveres de diligência (na promoção dos competentes procedimentos pré-contratuais nas suas relações com terceiros) a que estava obrigado.

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

legalidade dos procedimentos por aquele A.C.E. realizados – sendo apodíctico, como se viu (cfr. (i) *supra*), que em virtude da autonomia jurídica reconhecida ao Somos Compras, A.C.E., este e as demais entidades que o integram são *insusceptíveis de apreensão unitária*, querendo tal apenas significar que são *juridicamente distintas, com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades.*

Findo este breve excurso sobre a (falta de) *ilicitude* (*activa* ou *omissiva*) a propósito da infracção financeira assacada pelo Relato de Auditoria aos membros do Conselho de Administração do CHLO, que agora nos ocupa, ocupar-nos-emos, seguidamente, do pressuposto da *culpa*, pois, como é sabido, nos termos do n.º 5, do artigo 61.º, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória *ex vi* artigo 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, "*a responsabilidade (…) só ocorre se a acção for praticada com culpa*".

Pelos motivos já expostos, e por aqueles que de ora em diante melhor serão dissecados, será imperativo considerar que não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar qualquer responsabilidade a título de negligência, na medida em que não houve, designadamente, qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após as diligências efectuadas e o enquadramento histórico da situação) a convicção dos membros do Conselho de Administração do CHLO, ora signatários, da legalidade de todo o processo de adesão.

Objectivamente, podem ser elencados os motivos pelo qual manifestamente carece em absoluto de *culpa* (mesmo na menos agravada forma de negligência) o facto que determina a infracção financeira em apreço:

(i) A existência dos pareceres n.os 1/95 e 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, e a função mediatamente orientadora que dos mesmos flui, mesmo para entidades com autonomia

[38] Não obstante, por manifesta diligência superior à exigida, o CHLO, assim como os demais associados, manifestaram as suas dúvidas sobre a legalidade dos ajustes directos realizados pelo Somos Compras, E.P.E., razão que em parte explica a rigorosa descrição contida nos §§ 3.º e ss. das pp. 81 a 83 do Relato de Auditoria, expurgados de todos os juízos conclusivos e da manteria de direito neles contida.

27

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

administrativa, financeira e patrimonial, como o CHLO, conforme se retira por interpretação teleológica do artigo 43.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, nos termos atrás aduzidos (cfr. ponto III. 1 *supra*), para onde ser remete; e,

(ii) A vinculação do CHLO, assim como dos demais associados, às orientações da Tutela, no sentido de se proceder à centralização de aquisições de bens e serviços no sector da Saúde, constituindo o Somos Compras, A.C.E., uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato.

Se relativamente ao primeiro motivo atrás apontado não se justificam mais observações, o mesmo não sucede no que ao segundo motivo concerne. Vejamos.

Efectivamente, como o Tribunal de Contas reconhece, "[a] constituição de serviços partilhados na Administração Pública integra-se, a par do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), na estratégia de reorganização e modernização da Administração Pública dos XVII e XVIII Governos Constitucionais (…). No Sector da Saúde, a criação dos serviços partilhados insere-se, ainda, nos objectos de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde." (cfr. § primeiro do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59), logo depois afirmando que "[d]ecorre de diversos actos do Governo, praticados entre 2006 e 2009, identificados no Anexo V [do mesmo Relato de Auditoria], que a criação dos serviços partilhados no Sector da Saúde (…) seria responsabilidade do SUCH" (cfr. § segundo do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59).

Este *indirizzo* político (em sentido lato) exercido pela Tutela [39], traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades hospitalares – de acordo com a teleologia que flui do n.º 2, do artigo 11.º do RSEE, secundada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março [40], onde se deixou dito que "[a]s empresas públicas que integram o sector empresarial do

[39] Note-se que, de acordo com o artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, "*compete ao Ministro da Saúde definir normas de organização e de actuação hospital*", competência a qual foi delegada no Secretário de Estado Adjunto da Saúde, por intermédio do Despacho n.º 9251/2008, da Ministra da Saúde, de 5 de Março.

[40] Publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 79, de 22 de Abril de 2008.

28

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Estado devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo, num quadro de racionalidade empresarial" – , associadas do SUCH, entre as quais o CHLO, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, é expressamente assumida em variados actos, dos quais se destacam, cronologicamente, os seguintes:

(i) Os Estatutos do SUCH, que passaram a prever, a partir de 2006, a possibilidade de constituição de serviços partilhados – *alteração estatutária objecto de tutela integrativa*, nos termos previstos no n.º 2, do artigo 15.º dos mesmos Estatutos;

(ii) Como também se refere no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 51), "[o]s serviços partilhados de compras e logística (…), desenvolvidos através de Agrupamentos Complementares de Empresas constituídos pelo SUCH – o Somos Compras, A.C.E., criado em Abril de 2007 (…) – são expressamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [41] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2008**" (negritos no original);

(iii) Em alguma medida, a já referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março, que aprovou, em anexo, "as orientações estratégicas do Estado destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, entre as quais se salienta as expressas nos pontos 1 de I [42] e 2 de II [43];

(iv) O artigo 13.º, (e, *maxime*, o seu n.º 1) do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – tanto mais significativo quando se constata que este Diploma legal foi publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o*

[41] Aprovadas pela Lei n.º 31/2007, de 10 de Agosto.

[42] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**I — Enquadramento geral da actuação do sector empresarial do Estado**
1 — As empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado *devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo*, num quadro de racionalidade empresarial" (negrito no original; itálico nosso).

[43] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**II — Principais áreas de orientação dirigidas ao sector empresarial do Estado**
2 — As empresas públicas *devem dar cumprimento à execução das orientações definidas no número anterior*, propondo ao Ministro das Finanças e aos ministros responsáveis pelos *sectores de actividade*, por referência às mesmas, os indicadores de desempenho respectivos" (negrito no original; itálico nosso).

29

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Protocolo de Adesão, em 7 de Outubro (cfr. referido em a) do ponto II. *supra*) – , através do qual o Somos Compras, A.C.E., foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade;

(v) Em linha com a factualidade indicada nas alíneas precedentes, o facto de a participação dos Centros Hospitalares de Lisboa, entre os quais o CHLO, no Somos Compras, A.C.E., ter sido autorizada por despacho conjunto pelos Secretários de Estado do Tesouro e Finanças e da Saúde, no uso de competência delegada pelos respectivos Ministros das Finanças e da Saúde, respectivamente, nos termos previstos na alínea i), do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro (cfr. ainda o artigo 37.º do RSEE);

(vi) Conforme também referido no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 52), "[o]s serviços partilhados constituídos pelo SUCH foram novamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [44] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2009**" (negritos no original);

(vii) O Protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A.C.E., celebrado em 30 de Julho de 2009, ao abrigo do n.º 3, do artigo 10.º, do já referido Decreto-Lei n.º 200/2008, e objecto de Despacho de autorização do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, na mesma data (cfr. Anexo V do Relato de Auditoria, p. 52);

(viii) Enfim, paradigmático desse *indirizzo* político é ainda o conjunto de considerações expendidas no Preâmbulo do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto [45], que instituiu o Sistema Comum de Compras, no âmbito da articulação entre as centrais de compras da área da Saúde, das quais se destacam as seguintes passagens:

---

[44] Aprovadas pela Lei n.º 41/2008, de 13 de Agosto.

[45] Publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 155, de 12 de Agosto de 2009.

30

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

*"**O Ministério da Saúde tem vindo a desenvolver uma linha de actuação tendente à criação de serviços partilhados em saúde**, o que exige uma complexa operação inerente ao processo de compras, que inevitavelmente requer meios técnicos e tecnológicos adequados com vista à utilização de estruturas centrais com as consequentes sinergias e economias de escala. Trata-se de uma opção que visa contribuir para a sustentabilidade económico-financeira do Serviço Nacional de Saúde.*

(…)

*A unidade ministerial de compras assegurada pela ACSS e o **Somos Compras, A. C. E., agrupamento complementar de empresas, foram considerados centrais de compras públicas do sistema de saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro**, (…).*

*As novas formas de contratação pública e a **acima referida criação das centrais na área da saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, impõem o estabelecimento de novas regras em matéria de contratação de bens e serviços**.*

*Para esse efeito, **justifica-se a criação de um Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde, utilizando o protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A. C. E.**, o qual disponibiliza uma infra-estrutura comum para as compras de bens específicos do sector da saúde.*

Neste enquadramento, torna-se necessário criar as condições para que o Sistema Comum de Compras alcance níveis de actividade que revelem economia, eficácia e eficiência.

***Para o efeito, deve ser iniciada a aquisição centralizada com determinados bens e serviços. Esta aquisição** no contexto do Sistema Comum de Compras **deve ser obrigatória para todos os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde**" (negritos nossos).*

31

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

(ix) Elucidativo é, igualmente, o teor de algumas das disposições contidas naquele Despacho, e que demonstram em termos apodícticos a obrigatoriedade [46] de aquisição de bens e serviços pelo CHLO, nomeadamente, "para os quais exista ou venha a existir um contrato público de aprovisionamento", entre os quais aqueles que fossem promovidos pelo Somos Compras, A.C.E..

A ambiência factual atrás descrita, se dúvidas ainda restassem, afasta por completo qualquer possibilidade de imputação da responsabilidade financeira sancionatória em apreço aos membros do Conselho de Administração do CHLO, por falta de um dos seus pressupostos: a *culpa*.

Assim, e sem prejuízo das demais considerações expendias no ponto II. *supra* das presentes alegações, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em que ficou demonstrado que não houve qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após o enquadramento jurídico e histórico da efectuado) a convicção da legalidade de todo o procedimento, nos termos acima descritos, não lhes sendo, em concreto, exigível uma diligência superior.

[46] Cfr. pontos 4 a 7 do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto.

32

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

IV – CONCLUSÃO

As auditorias do Tribunal de Contas são instrumentos fundamentais na constante procura de uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia por parte do CHLO

Efectivamente, o CHLO sempre procurou, e procura, pautar a sua actividade de acordo com princípios de legalidade, racionalidade económica, economia, eficácia e eficiência na gestão dos dinheiros públicos.

Por conseguinte, é com acérrima dificuldade que se admite qualquer imputação de responsabilidades financeiras aos membros do Conselho de Administração deste Centro Hospitalar.

Vejamos:

O entendimento vertido pareceres n.ºs 1/95 e 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, corroborado por diversos pareceres jurídicos – no sentido de considerar que o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da *auto-satisfação das necessidades da Administração*, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública – é determinante, nos termos expostos, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade – *imediatamente* para afastar a *culpa*, em função do efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* – que aos signatários possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

A isto acresce o facto de se dever considerar que aquele entendimento encontra hoje expresso acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, nos termos expostos pelo SUCH, porquanto se considera ainda actual a apontada subtracção legítima às regras da contratação pública.

33

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Releva igualmente para o afastamento da culpa, a consideração do *indirizzo* político exercido pela Tutela, traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades hospitalares, associadas do SUCH, entre as quais o CHLO, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, expressamente assumida em variados actos, nos termos *supra* detidamente analisados.

Doutro passo, será manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLO, subjacente à afirmação de que "era exigível às entidades públicas adjudicantes que, junto da Associação [o SUCH], garantissem o cumprimento por esta dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública". E isto porque inexiste qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLO o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos pré-contratuais realizados pelo SUCH na sua relação com terceiros. Tal conclusão não é afastada, de modo algum, pela qualidade de associado de que goza o CHLO em face do SUCH: a autonomia e individualidade que juridicamente é reconhecida às duas entidades, associado (CHLO) e associação (SUCH), postula, nos termos gerais de Direito, que cada uma responda pela sua actuação, por acção ou omissão. Evidentemente que, sendo entidades juridicamente distintas, com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades, o CHLO não pode ser responsabilizado por eventuais incumprimentos das regras de contratação pública por parte do SUCH, nas relações deste último com terceiros.

O que acabou de se deixar dito é válido especificamente no que se refere ao Contrato celebrado em 2007 e renovado em 2009, com o SUCH, e não com o SUCH-DALKIA: o eventual incumprimento do dever de respeito pelas regras da contratação pública aquando da escolha da entidade subcontratada (o SUCH-DALKIA) unicamente deve ser imputado ao SUCH, inexistindo qualquer dever de sindicância por parte do CHLO do cumprimento daquela obrigação por parte do SUCH. De todo o modo, importa notar que, na economia do contrato, as prestações objecto do Contrato que foram subcontratadas ao SUCH-DALKIA foram significativamente reduzidas (a saber, 27,5% e 25,3% do preço contratual, em 2007 e 2009, respectivamente).

34

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Ministério da Saúde

LISBOA OCIDENTAL, E.P.E.

Não obstante, e como os auditores puderam constatar, o CHLO encontra-se a ultimar a preparação de um procedimento concursal, com publicação no *Jornal Oficial da União Europeia,* tendente à aquisição daqueles serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas para o ano de 2010 (cfr. Despacho do CA de 20 de Agosto de 2009, em anexo, Doc. único)

Mutatis mutandis, o mesmo se diga no que tange à eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho de Administração do CHLO em virtude da eventual não observância pelo Somos Compras, A.C.E. das regras da contratação pública: (i) a partir do momento em que o Somos Compras, A.C.E., adquiriu personalidade jurídica (com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial, em conformidade com o previsto na Base IV da Lei n.º 4/73), a actuação por este desenvolvida deverá, em primeira linha, a este ser imputável, nos termos gerais de direito, em virtude de, a partir desse momento, para todos os efeitos, se dever considerar que aquela estrutura se autonomizou das entidades que determinaram a sua constituição e que nela participam, originando um novo e autónomo centro de imputação de direitos e deveres, realidade que não poderá ser ignorada e que reveste uma importância de tomo neste âmbito; (ii) assim, será igualmente manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLO, em virtude de o Somos Compras, A.C.E., não ter eventualmente respeitado o regime de contratação pública a que se encontrava sujeito, nos termos expressamente previstos no n.º 8, da "CLÁUSULA QUARTA", do Protocolo de Adesão; (iii) inexistindo qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLO o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos por aquele A.C.E. realizados.

Por sua vez, a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública.

Termos em que, em face do exposto, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em

35

Estrada do Forte do Alto do Duque - 1449-005 Lisboa - Telef.: 21 300 03 00 - Fax: 21 008 36 43 - Email: chlo@chlo.min-saude.pt
NIPC (Número de Identificação de Pessoa Colectiva): 507 618 319

Termos em que, em face do exposto, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em que ficou demonstrado que não houve qualquer omissão de deveres de diligência, ou outros.

Neste contexto, os membros do Conselho de Administração do CHLO visados no Relato de Auditoria, aguardam com expectativa, mas com a tranquilidade própria de quem bem procedeu, o desenrolar do presente processo de auditoria.

Lisboa, 22 de Junho de 2010

Com os melhores cumprimentos

Os Signatários

38

DGTC 22 06'10 11562

Alegações do Vogal Executivo no exercício de 2008

- Contraditório pessoal -

Sua Excelência
Senhor Conselheiro da Área
Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes
Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

CC. Exmo. Auditor Coordenador
Abílio de Matos

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos. Contraditório.

Paulo Alexandre Videira Pinheiro de Freitas, ex-Vogal Executivo do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, titular do BI com o número 5335757, emitido em 22/06/2006, pelo Arquivo de Identificação de Lisboa, tendo sido notificado pelo Tribunal de Contas para se pronunciar, querendo, em sede de audiência prévia dos interessados, relativamente ao Relato da Auditoria "orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009" (Processo n.º 27/09 – Relato, I – Sumário, p. 5), vem por este meio informar V. Exa. da sua **adesão integral à defesa efectuada pelos demais membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental**, mais informando que todos os actos que eventualmente lhe possam ser imputados foram praticados na convicção absoluta e fundada da sua conformidade com a legislação em vigor, encontrando-se assim afastada qualquer culpa na prática de eventuais irregularidades alegadamente ocorridas, o que, ainda assim, não se concede tenha ocorrido.

Com os melhores cumprimentos,

Porto, 18 de Junho de 2010

DGTC 22 06'10 11488

X. Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE

- Contraditório institucional e pessoal –

(As alegações apresentadas, em conjunto, pelos responsáveis membros do CA actual, e pelos ex-membros deste órgão, em separado, são de teor coincidente)

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

Sua Excelência
Senhor Conselheiro da Área
Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes

CC. Exmo. Auditor Coordenador
Abílio de Matos

Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

Refª PCA – 22.JUN.2010 – 0352

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos. Alegações dos membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E.P.E.

Exmo. Senhor Conselheiro da Área Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes,

João Álvaro Leonardo Correia da Cunha, com o cartão de Cidadão nº 1047073, válido até 04.05.2015, Jorge Manuel Firmo Poole da Costa com o Cartão de Cidadão nº 5329443, válido até 26.05.2015 e Catarina das Dores Praça dos Santos Batuca com o Cartão de Cidadão nº 4736288, válido até 21.11.2014, todos membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E.P.E. (de ora em diante, apenas "CHLN"), no exercício de 2008, tendo sido notificados para se pronunciarem, querendo, em sede de audiência prévia dos interessados, relativamente ao Relato da Auditoria do Tribunal de Contas "orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009" (Processo n.º 27/09 – Relato, I – Sumário, p. 5), vêm por este meio apresentar a respectiva pronúncia nos termos e com os fundamentos seguintes:

[redacted]

1

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

I – INTRODUÇÃO

Nos parágrafos que se seguem procurar-se-á fazer o contraditório à infracção financeira alegadamente cometida pelos signatários, indicada no Relato da Auditoria acima melhor identificado, e sumariada no Quadro XI do seu "Anexo I – Eventuais infracções financeiras". Antes de se detalhar a presente resposta, porém, impõe-se tecer alguns comentários iniciais.

Desde já cumpre salientar que os signatários registam, com muito agrado, a presença do Tribunal de Contas nas suas instalações para a realização da presente auditoria. Para o CHLN, como para qualquer outra entidade, as auditorias do Tribunal de Contas são fundamentais na constante procura de uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia.

As contribuições resultantes das questões e sugestões colocadas pelos auditores durante a auditoria, e nos relatos dela resultante, são cruciais para que se possam ajustar linhas de orientação e corrigir os procedimentos que suportam a actividade das várias entidades auditadas.

Neste contexto, o CHLN deixa desde já aqui expresso o seu agradecimento à equipa auditora do Tribunal de Contas pelo trabalho realizado, quer nas suas instalações, quer nas instalações do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (de ora em diante, apenas "SUCH" ou "Associação"), em virtude de esta Associação ser, em alguma medida, ainda que de forma instrumental, uma *longa manus* da actividade desenvolvida por esta instituição hospitalar na satisfação das actividades colectivas no sector da Saúde.

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pinto Valente

Porém, os signatários não se conformam, pelos motivos adiante expendidos, com as conclusões do Relato de Auditoria em apreço, considerando, salvo o devido respeito, que o douto Tribunal de Contas incorreu numa errónea aplicação do direito aos factos, não procedendo, por conseguinte, a infracção financeira apontada.

[redacted]

[redacted]
ADMINISTRAÇÃO

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

3

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

II – ENQUADRAMENTO FACTUAL

Em face da infracção financeira sumariada no Quadro XI do "Anexo I – Eventuais infracções financeiras" do Relato de Auditoria, alegadamente cometida pelos signatários, releva ter presente o seguinte quadro jurídico-factual:

a) O "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Compras e Logística" (de ora em diante, apenas "Protocolo de Adesão"), assinado em 7 de Outubro de 2008 [1], veio estabelecer os termos e condições das relações contratuais futuras de aquisições de bens e serviços [2] entre o SUCH/Somos Compras A.C.E. e o CHLN [3];

b) O SUCH, através do Somos Compras, A.C.E. [4], "unidade operativa autónoma de serviços partilhados de centralização, optimização e racionalização da aquisição de bens e serviços e de disponibilização de Compras e Logística" [5], comprometeu-se a "efectuar e fornecer aos respectivos Aderentes, entre os quais o CHLN", nos "prazos, qualidades e quantidades" definidos no Protocolo de Adesão [6];

c) O n.º 2 da Cláusula Quinta [7] prevê, *correlativamente* [ao dever de fornecimento por parte do Somos Compras, A.C.E.], a *obrigatoriedade* de o CHLN adquirir os bens e serviços

[1] Data em que entrou em vigor (cf. n.º 1 da Cláusula Sétima do Protocolo de Adesão). Este Protocolo de Adesão teve como "antecedente histórico" imediato o contrato de constituição do COMPARSIS, A.C.E., celebrado a 16 de Abril de 2007.

[2] O âmbito do fornecimento (inicial) está fixado no Anexo 0 ao Protocolo de Adesão (cfr. n.º 1 da Cláusula Décima-Quinta) – encontrando-se limitado, *grosso modo*, a material de consumo clínico.

[3] Cfr. Cláusula Segunda do Protocolo de Adesão.

[4] Cfr. Cláusula Terceira, n.ºs 2 e 3 do Protocolo de Adesão.

[5] Cfr. Considerando "E)" e Cláusula Terceira, n.º 1 do Protocolo de Adesão.

[6] Cfr. Considerando "G)" e Cláusula Nona do Protocolo de Adesão.

[7] No mesmo sentido, relativamente ao "Plano Inicial de Aquisições" (Anexo 0 ao Protocolo de Adesão); cfr. n.º 2 da Cláusula Décima-Quinta.

[redacted]
ADMINISTRAÇÃO

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

acordados "em exclusividade (...) obrigando-se (...) a não solicitar a qualquer outra pessoa ou entidade a execução das tarefas ou fornecimentos dos mesmos Serviços incluídos, excepção feita à aquisição de bens e serviços que, por imposição legal, a C.C.L. [o Somos Compras, A.C.E.] não possa prestar e àqueles que contratualmente o CHLN tenha reservado para si ou excepcionado do âmbito do presente Protocolo";

d) Em suma, o respeito pelas obrigações sinalagmáticas firmadas, *de boa fé*, entre o CHLN e o Somos Compras, A.C.E., em cada momento (em especial, nos anos de 2008 e 2009) pressupôs, pois, o cumprimento daquelas obrigações por ambas as partes, e, em especial, no que ao CHLN concerne, o dever de não abrir quaisquer procedimentos aquisitivos para as categorias de bens e serviços para os quais o Somos Compras A.C.E. estivesse incumbido de centralizar as aquisições;

e) Donde, quando o Somos Compras A.C.E. não estivesse em condições de efectuar os fornecimentos de bens e serviços solicitados pelo CHLN, e desde que essa impossibilidade (objectiva e temporária) não lhe fosse imputável, o Protocolo de Adesão previa a possibilidade de o CHLN "(..:) tomar as providências necessárias a garantir, pelos seus próprios meios, o fornecimento dos bens e serviços necessários à prossecução da sua actividade, sem prejuízo da obrigação de indemnizar o SUCH pelos prejuízos causados à C.C.L. (...) quando esta seja imputável ao CHLN" [8];

f) Para efeitos do Código dos Contratos Públicos, e nos termos do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – diploma este publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão* referido em a) *supra* – , o Somos Compras, A.C.E., foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de*

[8] Cfr. n.º 4 da Cláusula Trigésima.

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE

HOSPITAL DE SANTA MARIA

lei, desta forma, a sua actividade, a qual viria a ser confirmada, designadamente, por Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto, que instituiu o Sistema Comum de Compras.

[redacted]

ADMINISTRAÇÃO

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

6

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

III – DA ALEGADA INFRACÇÃO FINANCEIRA

III. 1 – Considerações gerais

O CHLN no contexto do Sector Empresarial do Estado

Tendo presente o âmbito material do Relato de Auditoria que agora se contesta, importa, sinteticamente, proceder ao enquadramento jurídico do CHLN no contexto do Sector Empresarial do Estado, no qual aquele se integra, com especial relevo no que concerne ao regime de contratação pública que deste específico contexto emerge.

Como é sabido, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril, consagrava uma noção de empresa pública restrita às entidades dotadas de personalidade colectiva de direito público [9]. Foi apenas mais tarde que se equacionou, em grande medida por impulso do Direito Comunitário da Concorrência, uma mudança de paradigma neste domínio, visível, por exemplo, na possibilidade de certas sociedades comerciais detidas pelo Estado poderem ser consideradas como integrando uma noção ampla de empresa pública.

Este fenómeno ficou igualmente a dever-se à evolução dos quadros dogmáticos do Direito Público: as tradicionais estruturas não permitiam a celeridade e eficiência que as "novas" estruturas empresariais permitiriam alcançar, sem as quais a (cada vez mais) "Administração prestadora" ficaria tolhida de meios para responder cabalmente às crescentes necessidades que vinha sendo chamada a suprir.

[9] Artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril. Sobre este ponto, por todos, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração*, 2007, pp. 40 e ss, e SOFIA TOMÉ D'ALTE, *A nova configuração do Sector Empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, 2007, pp. 259 e ss.

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

Neste linha, o Decreto-Lei n.º 260/76 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro [10], que aprovou o Regime do Sector Empresarial do Estado (de ora em diante, apenas "RSEE"), estabelecendo um novo quadro legal sobre a matéria, consagrando uma noção diferente, mais *ampla* e de cariz *funcional*, de empresa pública, que passou a abranger igualmente pessoas colectivas privadas submetidas a influência dominante do Estado [11], tendo igualmente sido criada uma outra categoria de empresa pública, denominadas por "entidades públicas empresariais" (de ora em diante, apenas E:P.E.), sucessoras [12] das empresas públicas regidas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, atrás referidas [13].

O CHLN, que integra, por fusão, o Hospital de Santa Maria, E.P.E. e Hospital de Pulido Valente, E.P.E., foi criado pelo Decreto-Lei n.º 23/2008, de 8 de Fevereiro. O mesmo diploma legislativo aprovou também os respectivos Estatutos, constantes do Anexo II ao

[10] Na redacção que lhe foi dada, por último, pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009.
[11] Artigos 2.º e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[12] Essa continuidade encontra-se plasmada, *maxime*, no artigo 23.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[13] Na verdade, no que toca ao sector da Saúde, a criação de empresas públicas para prestação de cuidados aos cidadãos surge, do ponto de vista da fundamentação, como especialmente facilitada: já MENEZES CORDEIRO identificava *"um elenco de tipos de empresas vocacionadas para especiais ligações ao Estado"*, incluindo entre elas os *"Serviços de assistência à vida"*, correspondentes a *"unidades necessárias para a manutenção da sociedade e dos elementos que a compõem, num plano de mera conservação"*, sendo o caso, precisamente, da saúde, entre outros; cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia* (policopiado), Lisboa: A.A.F.D.L., 1984, pp. 240-243.
Numa perspectiva temporal ainda mais alargada, cumpre referir uma ideia ultimamente expressa pela Doutrina com alguma insistência, mas que faz sentido reforçar: a "privatização" operada, sob diversas formas, não é fenómeno original – cfr. neste sentido, com vários exemplos, PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, in AA / VV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, 2001, pp. 31 e ss. (31-36); e RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2005 – e também assim no âmbito da Saúde. Cabe salientar, contudo, que de entre as várias acepções de privatização existentes, apenas pode falar-se, no que toca à transformação de hospitais-institutos públicos em hospitais-empresas públicas, em privatização formal, que não em privatização material, que não seria de admitir no actual quadro constitucional – cfr. PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas...*, ob. cit., p. 40, nota 34.
Assim, e com apoio explícito da Base XXXVI n.º 3 da Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro foram criados, por Decretos-Lei de 2002, os chamados "Hospitais S.A.", sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (S.A.C.E.P.). Estes hospitais passaram a ser "empresas públicas" de acordo com o sistema criado pelo Decreto-Lei n.º 558/99. Os Hospitais S.A. tiveram, contudo, curta duração, e desaparecem enquanto ainda eram discutidos diversos aspectos do seu regime jurídico, com ênfase para o regime das aquisições de bens e serviços a que estavam sujeitos. Com efeito, os "Hospitais S.A." foram transformados em entidades públicas empresariais pelo Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho. Desta forma, os Hospitais anteriormente "SA" assumem agora, com esse Decreto-Lei e com a publicação do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, a natureza de E.P.E..

[redacted]
ADMINISTRAÇÃO

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

8

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, com as especificidades estatutárias que constam do Anexo único ao Decreto-Lei n.º 23/2008 [14]. Nos termos dos artigos1.º, .º 1 do Decreto-Lei n.º 23/2008, 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, e 23.º, n.º 1, do RSEE, o CHLN é uma pessoa colectiva pública de natureza empresarial – ou seja, uma E.P.E.. Donde, comunga de diversos traços de regime de Direito Público, encontrando-se sujeito a tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, à qual há que acrescentar o conjunto de regras constante do Capítulo I do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar (de ora em diante, apenas "RJGH"), aprovado pela Lei n.º 27/2002, de Novembro [15]. No entanto, a sua actividade é maioritariamente regida pelo Direito Privado (cfr. artigo 7.º do RSEE, também aplicável às EPE como disposição geral que é).

Nesse sentido, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005[16], que veio regular expressamente a matéria das aquisições de bens e serviços (e também das empreitadas, apesar do que afirma a epígrafe do normativo) dos Hospitais E.P.E., dispunha como segue:

> *"1. A aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos Hospitais E.P.E. regem-se pelas normas do direito privado, sem prejuízo da aplicação do regime de direito comunitário relativo à contratação pública.*
>
> *2. Devem os regulamentos internos dos Hospitais E.P.E. garantir o disposto no número anterior, bem como, em qualquer caso, o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão, designadamente a fundamentação das decisões tomadas".*

[14] Cfr. Artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 23/2008, de 8 de Fevereiro.

[15] Regras cuja compatibilização com a natureza e regime jurídico das EPE nem sempre se afigura fácil; veja-se sobretudo o artigo 6.º do RJGH.

[16] Diploma revogado pelo artigo 14.º, n.º 1, alínea o), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

[redacted]
ADMINISTRAÇÃO

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

Da norma em questão resultava que nos contratos cuja despesa estimada se cifrasse *abaixo do limiar* comunitário aplicável à aquisição de bens e serviços [17] (e empreitadas), que é o pressuposto de aplicação das Directivas comunitárias sobre contratação pública e, para estas entidades, do Código dos Contratos Públicos [18] (de ora em diante, apenas "CCP"; cfr. alínea b), do n.º 3, do artigo 5.º), o CHLN não se encontrava sujeito a procedimentos pré-contratuais especificados por lei [19]. Assim, o CHLN decidiria, em cada caso, respeitando as exigências de economia, eficiência e eficácia, que correspondem à boa utilização dos fundos públicos, qual a forma de contratar: se solicitava a todo o mercado a apresentação de propostas estáveis (aproximando-se do modelo concursal); se escolheria primeiro alguns fornecedores que julgasse adequados, solicitando apenas a esses as propostas (aproximando-se do modelo concursal com pré-qualificação); se adoptava modalidades de procedimento com negociação das propostas com os concorrentes; ou se optava por contratar directamente com o fornecedor ou prestador que considere mais adequado; e todas as combinações concebíveis destas várias modalidades. Nesta matéria, a regra é a da autonomia e liberdade por parte do CHLN. Esta

[17] Os limiares comunitários em apreço (para a aquisição de bens e serviços) são os estabelecidos na Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alterada pela Directiva n.º 205/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificada pela Directiva n.º 205/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro (€ 249.000,00), posteriormente alterados pelos Regulamentos (CE) n.º 1874/2004, da Comissão, de 28 de Outubro de 2004 (€ 236.000,00), n.º 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 (€ 211.000,00), n.º 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007 (€ 206 000,00), e, por último, pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009, da Comissão, de 30 de Novembro de 2009, actualmente em vigor (€ 193.000,00). Conforme previsto no artigo 69.º da Directiva n.º 2004/18/CE, os limiares comunitários são revistos de 2 e 2 anos, podendo ainda ocorrer revisões extraordinárias. De igual modo, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o Governo compromete-se a publicitar os valores actualizados dos limiares comunitários mediante portaria.

[18] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e já alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 233/2009, de 11 de Setembro (que alterou o Diploma Preambular), e 278/2009, de 2 de Outubro, e, por último, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril.

[19] Isto, aliás, é bem diferente de estar sujeito às "normas do direito privado", na expressão insuficiente e errónea do n.º 1, do artigo 13.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005. Na verdade, o CHLN, mesmo nestas contratações, encontrava-se sujeito aos *"princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão"*, e mesmo à *"fundamentação das decisões tomadas"* (fundamentação do ponto de vista da racionalidade e objectividade, entenda-se): é isto que resulta, desde logo, do artigo 13.º, n.º 2 do diploma legal. Sendo certo que a referência aos princípios gerais a que a lei recorre, já foi apodada de referência vazia, destinada apenas a salvaguardar as aparências – cfr. nesse sentido, SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho, in CIVITAS Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 75, Julio-Septiembre 1992, pp. 399-412 (411, nota 33) – , a verdade é que tal referência constituiu, durante a vigência daquele normativo, o "último reduto" de controlo jurídico-público da actividade de contratação de todos os Hospitais E.P.E., quando não exista aplicação do regime das Directivas comunitárias; pelo que é incorrecto e simplista falar numa pura e simples aplicação do direito privado. Actualmente, a situação não é substancialmente diferente (*vide* o disposto nos n.ºs 3 e 6, do artigo 5.º do CCP).

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

autonomia não é total, na medida em que há ainda vinculações a observar, como se viu; mas apenas é necessário que se possa emitir sobre a parte do Regulamento Interno do CHLN relativa a esta matéria e sobre a forma de contratação escolhida em cada caso concreto um juízo de conformidade com os princípios jurídico-públicos referidos. Tal juízo de conformidade não se verificaria, designadamente, se o CHLN procedesse a discriminações injustificadas entre fornecedores, ou se agisse baseado apenas em preferências pessoais, não sustentadas em critérios de racionalidade económica, o que não sucede.

Pelo contrário, quando o montante da despesa prevista fosse igual ou superior ao *limiar comunitário* em concreto aplicável, o CHLN adoptaria o procedimento pré-contratual (concursal) legalmente previsto para o efeito.

O CCP veio confirmar este entendimento, tornando efectiva uma *lógica de continuidade* com o regime de contratação pública desenhado no artigo 13.º acima transcrito, ao eximir os Hospitais E.P.E. do cumprimento da sua Parte II ("Contratação Pública") em todas as aquisições de bens, serviços e empreitadas, cujos montantes sejam inferiores ao previsto na alínea b), artigo 7.º, da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (cfr. artigo 5.º, n.º 3, do CCP) [20]. Correlativamente, a confirmar aquela asserção inicial, essa *lógica de continuidade* pode também ser encontrada no n.º 6, do mesmo artigo 5.º, do CCP – que tem como "paralelo histórico" imediato, no que àquele tipo de contratação pública realizada pelos Hospitais E.P.E. diz respeito, o já referido artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 233/2005.

[20] Sem prejuízo, de novo, do dever de observância dos princípios gerais do direito adjudicatório (*maxime*, a igualdade, a transparência e a concorrência) e dos demais princípios gerais da actividade administrativa, assim como das normas que concretizem preceitos constitucionais previstas no Código do Procedimento Administrativo (artigos 1.º, n.º 4 e 5.º, n.º 6, ambos do CCP).

[redacted]
ADMINISTRAÇÃO

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

11

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

O CHLN no contexto das relações com o SUCH e com agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos – e a contratação por estes efectuada a terceiros

Incidentalmente, mas com relevância para o que se vai deixar exposto em seguida (cfr. ponto III. 2 *infra*), importa atender, ainda que de modo perfunctório, por um lado, ao enquadramento do CHLN no contexto das relações contratuais mantidas com o SUCH e com os demais Associados, e, por outro lado, à contratação efectuada pelo SUCH com terceiras entidades, para a satisfação das suas necessidades próprias.

Como é sabido, o SUCH passou por três fases distintas: I) desde a sua criação, pelo Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Janeiro de 1965, até ao Decreto-Lei n.º 70/75, de 19 de Fevereiro, em que assumiu a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa; II) desde o Decreto-Lei n.º 70/75 até ao Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Janeiro, em que assumiu a natureza de instituto público; e III) a partir deste Decreto-Lei n.º 12/93, em que retomou a estrutura associativa e a natureza originária de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

Os seus actuais Estatutos foram publicados na II Série do *Diário da República*, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, desses Estatutos, o SUCH tem por objecto *tomar a seu cargo iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados*, podendo ainda, desde a última revisão dos seus Estatutos, operada em 2006, constituir unidades de serviços partilhados.

A natureza da contratação entre os SUCH e os seus Associados, quando estes assumem a natureza de pessoas colectivas de direito público, *maxime* os hospitais do Serviço Nacional de Saúde, foi sempre muito controvertida, tendo ficado firmada em diversos pareceres do

[redacted]
ADMINISTRAÇÃO

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

12

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Pulido Valente

Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, dos quais se destacam os seguintes: os pareceres n.os 1/95 [21] e 145/2001 [22].

O último dos mencionados pareceres da Procuradoria-Geral da República, partindo de uma análise fundamentada do substrato, do objecto e fins estatutários do SUCH, concluía que "[o] objectivo subjacente à criação do serviço situa-se, pois, e mantém-se, no campo da cooperação, isto é, na colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos Associados. Dito de outro modo, numa perspectiva materialmente cooperativa. / Na verdade, são elementos materialmente cooperativos a cooperação e entreajuda dos membros Associados, visando a satisfação, sem fins lucrativos, de necessidades, v.g. económicas destes, mesmo que, a título complementar, possam ser realizadas operações com terceiros (...). Todos estes elementos materiais confluem no âmbito estatutário de definição das finalidades do SUCH: a pessoa colectiva não tem por objectivo primordial prestar serviço em regime de mercado ou segundo as regras gerais do comércio jurídico, mas apenas prestar serviços aos Associados, procurando obter reais vantagens para estes, teleologicamente sem objectivo de lucro, perto, pois, do princípio mutualista de cooperação e entreajuda".

Por outras palavras: o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da *auto-satisfação das necessidades da Administração*, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública.

Seria aliás contraditório que o legislador permitisse que os hospitais criassem serviços de utilização comum, para possibilitar uma melhor repartição de custos, que por vezes são

[21] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 1 de Julho de 1995.

[22] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2003.

[redacted]
ADMINISTRAÇÃO

13

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — PulidoValente

avultados, a optimização dos recursos, e "*um funcionamento mais ágil*" dos Associados, e viesse, por outro lado, sujeitar a qualquer procedimento de formação de contratos públicos legalmente tipificado, a utilização de tais serviços.

Por outras palavras: se o serviço se integra no escopo estatutário do SUCH, *já existirá um contrato entre o CHLN e o SUCH, o contrato de associação, e a prestação será realizada como execução desse contrato* (de associação).

É isto que explica que no âmbito das finalidades estatutárias do SUCH (cfr. artigo 2.º dos Estatutos), os seus Associados possam com este contratar directamente, sem sujeição aos procedimentos pré-contratuais juridico-públicos legalmente tipificados.

Fora daquele domínio, a actividade do SUCH encontra-se tolhida pelos fins que nos termos do seu Estatuto tem de prosseguir, sem que, todavia, seja por completo posta de parte: nos termos do n.º 2, do artigo 2.º, dos seus Estatutos, o SUCH "(...) pode ainda [complementarmente], no regime da concorrência e do mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus Associados"; aqui o SUCH já actuará, *grosso modo*, como uma qualquer entidade privada ("no regime da concorrência e do mercado") - ainda que limitado pelo seu *escopo tendencialmente não lucrativo* -, porquanto, *neste caso*, a contratação promovida por aqueles Associados terá de observar todas as disposições legais referentes à formação de contratos públicos.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da situação em que o SUCH, para a prossecução das suas atribuições, necessite de contratar com terceiros (isto é, para satisfação das suas próprias necessidades de funcionamento e organização): por se dever considerar o SUCH um

[redacted]
ADMINISTRAÇÃO

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

14

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

organismo de direito público [23] – qualificação que apenas deixamos enunciada – , tal actividade já se situará num plano totalmente distinto do da satisfação das necessidades dos seus Associados, não comungando, aí, daquele substrato cooperativo (de cooperação material e entreajuda) que anima a actividade principal do SUCH. Neste sentido depõe, designadamente, o Parecer n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Chegados a este ponto, importa sublinhar a relevância que tais pareceres da Procuradoria-Geral da República assumem em concreto, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade – *imediatamente* para afastar a *culpa*, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma

[23] Sobre o conceito de *organismo de direito público* a Doutrina é vasta. Veja-se, por exemplo, SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo*, Madrid: La Ley, 2004, pp. 531 e ss., COUTINHO DE ABREU, *Privatização de empresas públicas e empresarialização pública*, *in* Miscelâneas, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 59 e ss. (67 e ss.); MERCEDES FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *in* Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, n.º 279, Enero-Abril 1999, pp. 25-34; PABLO OLIVERA MASSÓ, *La Problemática sobre la Delimitacion del Ámbito Subjetivo de las Normas Internacionales sobre Contratacion Publica: La Administracion Instrumental en las Directivas de la Comunidad Europea y el Acuerdo de Contratacion Publica de la Organizacion Mundial del Comercio*, *in* Revista de Administración Pública, n.º 145, Enero-Abril 1998, pp. 445-474.

O conceito de *organismo de direito público*, cuja interpretação já foi feita numerosas vezes pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pode ser apreendido através das seguintes notas:

a) *"Interpretação lata do conceito de organismo público (cfr. Acórdão do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003);*
b) *O conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial surge como conceito autónomo de direito comunitário e como tal deve ser interpretado (Acórdãos do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003, de 16 de Outubro de 2003);*
c) *Para apreciar se as actividades exercidas pela entidade são de interesse geral atende-se à actividade que efectivamente exerçam;*
d) *"constituem necessidades de interesse geral que não têm carácter comercial ou industrial aquelas necessidades que, por um lado, não se satisfazem mediante oferta de bens ou serviços no mercado e que, por outro lado, por razões de interesse geral, o Estado decide satisfazer por si próprio ou a respeito das quais quer conservar uma influência determinante" (Acórdão do TJCE, de 16 de Outubro de 2003);*
e) *O conceito em apreço não exclui actividades que possam ser prestadas por entidades privadas; a inexistência de concorrência não é requisito necessário para definir um organismo de direito público – mas com ressalvas: 1) a existência de concorrência é indício de a necessidade ter carácter comercial; 2) as necessidades não comerciais, regra geral, não se satisfazem mediante oferta de bens e serviços no mercado;*
f) *O conceito deve ser aferido tendo em conta todos os elementos de facto e de direito: 1) circunstâncias que presidiram à criação da empresa; 2) condições em que exerce a sua actividade, incluindo, particularmente, a falta de concorrência no mercado, e a falta de ânimo de lucro como objectivo principal, 3) não assunção dos riscos da actividade; 4) eventual financiamento público (Acórdãos TJCE, de 16 de Outubro de 2003 e de 22 de Maio de 2003);*
g) *O organismo de direito público não deixa de o ser ainda que possa exercer, juntamente com as funções de interesse geral que não tenham carácter comercial, actividades comerciais em regime de livre concorrência, e ainda que a sua actividade principal consista em satisfazer necessidades de carácter comercial (Acórdão do TJCE, de 15 de Janeiro de 1998);*
h) *Os organismos de direito público, assim delimitados, devem sujeitar às correspondentes directivas de contratação todos os seus contratos, mesmo aqueles que não tenham directamente que ver com a sua actividade na satisfação de necessidades de interesse geral".*

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* - que aos membros do Conselho de Administração do CHLN, ora signatários, possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

Na verdade, não se pode ignorar o facto de, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 60/98, de 28 de Agosto (Estatuto do Ministério Público), "[q]uando homologados pelas entidades que os tenham solicitado, ou a cujo sector respeite o assunto apreciado, os pareceres do Conselho Consultivo sobre disposições de ordem genérica são publicados na II Série do Diário da República para valerem como *interpretação oficial, perante os respectivos serviços, das matérias que se destinam a esclarecer*" (itálico nosso).

Com efeito, *o CHLN conformou-se com tal orientação, a qual, note-se, foi por diversas vezes corroborada por vários pareceres jurídicos, como expressamente reconhece o Tribunal de Contas* (cfr. parte final do primeiro § da página 10 do Relato de Auditoria).

A isto não obsta, de forma alguma, o facto de o entendimento vertido naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República não ser vinculativo para o CHLN, por este ser parte integrante da Administração indirecta do Estado - ao passo que a vinculatividade daqueles pareceres, em rigor, apenas se deve considerar restrita aos órgãos e serviços da Administração directa do Estado. Todavia, e porque, como vimos, o regime jurídico dos Hospitais E.P.E. comunga de diversos traços de regime de Direito Público - dos quais se destaca a sujeição à tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, sem esquecer a genérica adstrição aos princípios gerais da actividade administrativa - , não será difícil reconhecer, no mínimo, *o efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, mesmo perante entidades que, como o CHLN, são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.*

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

16

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

Regressando ao excurso inicial, sempre se dirá que, sem prejuízo de pontuais orientações diversas, e não obstante no Anexo III – "Subsunção das relações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação in house" do Relato de Auditoria, assim como na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal de Contas tenha contestado este entendimento, a verdade é que sempre foi genericamente aceite que a doutrina vertida naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República encontra, desde a entrada em vigor do CCP, acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Código, normativo que consagra expressamente no direito interno positivo a figura da relação *in house* [24].

Não caberá aqui proceder ao contraditório do entendimento sufragado pelo douto Tribunal de Contas – por directamente não relevar para efeitos de demonstração da impossibilidade de imputação de qualquer responsabilidade financeira sancionatória aos signatários – , aderindo, nesta parte, e salvo quando tal não se conforme com a defesa aqui realizada, à argumentação expendida pelo SUCH sobre esta questão, designadamente para efeitos de afastamento da *ilicitude* da conduta imputada a título de infracção financeira potencialmente geradora de responsabilidade financeira sancionatória.

O que se deixou exposto bastará, e adiante será retomado (cfr. pontos III. 2 *infra*), para afastar qualquer possibilidade de imputação da alegada infracção financeira aos membros do Conselho de Administração do CHLN, por demonstrar, em termos apodícticos, a inexistência de *culpa*, a qualquer título, na actuação desenvolvida, pressuposto de que depende, designadamente, o funcionamento da responsabilidade financeira sancionatória.

[24] Sobre a questão a doutrina é vasta. Em Portugal, por todos, BERNARDO AZEVEDO, *Contratação in house: Entre a liberdade de autoorganização administrativa e a liberdade de mercado*, in *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, e, recentemente, DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, A adjudicação in-house em particular*, Colecção PLMJ, Wolters Kluwer, Coimbra, 2010.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

Contudo, não apenas por estes motivos – que por si só se revelam sobejamente suficientes para o presente efeito – se apresenta, em concreto, insusceptível de efectivação, a título de responsabilidade financeira sancionatória, a alegada infracção financeira cometida pelos signatários, como se procurará demonstrar em seguida.

Da inexistência de norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória

Finalmente, uma última consideração de âmbito geral e complementar importa aduzir, tendo que ver com a inexistência de qualquer norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória a titulares dos órgãos e agentes das entidades públicas que integram o Sector Empresarial do Estado, como o CHLN.

Com efeito, a alegada infracção financeira imputada aos membros do Conselho de Administração do CHLN (exercício de 2008), ora signatários, é insusceptível de ser aplicada.

Assim é, por não se encontrar preenchido um dos elementos objectivos – a existência de uma "despesa pública" – constante da norma sancionatória considerada violada: o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, de ora em diante, apenas "LOPTC") [25].

[25] Os fundamentos para a aplicação de multas pelo Tribunal de Contas são *todos e apenas* os previstos no n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, o qual dispõe como se segue:
"Artigo 65.º

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

18

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

Não olvidando que o fio condutor da competência do Tribunal de Contas, enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas, nos termos em que o legislador constituinte o definiu, evolui para além da "equação *dinheiros públicos = entidades públicas*" [26], encontrando-se, hoje, em íntima relação com um conceito amplo de *despesa pública*, definida esta como "o gasto ou o dispêndio de bens por parte dos entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazer necessidades públicas" [27], somos de parecer que tal definição não caracteriza, em termos rigorosos, a realidade sobre a qual versa, por abranger um leque amplíssimo de situações que nem sempre são homogéneas, como pretendido. E isto porque, em rigor, uma despesa, *ainda que realizada com dinheiros públicos*, para poder obter o qualificativo de "despesa pública", *precisa de ter sido realizada de acordo com as regras aplicáveis ao processamento das despesas públicas, o que não sucede no que concerne aos Hospitais E.P.E.*.

Responsabilidades financeiras sancionatórias
1 — O Tribunal de Contas pode aplicar multas *nos casos seguintes*:
a) Pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas;
b) Pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da *assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos*;
c) Pela falta de efectivação ou retenção indevida dos descontos legalmente obrigatórios a efectuar ao pessoal;
d) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património;
e) Pelos adiantamentos por conta de pagamentos nos casos não expressamente previstos na lei;
f) Pela utilização de empréstimos públicos em finalidade diversa da legalmente prevista, bem como pela ultrapassagem dos limites legais da capacidade de endividamento;
g) Pela utilização indevida de fundos movimentados por operações de tesouraria para financiar despesas públicas.
h) Pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos;
i) Pela utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista;
j) Pelo não acatamento reiterado e injustificado das injunções e das recomendações do Tribunal;
l) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à admissão de pessoal.
(...)" (itálicos nossos).
Adicionalmente, cumpre ainda esclarecer que os "compromissos" referidos na alínea b), *in fine*, do artigo acima transcrito, só poderão ser *compromissos derivados de despesas públicas* e não outros.

[26] VITAL MOREIRA, *O Tribunal de Contas e a reforma da administração pública, in Comemorações dos 150 anos do Tribunal de Contas*, p. 49.

[27] SOUSA FRANCO, *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I., 4.ª Ed. (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, p. 297.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

19

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

É isto que explica, designadamente, que o referido artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, *apenas* determinasse a aplicação do "regime de direito comunitário relativo à *contratação* pública" (itálico nosso). O bloco de normas relativas à *realização das despesas públicas* [28] *não é aplicável aos Hospitais E.P.E., porquanto, as despesas realizadas por estas entidades não devem, em rigor, ser qualificadas como despesas públicas.*

Em consequência, sendo tal qualificação – de *despesa pública* – imprescindível para efeitos de aplicação, em sede de efectivação de responsabilidades financeiras sancionatórias, da alínea b), do n.º 1, do artigo 65.º, da LOPTC, não se poderá, em concreto, considerar violada aquela norma [29], contrariamente ao considerado no Relato de Auditoria que agora se contesta.

Equacionando, sem conceder, que o douto Tribunal de Contas (re)considere existir norma habilitante para efeitos de imputação da alegada infracção financeira, seguidamente será demonstrado, individualizadamente, os motivos pelos quais a mesma não pode, em concreto, ser aplicada, por falta dos pressupostos de que depende a efectivação da responsabilidade financeira sancionatória.

III. 2 – A propósito da não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística pelo CHLN – ponto 8.1.1 e Quadro XI do Anexo I do Relato de Auditoria

O Relato de Auditoria do Tribunal de Contas que agora se contesta considera como facto susceptível de integrar infracções financeiras a "não realização do procedimento de

[28] Cfr. os artigos 16.º a 22.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, normativos cuja vigência foi expressamente ressalvada pelo Diploma Preambular que aprovou o CCP (cfr. artigo 14.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro).

[29] Ou qualquer outra das alíneas do artigo 65.º, n.º 1, da LOPTC.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

20

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTAMARIA — Hospital PulidoValente

contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística" pelo CHLN.

Desde já se diga que o facto assinalado não pode sustentar qualquer efectivação de responsabilidade financeira, designadamente na modalidade de responsabilidade sancionatória (artigos 65.º e ss. da LOPTC), na medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da *ilicitude*, da *culpa* e da existência de uma *norma (sancionatória) habilitante* para o efeito.

Quanto a este último pressuposto, para além de recordar o que acima concluímos (cfr. ponto III. 1 *supra*) – a saber, as despesas realizadas pelos Hospitais E.:P.E. não devem ser qualificadas como despesas públicas, pois não são realizadas de acordo com o conjunto de normas que regulam o respectivo processamento – cumpre salientar que, como o Tribunal de Contas reconhece, *"nenhum dos Centros Hospitalares aderentes a estes serviços efectuou qualquer pagamento ao abrigo dos contratos de adesão identificados"* (cfr. ponto 8.1.1. do Relato de Auditoria, p. 63), *situação que, no que ao CHLN se refere, mantém-se até à data*, e não será alterada, como lucidamente o douto Tribunal reconhece no penúltimo § e na parte final do último § da p. 82 do Relato de Auditoria [30].

Assim sendo, a adesão do CHLN à referida Central de Compras e Logística não gerou qualquer despesa com dinheiros públicos – nem *despesa pública*, no sentido acima propugnado – , o que corrobora a inaplicabilidade no caso vertente da norma sancionatória considerada violada (o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC).

[30] Aí se afirma peremptoriamente o seguinte: *"Compreende-se assim a recusa dos três Centros Hospitalares em aceitar a facturação emitida pelo ACE"*.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

21

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

Relativamente ao pressuposto da *ilicitude*, afigura-se conveniente distinguir duas situações, que, em rigor, estão umbilicalmente interligadas, pelo que devem merecer, porém, quando possível, um tratamento unitário:

(i) *A eventual responsabilidade pela não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística, em consequência da participação do CHLN no Somos Compras, A.C.E.* – parecendo ser este o facto considerado pelo Tribunal de Contas como sendo susceptível de integrar uma eventual infracção financeira;

(ii) *A eventual responsabilidade financeira pela inobservância pelo Somos Compras, A.C.E. das regras de contratação pública.*

Quanto à primeira situação (cfr. (i) *supra*), consideramos ter inexistido qualquer ilegalidade aquando da celebração do referido Protocolo de Adesão, que precedeu a prestação de compras e logística Somos Compras, A.C.E.

Assim é, de facto, porque *a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública.*

Quer o SUCH (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea d), dos respectivos Estatutos), quer o CHLN (cfr. artigos 10.º, n.º 1, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2005 e 37.º do RSEE), no exercício da ampla autonomia de gestão que legalmente lhes é reconhecida [31], plasmada nos respectivos Estatutos e Regulamentos Internos, procederam, *nos termos da lei aplicável – a saber, a Lei n.º*

[31] Autonomia pública essa que pressupõe a liberdade de auto-organização de todos os entes administrativos, conforme se infere a partir de uma interpretação holística, por exemplo, dos preceitos 111.º (princípio da separação de poderes) e 199.º (donde se extrai uma reserva geral de administração), ambos da Constituição.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

22

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

4/73, de 4 de Junho [32] *e o Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto* [33] *– à constituição de A.C.E. "a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades"* (cfr. Base I, n.º 1, *in fine*).

Como se afigura evidente em face das disposições de direito comunitário e nacional aplicáveis, *nenhuma vinculação legal ou contratual, nacional ou comunitária, existe que obrigue à sujeição da constituição de um A.C.E., ainda que também composto por parceiros privados, às regras da contratação pública.*

Tanto mais que se trata de uma estrutura instrumental à prossecução dos objectivos das várias entidades que a integram, daí que, em princípio, não possa visar o lucro (cfr. Base II, n.º 1).

Se a solução atrás exposta era evidente à data da constituição do Somos Compras, A.C.E. – sendo esse, em última análise, o facto que releva para os presentes efeitos, impedindo que se considere preenchido o pressuposto da ilicitude, por não ter havido qualquer violação da legalidade objectiva à data vigente –, sempre se dirá que com a entrada em vigor do CCP a situação não se considera substancialmente alterada. Na verdade, para além da sujeição a procedimentos de formação de contratos públicos de todos os tipos *típicos* de contratos constantes das Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, o legislador nacional *optou, não tendo que o fazer* – donde, nem sequer se poderá por esta via equacionar, à data da constituição do Somos Compras, A.C.E., qualquer adstringência a uma hipotética interpretação conforme ao direito comunitário, que tivesse por consequência a sujeição da constituição daquela estrutura às regras da contratação pública – , por estender o âmbito material de aplicação do CCP aos contratos de sociedade,

[32] Diploma que estabelece as bases gerais do regime jurídico dos agrupamentos complementares de empresas, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.os 36/2000, de 14 de Março e 76-A/2006, de 29 de Março.

[33] Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.os 36/2000, de 14 de Março, e 323/2001, de 17 de Dezembro.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

23

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

mas não a quaisquer figuras afins desse tipo contratual, como é o caso de consórcios ou agrupamentos complementares de empresas.

No que tange à eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho de Administração do CHLN em virtude da eventual não observância pelo Somos Compras, A.C.E. das regras da contratação pública (cfr. (ii) *supra*), haverá, sinopticamente, que referir o seguinte:

(i) A partir do momento em que o Somos Compras, A.C.E. adquiriu personalidade jurídica (com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial, em conformidade com o previsto na Base IV da Lei n.º 4/73), a actuação por este desenvolvida deverá, em primeira linha [34], a este ser imputável, nos termos gerais de direito, em virtude de, a partir desse momento, para todos os efeitos, se dever considerar que aquela estrutura se autonomizou das entidades que determinaram a sua constituição e que nela participam, originando um novo e autónomo centro de imputação de direitos e deveres, realidade que não poderá ser ignorada e que reveste uma importância de tomo neste âmbito;

(ii) Neste contexto, será igualmente manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLN, em virtude de o Somos Compras, A.C.E. não ter eventualmente respeitado o regime de contratação pública a que se encontrava sujeito, nos termos expressamente previsto n.º 8, da "CLÁUSULA QUARTA", do Protocolo de Adesão [35];

[34] Não se ignorando, porém, a possibilidade de uma responsabilidade *meramente subsidiária* por parte das entidades que participam naquele A.C.E., nos termos gerais de Direito Societário (artigo 175.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável *ex vi* artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 470/73, de 25 de Agosto.

[35] Como já se teve oportunidade de referir, o CHLN poderia legitimamente assumir, no exercício de um hipotético dever de vigilância, que o Somos Compras, A.C.E. teria diligentemente observado as regras de contratação pública nas suas relações com

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

24

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

(iii) Inexistindo qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLN o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos por aquele A.C.E. realizados [36] - sendo apodíctico, como se viu (cfr. (i) *supra*), que em virtude da autonomia jurídica reconhecida ao Somos Compras, A.C.E., este e as demais entidades que o integram são *insusceptíveis de apreensão unitária*, querendo tal apenas significar que são *juridicamente distintas, com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades*.

Findo este breve excurso sobre a (falta de) *ilicitude* (*activa* ou *omissiva*) a propósito da infracção financeira assacada pelo Relato de Auditoria aos membros do Conselho de Administração do CHLN, que agora nos ocupa, ocupar-nos-emos, seguidamente, do pressuposto da *culpa*, pois, como é sabido, nos termos do n.º 5, do artigo 61.º, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória *ex vi* artigo 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, *"a responsabilidade (...) só ocorre se a acção for praticada com culpa"*.

Pelos motivos já expostos, e por aqueles que de ora em diante melhor serão dissecados, será imperativo considerar que não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar qualquer responsabilidade a título de negligência, na medida em que não houve, designadamente, qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após as diligências efectuadas e o enquadramento histórico da situação)

terceiros, como lhe era imposto no referido normativo do Protocolo de Adesão. Com efeito, não deve ser considerado negligente (o CHLN) quem presumiu que outrem (o Somos Compras, A.C.E.) cumpriu os deveres de diligência (na promoção dos competentes procedimentos pré-contratuais nas suas relações com terceiros) a que estava obrigado.

[36] Não obstante, por manifesta diligência superior à exigida, o CHLN, assim como os demais associados, manifestaram as suas dúvidas sobre a legalidade dos ajustes directos realizados pelo Somos Compras, E.P.E., razão que em parte explica a rigorosa descrição contida nos §§ 3.º e ss. das pp. 81 a 83 do Relato de Auditoria, expurgados de todos os juízos conclusivos e da manteria de direito neles contida.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

25

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

a convicção dos membros do Conselho de Administração do CHLN, ora signatários, da legalidade de todo o processo de adesão.

Objectivamente, podem ser elencados os motivos pelo qual manifestamente carece em absoluto de *culpa* (mesmo na menos agravada forma de negligência) o facto que determina a infracção financeira em apreço:

(i) A existência dos pareceres n.os 1/95 e 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, e a função mediatamente orientadora que dos mesmos flui, mesmo para entidades com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, como o CHLN, conforme se retira por interpretação teleológica do artigo 43.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, nos termos atrás aduzidos (cfr. ponto III. 1 *supra*), para onde ser remete; e,

(ii) A vinculação do CHLN, assim como dos demais associados, às orientações da Tutela, no sentido de se proceder à centralização de aquisições de bens e serviços no sector da Saúde, constituindo o Somos Compras, A.C.E. uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato.

Se relativamente ao primeiro motivo atrás apontado não se justificam mais observações, o mesmo não sucede no que ao segundo motivo concerne. Vejamos.

Efectivamente, como o Tribunal de Contas reconhece, "[a] constituição de serviços partilhados na Administração Pública integra-se, a par do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), na estratégia de reorganização e modernização da Administração Pública dos XVII e XVIII Governos Constitucionais (...). No Sector da Saúde, a criação dos serviços partilhados insere-se, ainda, nos objectos de sustentabilidade do Serviço

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

26

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

Nacional de Saúde." (cfr. § primeiro do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59), logo depois afirmando que "[d]ecorre de diversos actos do Governo, praticados entre 2006 e 2009, identificados no Anexo V [do mesmo Relato de Auditoria], que a criação dos serviços partilhados no Sector da Saúde (...) seria responsabilidade do SUCH" (cfr. § segundo do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59).

Este *indirizzo* político (em sentido lato) exercido pela Tutela [37], traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades hospitalares – de acordo com a teleologia que flui do n.º 2, do artigo 11.º do RSEE, secundada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março [38], onde se deixou dito que "[a]s empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo, num quadro de racionalidade empresarial" –, associadas do SUCH, entre as quais o CHLN, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, é expressamente assumida em variados actos, dos quais se destacam, cronologicamente, os seguintes:

(i) Os Estatutos do SUCH, que passaram a prever, a partir de 2006, a possibilidade de constituição de serviços partilhados – *alteração estatutária objecto de tutela integrativa*, nos termos previstos no n.º 2, do artigo 15.º dos mesmos Estatutos;

(ii) Como também se refere no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 51), "[o]s serviços partilhados de compras e logística (...), desenvolvidos através de Agrupamentos Complementares de Empresas constituídos pelo SUCH – o Somos Compras,

[37] Note-se que, de acordo com o artigo 6.º, n.º 1, alínea *c)*, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, "*compete ao Ministro da Saúde definir normas de organização e de actuação hospitalar*", competência a qual foi delegada no Secretário de Estado Adjunto da Saúde, por intermédio do Despacho n.º 9251/2008, da Ministra da Saúde, de 5 de Março.

[38] Publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 79, de 22 de Abril de 2008.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

27

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

A.C.E., criado em Abril de 2007 (...) - são expressamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [39] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2008**" (negritos no original);

(iii) Em alguma medida, a já referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março, que aprovou, em anexo, "as orientações estratégicas do Estado destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, entre as quais se salienta as expressas nos pontos 1 de I [40] e 2 de II [41];

(iv) O artigo 13.º, (e, *maxime*, o seu n.º 1) do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro - tanto mais significativo quando se constata que este Diploma legal foi publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão, em 7 de Outubro* (cfr. referido em a) do ponto II. *supra*) - , através do qual o Somos Compras, A.C.E. foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade;

(v) Em linha com a factualidade indicada nas alíneas precedentes, o facto de a participação dos Centros Hospitalares de Lisboa, entre os quais o CHLN, no

[39] Aprovadas pela Lei n.º 31/2007, de 10 de Agosto.

[40] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**I — Enquadramento geral da actuação do sector empresarial do Estado**
1 — As empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado *devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo*, num quadro de racionalidade empresarial" (negrito no original; itálico nosso).

[41] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**II — Principais áreas de orientação dirigidas ao sector empresarial do Estado**
2 — As empresas públicas *devem dar cumprimento à execução das orientações definidas no número anterior*, propondo ao Ministro das Finanças e aos ministros responsáveis pelos *sectores de actividade*, por referência às mesmas, os indicadores de desempenho respectivos" (negrito no original; itálico nosso).

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610

www.chln.pt

28

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215

www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

Somos Compras, A.C.E., ter sido autorizada por despacho conjunto pelos Secretários de Estado do Tesouro e Finanças e da Saúde, no uso de competência delegada pelos respectivos Ministros das Finanças e da Saúde, respectivamente, nos termos previstos na alínea i), do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro (cfr. ainda o artigo 37.º do RSEE);

(vi) Conforme também referido no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 52), "[o]s serviços partilhados constituídos pelo SUCH foram novamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [42] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2009**" (negritos no original);

(vii) O Protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A.C.E., celebrado em 30 de Julho de 2009, ao abrigo do n.º 3, do artigo 10.º, do já referido Decreto-Lei n.º 200/2008, e objecto de Despacho de autorização do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, na mesma data (cfr. Anexo V do Relato de Auditoria, p. 52);

(viii) Enfim, paradigmático desse *indirizzo* político é ainda o conjunto de considerações expendidas no Preâmbulo do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto [43], que instituiu o Sistema Comum de Compras, no âmbito da articulação entre as centrais de compras da área da Saúde, das quais se destacam as seguintes passagens:

***"O Ministério da Saúde tem vindo a desenvolver uma linha de actuação tendente à criação de serviços partilhados em saúde**, o que*

[42] Aprovadas pela Lei n.º 41/2008, de 13 de Agosto.

[43] Publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 155, de 12 de Agosto de 2009.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

29

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

exige uma complexa operação inerente ao processo de compras, que inevitavelmente requer meios técnicos e tecnológicos adequados com vista à utilização de estruturas centrais com as consequentes sinergias e economias de escala. Trata-se de uma opção que visa contribuir para a sustentabilidade económico-financeira do Serviço Nacional de Saúde.

(...)

A unidade ministerial de compras assegurada pela ACSS e o ***Somos Compras, A. C. E., agrupamento complementar de empresas, foram considerados centrais de compras públicas do sistema de saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro****, (...).*

As novas formas de contratação pública e a ***acima referida criação das centrais na área da saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, impõem o estabelecimento de novas regras em matéria de contratação de bens e serviços****.*

Para esse efeito, ***justifica-se a criação de um Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde, utilizando o protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A. C. E.****, o qual disponibiliza uma infra-estrutura comum para as compras de bens específicos do sector da saúde.*

Neste enquadramento, torna-se necessário criar as condições para que o Sistema Comum de Compras alcance níveis de actividade que revelem economia, eficácia e eficiência.

Para o efeito, deve ser iniciada a aquisição centralizada com determinados bens e serviços. Esta aquisição *no contexto do Sistema Comum de Compras* ***deve ser obrigatória para todos os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde***" (negritos nossos).

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

30

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTAMARIA — Hospital PulidoValente

(ix) Elucidativo é, igualmente, o teor de algumas das disposições contidas naquele Despacho, e que demonstram em termos apodícticos a obrigatoriedade [44] de aquisição de bens e serviços pelo CHLN, nomeadamente, "para os quais exista ou venha a existir um contrato público de aprovisionamento", entre os quais aqueles que fossem promovidos pelo Somos Compras, A.C.E..

A ambiência factual atrás descrita, se dúvidas ainda restassem, afasta por completo qualquer possibilidade de imputação da responsabilidade financeira sancionatória em apreço aos membros do Conselho de Administração do CHLN, por falta de um dos seus pressupostos: a *culpa*.

Assim, e sem prejuízo das demais considerações expendias no ponto II. *supra* das presentes alegações, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em que ficou demonstrado que não houve qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após o enquadramento jurídico e histórico da efectuado) a convicção da legalidade de todo o procedimento, nos termos acima descritos, não lhes sendo, em concreto, exigível uma diligência superior.

[44] Cfr. pontos 4 a 7 do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto.

[redacted]

31

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE

HOSPITAL DE SANTA MARIA

Hospital Pulido Valente

IV - CONCLUSÃO

As auditorias do Tribunal de Contas são instrumentos fundamentais na constante procura de uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia por parte do CHLN

Efectivamente, o CHLN sempre procurou, e procura, pautar a sua actividade de acordo com princípios de legalidade, racionalidade económica, economia, eficácia e eficiência na gestão dos dinheiros públicos.

Por conseguinte, é com acérrima dificuldade que se admite qualquer imputação de responsabilidades financeiras aos membros do Conselho de Administração deste Centro Hospitalar.

Vejamos:

O entendimento vertido pareceres n.os 1/95 e 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, corroborado por diversos pareceres jurídicos - no sentido de considerar que o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da *auto-satisfação das necessidades da Administração*, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública - é determinante, nos termos expostos, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade - *imediatamente* para afastar a *culpa*, em função do efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* - que aos signatários possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

32

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

A isto acresce o facto de se dever considerar que aquele entendimento encontra hoje expresso acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, nos termos expostos pelo SUCH, porquanto se considera ainda actual a apontada subtracção legítima às regras da contratação pública.

Releva igualmente para o afastamento da culpa, a consideração do *indirizzo* político exercido pela Tutela, traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades hospitalares, associadas do SUCH, entre as quais o CHLN, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, expressamente assumida em variados actos, nos termos *supra* detidamente analisados.

Doutro passo, será manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLN, em virtude da eventual não observância pelo Somos Compras, A.C.E. das regras da contratação pública: (i) a partir do momento em que o Somos Compras, A.C.E. adquiriu personalidade jurídica (com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial, em conformidade com o previsto na Base IV da Lei n.º 4/73), a actuação por este desenvolvida deverá, em primeira linha, a este ser imputável, nos termos gerais de direito, em virtude de, a partir desse momento, para todos os efeitos, se dever considerar que aquela estrutura se autonomizou das entidades que determinaram a sua constituição e que nela participam, originando um novo e autónomo centro de imputação de direitos e deveres, realidade que não poderá ser ignorada e que reveste uma importância de tomo neste âmbito; (ii) assim, será igualmente manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLN, em virtude de o Somos Compras A.C.E. não ter eventualmente respeitado o regime de contratação pública a que se encontrava sujeito, nos termos expressamente previsto n.º 8, da "CLÁUSULA QUARTA", do Protocolo de Adesão; (iii) inexistindo qualquer norma,

[redacted]

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

33

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

CENTRO HOSPITALAR LISBOA NORTE, EPE — HOSPITAL DE SANTA MARIA — Hospital Pulido Valente

contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLN o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos por aquele A.C.E. realizados.

Por sua vez, a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública, conforme se deixou expendido.

Termos em que, em face do exposto, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em que ficou demonstrado que não houve qualquer omissão de deveres de diligência, ou outros.

Neste contexto, os membros do Conselho de Administração do CHLN visados no Relato de Auditoria, aguardam com expectativa, mas com a tranquilidade própria de quem bem procedeu, o desenrolar do presente processo de auditoria.

Lisboa, 22 de Junho de 2010.

Com os melhores cumprimentos,

Os membros do Conselho de Administração do CHLN,

~~Prof. Dr.~~ J. A. Correia da Cunha

Dr. Jorge Poole da Costa

Enfª Catarina Batuca

[redacted]

34

Av. Professor Egas Moniz
1649-035 LISBOA
Tel: 217 805 000 – Fax: 217 805 610
www.chln.pt

Alameda das Linhas de Torres, 117
1769-001 LISBOA
Tel: 217 548 000 – Fax: 217 548 215
www.chln.pt

DGTC 23 06'10 11619

Alegações do Presidente do Conselho de Administração no exercício de 2008

- Contraditório pessoal –

Sua Excelência
Senhor Conselheiro da Área
Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes

CC. Exmo. Auditor Coordenador
Abílio de Matos

Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos. Alegações do membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E.P.E.

Exmo. Senhor Conselheiro da Área Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes,

Adalberto Campos Fernandes, titular do Cartão do Cidadão n.º 5160839, Presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E.P.E. (de ora em diante, apenas "CHLN"), nos exercícios de 2007 e 2009, tendo sido notificada para se pronunciar, querendo, em sede de audiência prévia dos interessados, relativamente ao Relato da Auditoria do Tribunal de Contas "orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009" (Processo n.º 27/09 – Relato, I – Sumário, p. 5), vem por este meio apresentar a respectiva pronúncia nos termos e com os fundamentos seguintes:

I – INTRODUÇÃO

Nos parágrafos que se seguem procurar-se-á fazer o contraditório à infracção financeira alegadamente cometida pelos signatários, indicada no Relato da Auditoria acima melhor identificado, e sumariada no Quadro XI do seu "Anexo I – Eventuais infracções financeiras". Antes de se detalhar a presente resposta, porém, impõe-se tecer alguns comentários iniciais.

Desde já cumpre salientar que os signatários registam, com muito agrado, a presença do Tribunal de Contas nas suas instalações para a realização da presente auditoria. Para o CHLN, como para qualquer outra entidade, as auditorias do Tribunal de Contas são fundamentais na constante procura da uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia.

As contribuições resultantes das questões e sugestões colocadas pelos auditores durante a auditoria, e nos relatos dela resultante, são cruciais para que se possam ajustar linhas de orientação e corrigir os procedimentos que suportam a actividade das várias entidades auditadas.

Neste contexto, o CHLN deixa desde já aqui expresso o seu agradecimento à equipa auditora do Tribunal de Contas pelo trabalho realizado, quer nas suas instalações, quer nas instalações do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (de ora em diante, apenas "SUCH" ou "Associação"), em virtude de esta Associação ser, em alguma medida, ainda que de forma instrumental, uma *longa manus* da actividade desenvolvida por esta instituição hospitalar na satisfação das actividades colectivas no sector da Saúde.

Porém, os signatários não se conformam, pelos motivos adiante expendidos, com as conclusões do Relato de Auditoria em apreço, considerando, salvo o devido respeito, que o douto Tribunal de Contas incorreu numa errónea aplicação do direito aos factos, não procedendo, por conseguinte, a infracção financeira apontada.

II – ENQUADRAMENTO FACTUAL

Em face da infracção financeira sumariada no Quadro XI do "Anexo I – Eventuais infracções financeiras" do Relato de Auditoria, alegadamente cometida pelos signatários, releva ter presente o seguinte quadro jurídico-factual:

a) O "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Compras e Logística" (de ora em diante, apenas "Protocolo de Adesão"), assinado em 7 de Outubro de 2008 [1], veio estabelecer os termos e condições das relações contratuais futuras de aquisições de bens e serviços [2] entre o SUCH/Somos Compras A.C.E. e o CHLN [3];

b) O SUCH, através do Somos Compras, A.C.E. [4], "unidade operativa autónoma de serviços partilhados de centralização, optimização e racionalização da aquisição de bens e serviços e de disponibilização de Compras e Logística" [5], comprometeu-se a "efectuar e fornecer aos respectivos Aderentes, entre os quais o CHLN", nos "prazos, qualidades e quantidades" definidos no Protocolo de Adesão [6];

c) O n.º 2 da Cláusula Quinta [7] prevê, *correlativamente* [ao dever de fornecimento por parte do Somos Compras, A.C.E.], a *obrigatoriedade* de o CHLN adquirir os bens e serviços acordados "em exclusividade (...) obrigando-se (...) a não solicitar a qualquer outra pessoa ou entidade a execução das tarefas ou fornecimentos dos mesmos Serviços incluídos, excepção feita à aquisição de bens e serviços que, por imposição legal, a C.C.L. [o Somos Compras, A.C.E.] não possa prestar e àqueles que contratualmente o CHLN tenha reservado para si ou excepcionado do âmbito do presente Protocolo";

[1] Data em que entrou em vigor (cf. n.º 1 da Cláusula Sétima do Protocolo de Adesão). Este Protocolo de Adesão teve como "antecedente histórico" imediato o contrato de constituição do COMPARSIS, A.C.E., celebrado a 16 de Abril de 2007.

[2] O âmbito do fornecimento (inicial) está fixado no Anexo 0 ao Protocolo de Adesão (cfr. n.º 1 da Cláusula Décima-Quinta) – encontrando-se limitado, *grosso modo*, a material de consumo clínico.

[3] Cfr. Cláusula Segunda do Protocolo de Adesão.

[4] Cfr. Cláusula Terceira, n.ºs 2 e 3 do Protocolo de Adesão.

[5] Cfr. Considerando "E)" e Cláusula Terceira, n.º 1 do Protocolo de Adesão.

[6] Cfr. Considerando "G)" e Cláusula Nona do Protocolo de Adesão.

[7] No mesmo sentido, relativamente ao "Plano Inicial de Aquisições" (Anexo 0 ao Protocolo de Adesão); cfr. n.º 2 da Cláusula Décima-Quinta.

d) Em suma, o respeito pelas obrigações sinalagmáticas firmadas, *de boa fé*, entre o CHLN e o Somos Compras, A.C.E., em cada momento (em especial, nos anos de 2008 e 2009) pressupôs, pois, o cumprimento daquelas obrigações por ambas as partes, e, em especial, no que ao CHLN concerne, o dever de não abrir quaisquer procedimentos aquisitivos para as categorias de bens e serviços para os quais o Somos Compras A.C.E. estivesse incumbido de centralizar as aquisições;

e) Donde, quando o Somos Compras A.C.E. não estivesse em condições de efectuar os fornecimentos de bens e serviços solicitados pelo CHLN, e desde que essa impossibilidade (objectiva e temporária) não lhe fosse imputável, o Protocolo de Adesão previa a possibilidade de o CHLN "(..:) tomar as providências necessárias a garantir, pelos seus próprios meios, o fornecimento dos bens e serviços necessários à prossecução da sua actividade, sem prejuízo da obrigação de indemnizar o SUCH pelos prejuízos causados à C.C.L. (...) quando esta seja imputável ao CHLN" [8];

f) Para efeitos do Código dos Contratos Públicos, e nos termos do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – diploma este publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão* referido em a) *supra* – , o Somos Compras, A.C.E., foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade, a qual viria a ser confirmada, designadamente, por Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto, que instituiu o Sistema Comum de Compras.

[8] Cfr. n.º 4 da Cláusula Trigésima.

III – DA ALEGADA INFRACÇÃO FINANCEIRA

III. 1 – Considerações gerais

O CHLN no contexto do Sector Empresarial do Estado

Tendo presente o âmbito material do Relato de Auditoria que agora se contesta, importa, sinteticamente, proceder ao enquadramento jurídico do CHLN no contexto do Sector Empresarial do Estado, no qual aquele se integra, com especial relevo no que concerne ao regime de contratação pública que deste específico contexto emerge.

Como é sabido, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril, consagrava uma noção de empresa pública restrita às entidades dotadas de personalidade colectiva de direito público [9]. Foi apenas mais tarde que se equacionou, em grande medida por impulso do Direito Comunitário da Concorrência, uma mudança de paradigma neste domínio, visível, por exemplo, na possibilidade de certas sociedades comerciais detidas pelo Estado poderem ser consideradas como integrando uma noção ampla de empresa pública.

Este fenómeno ficou igualmente a dever-se à evolução dos quadros dogmáticos do Direito Público: as tradicionais estruturas não permitiam a celeridade e eficiência que as "novas" estruturas empresariais permitiriam alcançar, sem as quais a (cada vez mais) "Administração prestadora" ficaria tolhida de meios para responder cabalmente às crescentes necessidades que vinha sendo chamada a suprir.

Neste linha, o Decreto-Lei n.º 260/76 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro [10], que aprovou o Regime do Sector Empresarial do Estado (de ora em diante, apenas "RSEE"), estabelecendo um novo quadro legal sobre a matéria, consagrando uma noção diferente, mais *ampla* e de cariz *funcional*, de empresa pública, que passou a abranger igualmente pessoas colectivas privadas submetidas a

[9] Artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril. Sobre este ponto, por todos, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração*, 2007, pp. 40 e ss, e SOFIA TOMÉ D´ALTE, *A nova configuração do Sector Empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, 2007, pp. 259 e ss.

[10] Na redacção que lhe foi dada, por último, pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009.

influência dominante do Estado [11], tendo igualmente sido criada uma outra categoria de empresa pública, denominadas por "entidades públicas empresariais" (de ora em diante, apenas E:P.E.), sucessoras [12] das empresas públicas regidas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, atrás referidas [13].

O CHLN que integra, por fusão, o Hospital de Santa Maria, E.P.E. e Hospital de Pulido Valente, E.P.E., foi criado pelo Decreto-Lei n.º 23/2008, de 8 de Fevereiro. O mesmo diploma legislativo aprovou também os respectivos Estatutos, constantes do Anexo II ao Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, com as especificidades estatutárias que constam do Anexo único ao Decreto-Lei n.º 23/2008 [14]. Nos termos dos artigos1.º, .º 1 do Decreto-Lei n.º 23/2008, 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, e 23.º, n.º 1, do RSEE, o CHLN é uma pessoa colectiva pública de natureza empresarial – ou seja, uma E.P.E.. Donde, comunga de diversos traços de regime de Direito Público, encontrando-se sujeito a tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, à qual há que acrescentar o conjunto de regras constante do Capítulo I do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar (de ora em diante, apenas "RJGH"), aprovado pela Lei n.º 27/2002, de Novembro [15]. No entanto, a sua actividade é maioritariamente regida pelo Direito Privado (cfr. artigo 7.º do RSEE, também aplicável às EPE como disposição geral que é).

---

[11] Artigos 2.º e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[12] Essa continuidade encontra-se plasmada, *maxime*, no artigo 23.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[13] Na verdade, no que toca ao sector da Saúde, a criação de empresas públicas para prestação de cuidados aos cidadãos surge, do ponto de vista da fundamentação, como especialmente facilitada: já MENEZES CORDEIRO identificava *"um elenco de tipos de empresas vocacionadas para especiais ligações ao Estado"*, incluindo entre elas os *"Serviços de assistência à vida"*, correspondentes a *"unidades necessárias para a manutenção da sociedade e dos elementos que a compõem, num plano de mera conservação"*, sendo o caso, precisamente, da saúde, entre outros; cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia* (policopiado), Lisboa: A.A.F.D.L., 1984, pp. 240-243.

Numa perspectiva temporal ainda mais alargada, cumpre referir uma ideia ultimamente expressa pela Doutrina com alguma insistência, mas que faz sentido reforçar: a "privatização" operada, sob diversas formas, não é fenómeno original – cfr. neste sentido, com vários exemplos, PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, in AA / VV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, 2001, pp. 31 e ss. (31-36); e RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2005 – e também assim no âmbito da Saúde. Cabe salientar, contudo, que de entre as várias acepções de privatização existentes, apenas pode falar-se, no que toca à transformação de hospitais-institutos públicos em hospitais-empresas públicas, em privatização formal, que não em privatização material, que não seria de admitir no actual quadro constitucional – cfr. PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas*..., ob. cit., p. 40, nota 34.

Assim, e com apoio explícito da Base XXXVI n.º 3 da Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro foram criados, por Decretos-Lei de 2002, os chamados "Hospitais S.A.", sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (S.A.C.E.P.). Estes hospitais passaram a ser "empresas públicas" de acordo com o sistema criado pelo Decreto-Lei n.º 558/99. Os Hospitais S.A. tiveram, contudo, curta duração, e desaparecem enquanto ainda eram discutidos diversos aspectos do seu regime jurídico, com ênfase para o regime das aquisições de bens e serviços a que estavam sujeitos. Com efeito, os "Hospitais S.A." foram transformados em entidades públicas empresariais pelo Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho. Desta forma, os Hospitais anteriormente "SA" assumem agora, com esse Decreto-Lei e com a publicação do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, a natureza de E.P.E..

[14] Cfr. Artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 23/2008, de 8 de Fevereiro.

[15] Regras cuja compatibilização com a natureza e regime jurídico das EPE nem sempre se afigura fácil; veja-se sobretudo o artigo 6.º do RJGH.

6

Nesse sentido, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005[16], que veio regular expressamente a matéria das aquisições de bens e serviços (e também das empreitadas, apesar do que afirma a epígrafe do normativo) dos Hospitais E.P.E., dispunha como segue:

> *"1. A aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos Hospitais E.P.E. regem-se pelas normas do direito privado, sem prejuízo da aplicação do regime de direito comunitário relativo à contratação pública.*
> *2. Devem os regulamentos internos dos Hospitais E.P.E. garantir o disposto no número anterior, bem como, em qualquer caso, o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão, designadamente a fundamentação das decisões tomadas".*

Da norma em questão resultava que nos contratos cuja despesa estimada se cifrasse *abaixo do limiar* comunitário aplicável à aquisição de bens e serviços [17] (e empreitadas), que é o pressuposto de aplicação das Directivas comunitárias sobre contratação pública e, para estas entidades, do Código dos Contratos Públicos [18] (de ora em diante, apenas "CCP"; cfr. alínea b), do n.º 3, do artigo 5.º), o CHLN não se encontrava sujeito a procedimentos pré-contratuais especificados por lei [19]. Assim, o

[16] Diploma revogado pelo artigo 14.º, n.º 1, alínea o), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

[17] Os limiares comunitários em apreço (para a aquisição de bens e serviços) são os estabelecidos na Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alterada pela Directiva n.º 205/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificada pela Directiva n.º 205/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro (€ 249.000,00), posteriormente alterados pelos Regulamentos (CE) n.º 1874/2004, da Comissão, de 28 de Outubro de 2004 (€ 236.000,00), n.º 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 (€ 211.000,00), n.º 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007 (€ 206 000,00), e, por último, pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009, da Comissão, de 30 de Novembro de 2009, actualmente em vigor (€ 193.000,00). Conforme previsto no artigo 69.º da Directiva n.º 2004/18/CE, os limiares comunitários são revistos de 2 e 2 anos, podendo ainda ocorrer revisões extraordinárias. De igual modo, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o Governo compromete-se a publicitar os valores actualizados dos limiares comunitários mediante portaria.

[18] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e já alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 233/2009, de 11 de Setembro (que alterou o Diploma Preambular), e 278/2009, de 2 de Outubro, e, por último, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril.

[19] Isto, aliás, é bem diferente de estar sujeito às "normas do direito privado", na expressão insuficiente e errónea do n.º 1, do artigo 13.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005. Na verdade, o CHLN, mesmo nestas contratações, encontrava-se sujeito aos *"princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão"*, e mesmo à *"fundamentação das decisões tomadas"* (fundamentação do ponto de vista da racionalidade e objectividade, entenda-se): é isto que resulta, desde logo, do artigo 13.º, n.º 2 do diploma legal. Sendo certo que a referência aos princípios gerais a que a lei recorre, já foi apodada de referência vazia, destinada apenas a salvaguardar as aparências – cfr. nesse sentido, SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, *in CIVITAS Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 75, Julio-Septiembre 1992, pp. 399-412 (411, nota 33) – , a verdade é que tal referência constituiu, durante a vigência daquele normativo, o "último reduto" de controlo jurídico-público da actividade de contratação de todos os Hospitais E.P.E., quando não exista aplicação do regime das Directivas comunitárias; pelo que é incorrecto e simplista falar numa pura e simples aplicação do direito privado. Actualmente, a situação não é substancialmente diferente (*vide* o disposto nos n.ºs 3 e 6, do artigo 5.º do CCP).

CHLN decidiria, em cada caso, respeitando as exigências de economia, eficiência e eficácia, que correspondem à boa utilização dos fundos públicos, qual a forma de contratar: se solicitava a todo o mercado a apresentação de propostas estáveis (aproximando-se do modelo concursal); se escolheria primeiro alguns fornecedores que julgue adequados solicitando apenas a esses as propostas (aproximando-se do modelo concursal com pré-qualificação); se adoptava modalidades de procedimento com negociação das propostas com os concorrentes; ou se optava por contratar directamente com o fornecedor ou prestador que considere mais adequado; e todas as combinações concebíveis destas várias modalidades. Nesta matéria, ao contrário do que sucede no âmbito da actual natureza jurídica de instituto público, a regra é a da autonomia e liberdade por parte do CHLN. Esta autonomia não é total, na medida em que há ainda vinculações a observar, como se viu; mas apenas é necessário que se possa emitir sobre a parte do Regulamento Interno do CHLN relativa a esta matéria e sobre a forma de contratação escolhida em cada caso concreto um juízo de conformidade com os princípios jurídico-públicos referidos. Tal juízo de conformidade não se verificaria, designadamente, se o CHLN procedesse a discriminações injustificadas entre fornecedores, ou se agisse baseado apenas em preferências pessoais, não sustentadas em critérios de racionalidade económica, o que não sucede.

Pelo contrário, quando o montante da despesa prevista fosse igual ou superior ao *limiar comunitário* em concreto aplicável, o CHLN adoptaria o procedimento pré-contratual (concursal) legalmente previsto para o efeito.

O CCP veio confirmar este entendimento, tornando efectiva uma *lógica de continuidade* com o regime de contratação pública desenhado no artigo 13.º acima transcrito, ao eximir os Hospitais E.P.E. do cumprimento da sua Parte II ("Contratação Pública") em todas as aquisições de bens, serviços e empreitadas, cujos montantes sejam inferiores ao previsto na alínea b), artigo 7.º, da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (cfr. artigo 5.º, n.º 3, do CCP) [20]. Correlativamente, a confirmar aquela asserção inicial, essa *lógica de continuidade* pode também ser encontrada no n.º 6, do mesmo artigo 5.º, do CCP – que tem como "paralelo histórico" imediato, no que àquele tipo de contratação pública realizada pelos

[20] Sem prejuízo, de novo, do dever de observância dos princípios gerais do direito adjudicatório (*maxime*, a igualdade, a transparência e a concorrência) e dos demais princípios gerais da actividade administrativa, assim como das normas que concretizem preceitos constitucionais previstas no Código do Procedimento Administrativo (artigos 1.º, n.º 4 e 5.º, n.º 6, ambos do CCP).

Hospitais E.P.E. diz respeito, o já referido artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 233/2005.

O CHLN no contexto das relações com o SUCH e com agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos – e a contratação por estes efectuada a terceiros

Incidentalmente, mas com relevância para o que se vai deixar exposto em seguida (cfr. ponto III. 2 *infra*), importa atender, ainda que de modo perfunctório, por um lado, ao enquadramento do CHLN no contexto das relações contratuais mantidas com o SUCH e com os demais Associados, e, por outro lado, à contratação efectuada pelo SUCH com terceiras entidades, para a satisfação das suas necessidades próprias.

Como é sabido, o SUCH passou por três distintas: I) desde a sua criação, pelo Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Janeiro de 1965, até ao Decreto-Lei n.º 70/75, de 19 de Fevereiro, em que assumiu a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa; II) desde o Decreto-Lei n.º 70/75 até ao Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Janeiro, em que assumiu a natureza de instituto público; e III) a partir deste Decreto-Lei n.º 12/93, em que retomou a estrutura associativa e a natureza originária de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

Os seus actuais Estatutos foram publicados na II série do *Diário da República*, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, desses Estatutos, o SUCH tem por objecto *tomar a seu cargo iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados*, podendo ainda, desde a última revisão dos seus Estatutos, operada em 2006, constituir unidades de serviços partilhados.

A natureza da contratação entre os SUCH e os seus Associados, quando estes assumem a natureza de pessoas colectivas de direito público, *maxime* os hospitais do Serviço Nacional de Saúde, foi sempre muito controvertida, tendo ficado firmada em diversos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, dos quais se destacam os seguintes: os pareceres n.ºs 1/95 [21] e n.º 145/2001 [22].

[21] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 1 de Julho de 1995.

O último dos mencionados pareceres da Procuradoria-Geral da República, partindo de uma análise fundamentada do substrato, do objecto e fins estatutários do SUCH, concluía que "[o] objectivo subjacente à criação do serviço situa-se, pois, e mantém-se, no campo da cooperação, isto é, na colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos Associados. Dito de outro modo, numa perspectiva materialmente cooperativa. / Na verdade, são elementos materialmente cooperativos a cooperação e entreajuda dos membros Associados, visando a satisfação, sem fins lucrativos, de necessidades, v.g. económicas destes, mesmo que, a título complementar, possam ser realizadas operações com terceiros (...). Todos estes elementos materiais confluem no âmbito estatutário de definição das finalidades do SUCH: a pessoa colectiva não tem por objectivo primordial prestar serviço em regime de mercado ou segundo as regras gerais do comércio jurídico, mas apenas prestar serviços aos Associados, procurando obter reais vantagens para estes, teleologicamente sem objectivo de lucro, perto, pois, do princípio mutualista de cooperação e entreajuda".

Por outras palavras: o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da *auto-satisfação das necessidades da Administração*, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública.

Seria aliás contraditório que o legislador permitisse que os hospitais criassem serviços de utilização comum, para possibilitar uma melhor repartição de custos, que por vezes são avultados, a optimização dos recursos, e "*um funcionamento mais ágil*" dos Associados, e viesse, por outro lado, sujeitar a qualquer procedimento de formação de contratos públicos legalmente tipificado, a utilização de tais serviços.

Por outras palavras: se o serviço se integra no escopo estatutário do SUCH, *já existirá um contrato entre o CHLN e o SUCH, o contrato de associação, e a prestação será realizada como execução desse contrato* (de associação).

É isto que explica que no âmbito das finalidades estatutárias do SUCH (cfr. artigo 2.º dos Estatutos), os seus Associados possam com este contratar

[22] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2003.

directamente, sem sujeição aos procedimentos pré-contratuais juridico-públicos legalmente tipificados.

Fora daquele domínio, a actividade do SUCH encontra-se tolhida pelos fins que nos termos do seu Estatuto tem de prosseguir, sem que, todavia, seja por completo posta de parte: nos termos do n.º 2, do artigo 2.º, dos seus Estatutos, o SUCH "(...) pode ainda [complementarmente], no regime da concorrência e do mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus Associados"; aqui o SUCH já actuará, *grosso modo*, como uma qualquer entidade privada ("no regime da concorrência e do mercado") – ainda que limitado pelo seu *escopo tendencialmente não lucrativo* –, porquanto, *neste caso*, a contratação promovida por aqueles Associados terá de observar todas as disposições legais referentes à formação de contratos públicos.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da situação em que o SUCH, para a prossecução das suas atribuições, necessite de contratar com terceiros (isto é, para satisfação das suas próprias necessidades de funcionamento e organização): por se dever considerar o SUCH um *organismo de direito público* [23] – qualificação que apenas

[23] Sobre o conceito de *organismo de direito público* a Doutrina é vasta. Veja-se, por exemplo, SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo*, Madrid: La Ley, 2004, pp. 531 e ss., COUTINHO DE ABREU, *Privatização de empresas públicas e empresarialização pública*, *in* Miscelâneas, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 59 e ss. (67 e ss.); MERCEDES FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *in* Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, n.º 279, Enero-Abril 1999, pp. 25-34; PABLO OLIVERA MASSÓ, *La Problemática sobre la Delimitacion del Ámbito Subjetivo de las Normas Internacionales sobre Contratacion Publica: La Administracion Instrumental en las Directivas de la Comunidad Europea y el Acuerdo de Contratacion Publica de la Organizacion Mundial del Comercio*, *in* Revista de Administración Pública, n.º 145, Enero-Abril 1998, pp. 445-474.
O conceito de *organismo de direito público*, cuja interpretação já foi feita numerosas vezes pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pode ser apreendido através das seguintes notas:
a) *"Interpretação lata do conceito de organismo público (cfr. Acórdão do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003);*
b) *O conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial surge como conceito autónomo de direito comunitário e como tal deve ser interpretado (Acórdãos do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003, de 16 de Outubro de 2003);*
c) *Para apreciar se as actividades exercidas pela entidade são de interesse geral atende-se à actividade que efectivamente exerçam;*
d) *"constituem necessidades de interesse geral que não têm carácter comercial ou industrial aquelas necessidades que, por um lado, não se satisfazem mediante oferta de bens ou serviços no mercado e que, por outro lado, por razões de interesse geral, o Estado decide satisfazer por si próprio ou a respeito das quais quer conservar uma influência determinante" (Acórdão do TJCE, de 16 de Outubro de 2003);*
e) *O conceito em apreço não exclui actividades que possam ser prestadas por entidades privadas; a inexistência de concorrência não é requisito necessário para definir um organismo de direito público – mas com ressalvas: 1) a existência de concorrência é indício de a necessidade ter carácter comercial; 2) as necessidades não comerciais, regra geral, não se satisfazem mediante oferta de bens e serviços no mercado;*
f) *O conceito deve ser aferido tendo em conta todos os elementos de facto e de direito: 1) circunstâncias que presidiram à criação da empresa; 2) condições em que exerce a sua actividade, incluindo, particularmente, a falta de concorrência no mercado, e a falta de ânimo de lucro como objectivo principal, 3) não assunção dos riscos da actividade; 4) eventual financiamento público (Acórdãos TJCE, de 16 de Outubro de 2003 e de 22 de Maio de 2003);*
g) *O organismo de direito público não deixa de o ser ainda que possa exercer, juntamente com as funções de interesse geral que não tenham carácter comercial, actividades comerciais em regime de livre concorrência, e ainda que a sua actividade principal consista em satisfazer necessidades de carácter comercial (Acórdão do TJCE, de 15 de Janeiro de 1998);*

11

deixamos enunciada – , tal actividade já se situará num plano totalmente distinto do da satisfação das necessidades dos seus Associados, não comungando, aí, daquele substrato cooperativo (de cooperação material e entreajuda) que anima a actividade principal do SUCH. Neste sentido depõe, designadamente, o Parecer n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Chegados a este ponto, importa sublinhar a relevância que tais pareceres da Procuradoria-Geral da República assumem em concreto, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade – *imediatamente* para afastar a *culpa*, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* – que aos membros do Conselho de Administração do CHLN, ora signatários, possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

Na verdade, não se pode ignorar o facto de, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 60/98, de 28 de Agosto (Estatuto do Ministério Público), "[q]uando homologados pelas entidades que os tenham solicitado, ou a cujo sector respeite o assunto apreciado, os pareceres do Conselho Consultivo sobre disposições de ordem genérica são publicados na II Série do Diário da República para valerem como *interpretação oficial, perante os respectivos serviços, das matérias que se destinam a esclarecer*" (itálico nosso).

Com efeito, *o CHLN conformou-se com tal orientação, a qual, note-se, foi por diversas vezes corroborada por vários pareceres jurídicos, como expressamente reconhece o Tribunal de Contas* (cfr. parte final do primeiro § da página 10 do Relato de Auditoria).

A isto não obsta, de forma alguma, o facto de o entendimento vertido naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República não ser vinculativo para o CHLN, por este ser parte integrante da Administração indirecta do Estado – ao passo que a vinculatividade daqueles pareceres, em rigor, apenas se deve considerar restrita aos órgãos e serviços da Administração directa do Estado. Todavia, e porque, como vimos, o regime jurídico dos Hospitais E.P.E. comunga de diversos traços de regime de Direito Público – dos quais se destaca a sujeição à tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, sem esquecer a genérica adstrição aos

h) *Os organismos de direito público, assim delimitados, devem sujeitar às correspondentes directivas de contratação todos os seus contratos, mesmo aqueles que não tenham directamente que ver com a sua actividade na satisfação de necessidades de interesse geral".*

12

princípios gerais da actividade administrativa – , não será difícil reconhecer, no mínimo, *o efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, mesmo perante entidades que, como o CHLN, são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.*

Regressando ao excurso inicial, sempre se dirá que, sem prejuízo de pontuais orientações diversas, e não obstante no Anexo III – "Subsunção das relações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação in house" do Relato de Auditoria, assim como na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal de Contas tenha contestado este entendimento, a verdade é que sempre foi genericamente aceite que a doutrina vertida naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República encontra, desde a entrada em vigor do CCP, acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Código, normativo que consagra expressamente no direito interno positivo a figura da relação *in house* [24].

Não caberá aqui proceder ao contraditório do entendimento sufragado pelo douto Tribunal de Contas – por directamente não relevar para efeitos de demonstração da impossibilidade de imputação de qualquer responsabilidade financeira sancionatória aos signatários – , aderindo, nesta parte, e salvo quando tal não se conforme com a defesa aqui realizada, à argumentação expendida pelo SUCH sobre esta questão, designadamente para efeitos de afastamento da *ilicitude* da conduta imputada a título de infracção financeira potencialmente geradora de responsabilidade financeira sancionatória.

O que se deixou exposto bastará, e adiante será retomado (cfr. pontos III. 2 *infra*), para afastar qualquer possibilidade de imputação da alegada infracção financeira aos membros do Conselho de Administração do CHLN, por demonstrar, em termos apodícticos, a inexistência de *culpa*, a qualquer título, na actuação desenvolvida, pressuposto de que depende, designadamente, o funcionamento da responsabilidade financeira sancionatória.

Contudo, não apenas por estes motivos – que por si só se revelam sobejamente suficientes para o presente efeito – se apresenta, em concreto, insusceptível de efectivação, a título de responsabilidade financeira sancionatória, a

[24] Sobre a questão a doutrina é vasta. Em Portugal, por todos, BERNARDO AZEVEDO, *Contratação in house: Entre a liberdade de autoorganização administrativa e a liberdade de mercado*, in *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, e, recentemente, DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, A adjudicação in-house em particular*, Colecção PLMJ, Wolters Kluwer, Coimbra, 2010.

alegada infracção financeira cometida pelos signatários, como se procurará demonstrar em seguida.

Da inexistência de norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória

Finalmente, uma última consideração de âmbito geral e complementar importa aduzir, tendo que ver com a inexistência de qualquer norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória a titulares dos órgãos e agentes das entidades públicas que integram o Sector Empresarial do Estado, como o CHLN.

Com efeito, a alegada infracção financeira imputada aos membros do Conselho de Administração do CHLN (exercício de 2008), ora signatários, é insusceptível de ser aplicada.

Assim é, por não se encontrar preenchido um dos elementos objectivos – a existência de uma "despesa pública" – constante da norma sancionatória considerada violada: o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, de ora em diante, apenas "LOPTC") [25].

[25] Os fundamentos para a aplicação de multas pelo Tribunal de Contas são *todos e apenas* os previstos no n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, o qual dispõe como se segue:
"Artigo 65.º
Responsabilidades financeiras sancionatórias
1 — O Tribunal de Contas pode aplicar multas *nos casos seguintes*:
a) Pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas;
b) Pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da *assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos*;
c) Pela falta de efectivação ou retenção indevida dos descontos legalmente obrigatórios a efectuar ao pessoal;
d) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património;
e) Pelos adiantamentos por conta de pagamentos nos casos não expressamente previstos na lei;
f) Pela utilização de empréstimos públicos em finalidade diversa da legalmente prevista, bem como pela ultrapassagem dos limites legais da capacidade de endividamento;
g) Pela utilização indevida de fundos movimentados por operações de tesouraria para financiar despesas públicas.
h) Pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos;
i) Pela utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista;
j) Pelo não acatamento reiterado e injustificado das injunções e das recomendações do Tribunal;
l) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à admissão de pessoal.
(...)" (itálicos nossos).
Adicionalmente, cumpre ainda esclarecer que os "compromissos" referidos na alínea b), *in fine*, do artigo acima transcrito, só poderão ser *compromissos derivados de despesas públicas* e não outros.

Não olvidando que o fio condutor da competência do Tribunal de Contas, enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas, nos termos em que o legislador constituinte o definiu, evolui para além da "equação *dinheiros públicos = entidades públicas*" [26], encontrando-se, hoje, em íntima relação com um conceito amplo de *despesa pública*, definida esta como "o gasto ou o dispêndio de bens por parte dos entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazer necessidades públicas" [27], somos de parecer que tal definição não caracteriza, em termos rigorosos, a realidade sobre a qual versa, por abranger um leque amplíssimo de situações que nem sempre são homogéneas, como pretendido. E isto porque, em rigor, uma despesa, *ainda que realizada com dinheiros públicos*, para poder obter o qualificativo de "despesa pública", *precisa de ter sido realizada de acordo com as regras aplicáveis ao processamento das despesas públicas, o que não sucede no que concerne aos Hospitais E.P.E.*.

É isto que explica, designadamente, que o referido artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, *apenas* determinasse a aplicação do "regime de direito comunitário relativo à *contratação* pública" (itálico nosso). O bloco de normas relativas à *realização das despesas públicas* [28] *não é aplicável aos Hospitais E.P.E., porquanto, as despesas realizadas por estas entidades não devem, em rigor, serem qualificadas como despesas públicas.*

Em consequência, sendo tal qualificação – de *despesa pública* – imprescindível para efeitos de aplicação, em sede de efectivação de responsabilidades financeiras sancionatórias, da alínea b), do n.º 1, do artigo 65.º, da LOPTC, não se poderá, em concreto, considerar violada aquela norma [29], contrariamente ao considerado no Relato de Auditoria que agora se contesta.

Equacionando, sem conceder, que o douto Tribunal de Contas (re)considere existir norma habilitante para efeitos de imputação da alegada infracção financeira, seguidamente será demonstrado, individualizadamente, os motivos pelos quais a

[26] VITAL MOREIRA, *O Tribunal de Contas e a reforma da administração pública, in Comemorações dos 150 anos do Tribunal de Contas*, p. 49.

[27] SOUSA FRANCO, *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I., 4.ª Ed. (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, p. 297.

[28] Cfr. os artigos 16.º a 22.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, normativos cuja vigência foi expressamente ressalvada pelo Diploma Preambular que aprovou o CCP (cfr. artigo 14.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro).

[29] Ou qualquer outra das alíneas do artigo 65.º, n.º 1, da LOPTC.

mesma não pode, em concreto, ser aplicada, por falta dos pressupostos de que depende a efectivação da responsabilidade financeira sancionatória.

III. 2 – A propósito da não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística pelo CHLN – ponto 8.1.1 e Quadro XI do Anexo I do Relato de Auditoria

O Relato de Auditoria do Tribunal de Contas que agora se contesta considera como facto susceptível de integrar infracções financeiras a "não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística" pelo CHLN.

Desde já se diga que o facto assinalado não pode sustentar qualquer efectivação de responsabilidade financeira, designadamente na modalidade de responsabilidade sancionatória (artigos 65.º e ss. da LOPTC), na medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da *ilicitude*, da *culpa* e da existência de uma *norma (sancionatória) habilitante* para o efeito.

Quanto a este último pressuposto, para além de recordar o que acima concluímos (cfr. ponto III. 1 *supra*) – a saber, as despesas realizadas pelos Hospitais E.:P.E. não devem serem qualificadas como despesas públicas, pois não são realizadas de acordo com o conjunto de normas que regulam o respectivo processamento – cumpre salientar que, como o Tribunal de Contas reconhece, *"nenhum dos Centros Hospitalares aderentes a estes serviços efectuou qualquer pagamento ao abrigo dos contratos de adesão identificados"* (cfr. ponto 8.1.1. do Relato de Auditoria, p. 63), *situação que, no que ao CHLN se refere, mantém-se até à data*, e não será alterada, como lucidamente o douto Tribunal reconhece no penúltimo § e na parte final do último § da p. 82 do Relato de Auditoria [30].

Assim sendo, a adesão do CHLN à referida Central de Compras e Logística não gerou qualquer despesa com dinheiros públicos – nem *despesa pública*, no sentido acima propugnado – , o que corrobora a inaplicabilidade no caso vertente da norma sancionatória considerada violada (o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC).

[30] Aí se afirma peremptoriamente o seguinte: *"Compreende-se assim a recusa dos três Centros Hospitalares em aceitar a facturação emitida pelo ACE"*.

Relativamente ao pressuposto da *ilicitude*, afigura-se conveniente distinguir duas situações, que, em rigor, estão umbilicalmente interligadas, pelo que devem merecer, porém, quando possível, um tratamento unitário:

(i) *A eventual responsabilidade pela não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística, em consequência da participação do CHLN no Somos Compras, A.C.E.* – parecendo ser este o facto considerado pelo Tribunal de Contas como sendo susceptível de integrar uma eventual infracção financeira;

(ii) *A eventual responsabilidade financeira pela inobservância pelo Somos Compras, A:C.E. das regras de contratação pública.*

Quanto à primeira situação (cfr. (i) *supra*), consideramos ter inexistido qualquer ilegalidade aquando da celebração do referido Protocolo de Adesão, que precedeu a prestação de compras e logística Somos Compras, A.C.E.

Assim é, de facto, porque *a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública.*

Quer o SUCH (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea d), dos respectivos Estatutos), quer o CHLN (cfr. artigos 10.º, n.º 1, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2005 e 37.º do RSEE), no exercício da ampla autonomia de gestão que legalmente lhes é reconhecida [31], plasmada nos respectivos Estatutos e Regulamentos Internos, procederam, *nos termos da lei aplicável – a saber, a Lei n.º 4/73, de 4 de Junho* [32] *e o Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto* [33] *– à constituição de A.C.E. "a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades"* (cfr. Base I, n.º 1, *in fine*).

[31] Autonomia pública essa que pressupõe a liberdade de auto-organização de todos os entes administrativos, conforme se infere a partir de uma interpretação holística, por exemplo, dos preceitos 111.º (princípio da separação de poderes) e 199.º (donde se extrai uma reserva geral de administração), ambos da Constituição.

[32] Diploma que estabelece as bases gerais do regime jurídico dos agrupamentos complementares de empresas, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 36/2000, de 14 de Março e 76-A/2006, de 29 de Março.

[33] Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 36/2000, de 14 de Março, e 323/2001, de 17 de Dezembro.

17

Como se afigura evidente em face das disposições de direito comunitário e nacional aplicáveis, *nenhuma vinculação legal ou contratual, nacional ou comunitária, existe que obrigue à sujeição da constituição de um A.C.E., ainda que também composto por parceiros privados, às regras da contratação pública.*

Tanto mais que se trata de uma estrutura instrumental à prossecução dos objectivos das várias entidades que a integram, daí que, em princípio, não possa visar o lucro (cfr. Base II, n.º 1).

Se a solução atrás exposta era evidente à data da constituição do Somos Compras, A.C.E. – sendo esse, em última análise, o facto que releva para os presentes efeitos, impedindo que se considere preenchido o pressuposto da ilicitude, por não ter havido qualquer violação da legalidade objectiva à data vigente –, sempre se dirá que com a entrada em vigor do CCP a situação não se considera substancialmente alterada. Na verdade, para além da sujeição a procedimentos de formação de contratos públicos de todos os tipos *típicos* de contratos constantes das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, o legislador nacional *optou, não tendo que o fazer* – donde, nem sequer se poderá por esta via equacionar, à data da constituição do Somos Compras, A.C.E., qualquer adstringência a uma hipotética interpretação conforme ao direito comunitário, que tivesse por consequência a sujeição da constituição daquela estrutura às regras da contratação pública – , por estender o âmbito material de aplicação do CCP aos contratos de sociedade, *mas não* a quaisquer figuras afins desse tipo contratual, como é o caso de consórcios ou agrupamentos complementares de empresas.

No que tange à eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho de Administração do CHLN em virtude da eventual não observância pelo Somos Compras, A.C.E. das regras da contratação pública (cfr. (ii) *supra*), haverá, sinopticamente, que referir o seguinte:

(i) A partir do momento em que o Somos Compras, A.C.E. adquiriu personalidade jurídica (com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial, em conformidade com o previsto na Base IV da Lei n.º 4/73), a

18

actuação por este desenvolvida deverá, em primeira linha [34], a este ser imputável, nos termos gerais de direito, em virtude de, a partir desse momento, para todos os efeitos, se dever considerar que aquela estrutura se autonomizou das entidades que determinaram a sua constituição e que nela participam, originando um novo e autónomo centro de imputação de direitos e deveres, realidade que não poderá ser ignorada e que reveste uma importância de tomo neste âmbito;

(ii) Neste contexto, será igualmente manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLN, em virtude de o Somos Compras A.C.E. não ter eventualmente respeitado o regime de contratação pública a que se encontrava sujeito, nos termos expressamente previsto n.º 8, da "CLÁUSULA QUARTA", do Protocolo de Adesão [35];

(iii) Inexistindo qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLN o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos por aquele A.C.E. realizados [36] – sendo apodíctico, como se viu (cfr. (i) *supra*), que em virtude da autonomia jurídica reconhecida ao Somos Compras, A.C.E., este e as demais entidades que o integram são *insusceptíveis de apreensão unitária*, querendo tal apenas significar que são *juridicamente distintas, com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades*.

Findo este breve excurso sobre a (falta de) *ilicitude* (*activa* ou *omissiva*) a propósito da infracção financeira assacada pelo Relato de Auditoria aos membros do Conselho de Administração do CHLN, que agora nos ocupa, ocupar-nos-emos, seguidamente, do pressuposto da *culpa*, pois, como é sabido, nos termos do n.º 5, do

[34] Não se ignorando, porém, a possibilidade de uma responsabilidade *meramente subsidiária* por parte das entidades que participam naquele A.C.E., nos termos gerais de Direito Societário (artigo 175.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável *ex vi* artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 470/73, de 25 de Agosto.

[35] Como já se teve oportunidade de referir, o CHLN poderia legitimamente assumir, no exercício de um hipotético dever de vigilância, que o Somos Compras, A.C.E. teria diligentemente observado as regras de contratação pública nas suas relações com terceiros, como lhe era imposto no referido normativo do Protocolo de Adesão. Com efeito, não deve ser considerado negligente (o CHLN) quem presumiu que outrem (o Somos Compras, A.C.E.) cumpriu os deveres de diligência (na promoção dos competentes procedimentos pré-contratuais nas suas relações com terceiros) a que estava obrigado.

[36] Não obstante, por manifesta diligência superior à exigida, o CHLN, assim como os demais associados, manifestaram as suas dúvidas sobre a legalidade dos ajustes directos realizados pelo Somos Compras, E.P.E., razão que em parte explica a rigorosa descrição contida nos §§ 3.º e ss. das pp. 81 a 83 do Relato de Auditoria, expurgados de todos os juízos conclusivos e da manteria de direito neles contida.

19

artigo 61.º, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória *ex vi* artigo 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, *"a responsabilidade (...) só ocorre se a acção for praticada com culpa"*.

Pelos motivos já expostos, e por aqueles que de ora em diante melhor serão dissecados, será imperativo considerar que não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar qualquer responsabilidade a título de negligência, na medida em que não houve, designadamente, qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após as diligências efectuadas e o enquadramento histórico da situação) a convicção dos membros do Conselho de Administração do CHLN, ora signatários, da legalidade de todo o processo de adesão

Objectivamente, podem ser elencados os motivos pelo qual manifestamente carece em absoluto de *culpa* (mesmo na menos agravada forma de negligência) o facto que determina a infracção financeira em apreço:

(i) A existência dos pareceres n.ºs 1/95 e n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, e a função mediatamente orientadora que dos mesmos flui, mesmo para entidades com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, como o CHLN, conforme se retira por interpretação teleológica do artigo 43.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, nos termos atrás aduzidos (cfr. ponto III. 1 *supra*), para onde ser remete; e,

(ii) A vinculação do CHLN, assim como dos demais associados, às orientações da Tutela, no sentido de se proceder à centralização de aquisições de bens e serviços no sector da Saúde, constituindo o Somos Compras, A.C.E. uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato.

Se relativamente ao primeiro motivo atrás apontado não se justificam mais observações, o mesmo não sucede no que ao segundo motivo concerne. Vejamos.

Efectivamente, como o Tribunal de Contas reconhece, "[a] constituição de serviços partilhados na Administração Pública integra-se, a par do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), na estratégia de

20

reorganização e modernização da Administração Pública dos XVII e XVIII Governos Constitucionais (...). No Sector da Saúde, a criação dos serviços partilhados insere-se, ainda, nos objectos de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde." (cfr. § primeiro do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59), logo depois afirmando que "[d]ecorre de diversos actos do Governo, praticados entre 2006 e 2009, identificados no Anexo V [do mesmo Relato de Auditoria], que a criação dos serviços partilhados no Sector da Saúde (...) seria responsabilidade do SUCH" (cfr. § segundo do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59).

Este *indirizzo* político (em sentido lato) exercido pela Tutela, traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades hospitalares – de acordo com a teleologia que flui do n.º 2, do artigo 11.º do RSEE, secundada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março [37], onde se deixou dito que "[a]s empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo, num quadro de racionalidade empresarial" – , associadas do SUCH, entre as quais o CHLN, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, é expressamente assumida em variados actos, dos quais se destacam, cronologicamente, os seguintes:

(i) Os Estatutos do SUCH, que passaram a prever, a partir de 2006, a possibilidade de constituição de serviços partilhados – *alteração estatutária objecto de tutela integrativa*, nos termos previstos no n.º 2, do artigo 15.º dos mesmos Estatutos;

(ii) Como também se refere no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 51), "[o]s serviços partilhados de compras e logística (...), desenvolvidos através de Agrupamentos Complementares de Empresas constituídos pelo SUCH – o Somos Compras, A.C.E., criado em Abril de 2007 (...) – são expressamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [38] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2008**" (negritos no original);

(iii) Em alguma medida, a já referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março, que aprovou, em anexo, "as orientações

[37] Publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 79, de 22 de Abril de 2008.
[38] Aprovadas pela Lei n.º 31/2007, de 10 de Agosto.

estratégicas do Estado destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, entre as quais se salienta as expressas nos pontos 1 de I [39] e 2 de II [40];

(iv) O artigo 13.º, (e, *maxime*, o seu n.º 1) do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – tanto mais significativo quando se constata que este Diploma legal foi publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão, em 7 de Outubro* (cfr. referido em a) do ponto II. *supra*) – , através do qual o Somos Compras, A.C.E. foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade;

(v) Em linha com a factualidade indicada nas alíneas precedentes, o facto de a participação dos Centros Hospitalares de Lisboa, entre os quais o CHLN, no Somos Compras, A.C.E., ter sido autorizada por despacho conjunto pelos Secretários de Estado do Tesouro e Finanças e do Secretário de Estado da Saúde, no uso de competência delegada pelos respectivos Ministros das Finanças e da Saúde, respectivamente, nos termos previstos na alínea i), do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro (cfr. ainda o artigo 37.º do RSEE);

(vi) Conforme também referido no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 52), "[o]s serviços partilhados constituídos pelo SUCH foram novamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [41] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2009**" (negritos no original);

(vii) O Protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A.C.E., celebrado em 30 de Julho de 2009, ao abrigo do n.º 3, do artigo 10.º, do já referido Decreto-Lei n.º 200/2008, e objecto de Despacho de

[39] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**I — Enquadramento geral da actuação do sector empresarial do Estado**
1 — As empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado *devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo*, num quadro de racionalidade empresarial" (negrito no original; itálico nosso).

[40] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**II — Principais áreas de orientação dirigidas ao sector empresarial do Estado**
2 — As empresas públicas *devem dar cumprimento à execução das orientações definidas no número anterior*, propondo ao Ministro das Finanças e aos ministros responsáveis pelos *sectores de actividade*, por referência às mesmas, os indicadores de desempenho respectivos" (negrito no original; itálico nosso).

[41] Aprovadas pela Lei n.º 41/2008, de 13 de Agosto.

autorização do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, na mesma data (cfr. Anexo V do Relato de Auditoria, p. 52);

(viii) Enfim, paradigmático desse *indirizzo* político é ainda o conjunto de considerações expendidas no Preâmbulo do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto [42], que instituiu o Sistema Comum de Compras, no âmbito da articulação entre as centrais de compras da área da Saúde, das quais se destacam as seguintes passagens:

> *"**O Ministério da Saúde tem vindo a desenvolver uma linha de actuação tendente à criação de serviços partilhados em saúde**, o que exige uma complexa operação inerente ao processo de compras, que inevitavelmente requer meios técnicos e tecnológicos adequados com vista à utilização de estruturas centrais com as consequentes sinergias e economias de escala. Trata -se de uma opção que visa contribuir para a sustentabilidade económico -financeira do Serviço Nacional de Saúde.*
> *(...)*
> *A unidade ministerial de compras assegurada pela ACSS e o **Somos Compras, A. C. E., agrupamento complementar de empresas, foram considerados centrais de compras públicas do sistema de saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro**, (...).*
> *As novas formas de contratação pública e a **acima referida criação das centrais na área da saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, impõem o estabelecimento de novas regras em matéria de contratação de bens e serviços**.*
> *Para esse efeito, **justifica-se a criação de um Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde, utilizando o protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A. C. E.**, o qual disponibiliza uma infra-*

[42] Publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 155, de 12 de Agosto de 2009.

23

> *estrutura comum para as compras de bens específicos do sector da saúde.*
> *Neste enquadramento, torna-se necessário criar as condições para que o Sistema Comum de Compras alcance níveis de actividade que revelem economia, eficácia e eficiência.*
> ***Para o efeito, deve ser iniciada a aquisição centralizada com determinados bens e serviços. Esta aquisição*** *no contexto do Sistema Comum de Compras* ***deve ser obrigatória para todos os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde***" (negritos nossos).

(ix) Elucidativo é, igualmente, o teor de algumas das disposições contidas naquele Despacho, e que demonstram em termos apodícticos a obrigatoriedade [43] de aquisição de bens e serviços pelo CHLN, nomeadamente, "para os quais exista ou venha a existir um contrato público de aprovisionamento", entre os quais aqueles que fossem promovidos pelo Somos Compras, A.C.E..

A ambiência factual atrás descrita, se dúvidas ainda restassem, afasta por completo qualquer possibilidade de imputação da responsabilidade financeira sancionatória em apreço aos membros do Conselho de Administração do CHLN, por falta de um dos seus pressupostos: a *culpa*.

Assim, e sem prejuízo das demais considerações expendias no ponto II. *supra* das presentes alegações, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em que ficou demonstrado que não houve qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após o enquadramento jurídico e histórico da efectuado) a convicção da legalidade de todo o procedimento, nos termos acima descritos, não lhes sendo, em concreto, exigível uma diligência superior.

[43] Cfr. pontos 4 a 7 do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto.

IV – CONCLUSÃO

As auditorias do Tribunal de Contas são instrumentos fundamentais na constante procura da uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia por parte do CHLN

Efectivamente, o CHLN sempre procurou, e procura, pautar a sua actividade de acordo com princípios de legalidade, racionalidade económica, economia, eficácia e eficiência na gestão dos dinheiros públicos.

Por conseguinte, é com acérrima dificuldade que se admite qualquer imputação de responsabilidades financeiras aos membros do Conselho de Administração deste Centro Hospitalar.

Os membros do Conselho de Administração do CHLN visados no Relato de Auditoria, aguardam com expectativa, mas com a tranquilidade própria de quem bem procedeu, o desenrolar do presente processo de auditoria.

Lisboa, 21 de Junho de 2010.

Com os melhores cumprimentos,

Adalberto Campos Fernandes

Adalberto Campos Fernandes

25

DGTC 22 06'10 11487

Alegações da Vogal Executiva no exercício de 2008

- Contraditório pessoal -

Sua Excelência
Senhor Conselheiro da Área
Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes

CC. Exmo. Auditor Coordenador
Abílio de Matos

Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos. Alegações do membros do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E.P.E.

Exmo. Senhor Conselheiro da Área Eurico Manuel Ferreira Pereira Lopes,

Marina Judite Peres da Silva, *portadora do B.I. n.º 1302609, emitido em 18/10/2001, Lisboa,* Vogal Executiva do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, E.P.E. (de ora em diante, apenas "CHLN"), nos exercícios de 2007 e 2009, tendo sido notificada para se pronunciar, querendo, em sede de audiência prévia dos interessados, relativamente ao Relato da Auditoria do Tribunal de Contas "orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) através do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e de agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009" (Processo n.º 27/09 – Relato, I – Sumário, p. 5), vem por este meio apresentar a respectiva pronúncia nos termos e com os fundamentos seguintes:

1

I – INTRODUÇÃO

Nos parágrafos que se seguem procurar-se-á fazer o contraditório à infracção financeira alegadamente cometida pelos signatários, indicada no Relato da Auditoria acima melhor identificado, e sumariada no Quadro XI do seu "Anexo I – Eventuais infracções financeiras". Antes de se detalhar a presente resposta, porém, impõe-se tecer alguns comentários iniciais.

Desde já cumpre salientar que os signatários registam, com muito agrado, a presença do Tribunal de Contas nas suas instalações para a realização da presente auditoria. Para o CHLN, como para qualquer outra entidade, as auditorias do Tribunal de Contas são fundamentais na constante procura da uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia.

As contribuições resultantes das questões e sugestões colocadas pelos auditores durante a auditoria, e nos relatos dela resultante, são cruciais para que se possam ajustar linhas de orientação e corrigir os procedimentos que suportam a actividade das várias entidades auditadas.

Neste contexto, o CHLN deixa desde já aqui expresso o seu agradecimento à equipa auditora do Tribunal de Contas pelo trabalho realizado, quer nas suas instalações, quer nas instalações do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (de ora em diante, apenas "SUCH" ou "Associação"), em virtude de esta Associação ser, em alguma medida, ainda que de forma instrumental, uma *longa manus* da actividade desenvolvida por esta instituição hospitalar na satisfação das actividades colectivas no sector da Saúde.

Porém, os signatários não se conformam, pelos motivos adiante expendidos, com as conclusões do Relato de Auditoria em apreço, considerando, salvo o devido respeito, que o douto Tribunal de Contas incorreu numa errónea aplicação do direito aos factos, não procedendo, por conseguinte, a infracção financeira apontada.

2

II – ENQUADRAMENTO FACTUAL

Em face da infracção financeira sumariada no Quadro XI do "Anexo I – Eventuais infracções financeiras" do Relato de Auditoria, alegadamente cometida pelos signatários, releva ter presente o seguinte quadro jurídico-factual:

a) O "Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Compras e Logística" (de ora em diante, apenas "Protocolo de Adesão"), assinado em 7 de Outubro de 2008 [1], veio estabelecer os termos e condições das relações contratuais futuras de aquisições de bens e serviços [2] entre o SUCH/Somos Compras A.C.E. e o CHLN [3];

b) O SUCH, através do Somos Compras, A.C.E. [4], "unidade operativa autónoma de serviços partilhados de centralização, optimização e racionalização da aquisição de bens e serviços e de disponibilização de Compras e Logística" [5], comprometeu-se a "efectuar e fornecer aos respectivos Aderentes, entre os quais o CHLN", nos "prazos, qualidades e quantidades" definidos no Protocolo de Adesão [6];

c) O n.º 2 da Cláusula Quinta [7] prevê, *correlativamente* [ao dever de fornecimento por parte do Somos Compras, A.C.E.], a *obrigatoriedade* de o CHLN adquirir os bens e serviços acordados "em exclusividade (…) obrigando-se (…) a não solicitar a qualquer outra pessoa ou entidade a execução das tarefas ou fornecimentos dos mesmos Serviços incluídos, excepção feita à aquisição de bens e serviços que, por imposição legal, a C.C.L. [o Somos Compras, A.C.E.] não possa prestar e àqueles que contratualmente o CHLN tenha reservado para si ou excepcionado do âmbito do presente Protocolo";

---

[1] Data em que entrou em vigor (cf. n.º 1 da Cláusula Sétima do Protocolo de Adesão). Este Protocolo de Adesão teve como "antecedente histórico" imediato o contrato de constituição do COMPARSIS, A.C.E., celebrado a 16 de Abril de 2007.

[2] O âmbito do fornecimento (inicial) está fixado no Anexo 0 ao Protocolo de Adesão (cfr. n.º 1 da Cláusula Décima-Quinta) – encontrando-se limitado, *grosso modo*, a material de consumo clínico.

[3] Cfr. Cláusula Segunda do Protocolo de Adesão.

[4] Cfr. Cláusula Terceira, n.ºs 2 e 3 do Protocolo de Adesão.

[5] Cfr. Considerando "E)" e Cláusula Terceira, n.º 1 do Protocolo de Adesão.

[6] Cfr. Considerando "G)" e Cláusula Nona do Protocolo de Adesão.

[7] No mesmo sentido, relativamente ao "Plano Inicial de Aquisições" (Anexo 0 ao Protocolo de Adesão); cfr. n.º 2 da Cláusula Décima-Quinta.

3

d) Em suma, o respeito pelas obrigações sinalagmáticas firmadas, *de boa fé*, entre o CHLN e o Somos Compras, A.C.E., em cada momento (em especial, nos anos de 2008 e 2009) pressupôs, pois, o cumprimento daquelas obrigações por ambas as partes, e, em especial, no que ao CHLN concerne, o dever de não abrir quaisquer procedimentos aquisitivos para as categorias de bens e serviços para os quais o Somos Compras A.C.E. estivesse incumbido de centralizar as aquisições;

e) Donde, quando o Somos Compras A.C.E. não estivesse em condições de efectuar os fornecimentos de bens e serviços solicitados pelo CHLN, e desde que essa impossibilidade (objectiva e temporária) não lhe fosse imputável, o Protocolo de Adesão previa a possibilidade de o CHLN "(..:) tomar as providências necessárias a garantir, pelos seus próprios meios, o fornecimento dos bens e serviços necessários à prossecução da sua actividade, sem prejuízo da obrigação de indemnizar o SUCH pelos prejuízos causados à C.C.L. (…) quando esta seja imputável ao CHLN" [8];

f) Para efeitos do Código dos Contratos Públicos, e nos termos do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – diploma este publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão* referido em a) *supra* – , o Somos Compras, A.C.E., foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade, a qual viria a ser confirmada, designadamente, por Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto, que instituiu o Sistema Comum de Compras.

[8] Cfr. n.º 4 da Cláusula Trigésima.

4

III – DA ALEGADA INFRACÇÃO FINANCEIRA

III. 1 – Considerações gerais

O CHLN no contexto do Sector Empresarial do Estado

Tendo presente o âmbito material do Relato de Auditoria que agora se contesta, importa, sinteticamente, proceder ao enquadramento jurídico do CHLN no contexto do Sector Empresarial do Estado, no qual aquele se integra, com especial relevo no que concerne ao regime de contratação pública que deste específico contexto emerge.

Como é sabido, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril, consagrava uma noção de empresa pública restrita às entidades dotadas de personalidade colectiva de direito público [9]. Foi apenas mais tarde que se equacionou, em grande medida por impulso do Direito Comunitário da Concorrência, uma mudança de paradigma neste domínio, visível, por exemplo, na possibilidade de certas sociedades comerciais detidas pelo Estado poderem ser consideradas como integrando uma noção ampla de empresa pública.

Este fenómeno ficou igualmente a dever-se à evolução dos quadros dogmáticos do Direito Público: as tradicionais estruturas não permitiam a celeridade e eficiência que as "novas" estruturas empresariais permitiriam alcançar, sem as quais a (cada vez mais) "Administração prestadora" ficaria tolhida de meios para responder cabalmente às crescentes necessidades que vinha sendo chamada a suprir.

Neste linha, o Decreto-Lei n.º 260/76 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro [10], que aprovou o Regime do Sector Empresarial do Estado (de ora em diante, apenas "RSEE"), estabelecendo um novo quadro legal sobre a matéria, consagrando uma noção diferente, mais *ampla* e de cariz *funcional*, de empresa pública, que passou a abranger igualmente pessoas colectivas privadas submetidas a

[9] Artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 2 de Abril. Sobre este ponto, por todos, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As empresas públicas nos tribunais administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração*, 2007, pp. 40 e ss, e SOFIA TOMÉ D´ALTE, *A nova configuração do Sector Empresarial do Estado e a empresarialização dos serviços públicos*, 2007, pp. 259 e ss.

[10] Na redacção que lhe foi dada, por último, pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2009.

5

influência dominante do Estado [11], tendo igualmente sido criada uma outra categoria de empresa pública, denominadas por "entidades públicas empresariais" (de ora em diante, apenas E:P.E.), sucessoras [12] das empresas públicas regidas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, atrás referidas [13].

O CHLN que integra, por fusão, o Hospital de Santa Maria, E.P.E. e Hospital de Pulido Valente, E.P.E., foi criado pelo Decreto-Lei n.º 23/2008, de 8 de Fevereiro. O mesmo diploma legislativo aprovou também os respectivos Estatutos, constantes do Anexo II ao Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, com as especificidades estatutárias que constam do Anexo único ao Decreto-Lei n.º 23/2008 [14]. Nos termos dos artigos1.º, .º 1 do Decreto-Lei n.º 23/2008, 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 233/2005, e 23.º, n.º 1, do RSEE, o CHLN é uma pessoa colectiva pública de natureza empresarial – ou seja, uma E.P.E.. Donde, comunga de diversos traços de regime de Direito Público, encontrando-se sujeito a tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, à qual há que acrescentar o conjunto de regras constante do Capítulo I do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar (de ora em diante, apenas "RJGH"), aprovado pela Lei n.º 27/2002, de Novembro [15]. No entanto, a sua actividade é maioritariamente regida pelo Direito Privado (cfr. artigo 7.º do RSEE, também aplicável às EPE como disposição geral que é).

---

[11] Artigos 2.º e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[12] Essa continuidade encontra-se plasmada, *maxime*, no artigo 23.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 558/99.

[13] Na verdade, no que toca ao sector da Saúde, a criação de empresas públicas para prestação de cuidados aos cidadãos surge, do ponto de vista da fundamentação, como especialmente facilitada: já MENEZES CORDEIRO identificava *"um elenco de tipos de empresas vocacionadas para especiais ligações ao Estado"*, incluindo entre elas os *"Serviços de assistência à vida"*, correspondentes a *"unidades necessárias para a manutenção da sociedade e dos elementos que a compõem, num plano de mera conservação"*, sendo o caso, precisamente, da saúde, entre outros; cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia* (policopiado), Lisboa: A.A.F.D.L., 1984, pp. 240-243.

Numa perspectiva temporal ainda mais alargada, cumpre referir uma ideia ultimamente expressa pela Doutrina com alguma insistência, mas que faz sentido reforçar: a "privatização" operada, sob diversas formas, não é fenómeno original – cfr. neste sentido, com vários exemplos, PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, in AA / VV, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, 2001, pp. 31 e ss. (31-36); e RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2005 – e também assim no âmbito da Saúde. Cabe salientar, contudo, que de entre as várias acepções de privatização existentes, apenas pode falar-se, no que toca à transformação de hospitais-institutos públicos em hospitais-empresas públicas, em privatização formal, que não em privatização material, que não seria de admitir no actual quadro constitucional – cfr. PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas…*, ob. cit., p. 40, nota 34.

Assim, e com apoio explícito da Base XXXVI n.º 3 da Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro foram criados, por Decretos-Lei de 2002, os chamados "Hospitais S.A.", sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (S.A.C.E.P.). Estes hospitais passaram a ser "empresas públicas" de acordo com o sistema criado pelo Decreto-Lei n.º 558/99. Os Hospitais S.A. tiveram, contudo, curta duração, e desaparecem enquanto ainda eram discutidos diversos aspectos do seu regime jurídico, com ênfase para o regime das aquisições de bens e serviços a que estavam sujeitos. Com efeito, os "Hospitais S.A." foram transformados em entidades públicas empresariais pelo Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho. Desta forma, os Hospitais anteriormente "SA" assumem agora, com esse Decreto-Lei e com a publicação do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, a natureza de E.P.E..

[14] Cfr. Artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 23/2008, de 8 de Fevereiro.

[15] Regras cuja compatibilização com a natureza e regime jurídico das EPE nem sempre se afigura fácil; veja-se sobretudo o artigo 6.º do RJGH.

6

Nesse sentido, o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005[16], que veio regular expressamente a matéria das aquisições de bens e serviços (e também das empreitadas, apesar do que afirma a epígrafe do normativo) dos Hospitais E.P.E., dispunha como segue:

> *"1. A aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos Hospitais E.P.E. regem-se pelas normas do direito privado, sem prejuízo da aplicação do regime de direito comunitário relativo à contratação pública.*
> *2. Devem os regulamentos internos dos Hospitais E.P.E. garantir o disposto no número anterior, bem como, em qualquer caso, o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão, designadamente a fundamentação das decisões tomadas".*

Da norma em questão resultava que nos contratos cuja despesa estimada se cifrasse *abaixo do limiar* comunitário aplicável à aquisição de bens e serviços [17] (e empreitadas), que é o pressuposto de aplicação das Directivas comunitárias sobre contratação pública e, para estas entidades, do Código dos Contratos Públicos [18] (de ora em diante, apenas "CCP"; cfr. alínea b), do n.º 3, do artigo 5.º), o CHLN não se encontrava sujeito a procedimentos pré-contratuais especificados por lei [19]. Assim, o

[16] Diploma revogado pelo artigo 14.º, n.º 1, alínea o), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

[17] Os limiares comunitários em apreço (para a aquisição de bens e serviços) são os estabelecidos na Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alterada pela Directiva n.º 205/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificada pela Directiva n.º 205/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro (€ 249.000,00), posteriormente alterados pelos Regulamentos (CE) n.º 1874/2004, da Comissão, de 28 de Outubro de 2004 (€ 236.000,00), n.º 2083/2005, da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005 (€ 211.000,00), n.º 1422/2007, da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007 (€ 206 000,00), e, por último, pelo Regulamento (CE) n.º 1177/2009, da Comissão, de 30 de Novembro de 2009, actualmente em vigor (€ 193.000,00). Conforme previsto no artigo 69.º da Directiva n.º 2004/18/CE, os limiares comunitários são revistos de 2 e 2 anos, podendo ainda ocorrer revisões extraordinárias. De igual modo, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o Governo compromete-se a publicitar os valores actualizados dos limiares comunitários mediante portaria.

[18] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e já alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 233/2009, de 11 de Setembro (que alterou o Diploma Preambular), e 278/2009, de 2 de Outubro, e, por último, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril.

[19] Isto, aliás, é bem diferente de estar sujeito às "normas do direito privado", na expressão insuficiente e errónea do n.º 1, do artigo 13.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005. Na verdade, o CHLN, mesmo nestas contratações, encontrava-se sujeito aos *"princípios gerais da livre concorrência, transparência, e boa gestão"*, e mesmo à *"fundamentação das decisões tomadas"* (fundamentação do ponto de vista da racionalidade e objectividade, entenda-se): é isto que resulta, desde logo, do artigo 13.º, n.º 2 do diploma legal. Sendo certo que a referência aos princípios gerais a que a lei recorre, já foi apodada de referência vazia, destinada apenas a salvaguardar as aparências – cfr. nesse sentido, SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, *in CIVITAS Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 75, Julio-Septiembre 1992, pp. 399-412 (411, nota 33) – , a verdade é que tal referência constituiu, durante a vigência daquele normativo, o "último reduto" de controlo jurídico-público da actividade de contratação de todos os Hospitais E.P.E., quando não exista aplicação do regime das Directivas comunitárias; pelo que é incorrecto e simplista falar numa pura e simples aplicação do direito privado. Actualmente, a situação não é substancialmente diferente (*vide* o disposto nos n.ºs 3 e 6, do artigo 5.º do CCP).

CHLN decidiria, em cada caso, respeitando as exigências de economia, eficiência e eficácia, que correspondem à boa utilização dos fundos públicos, qual a forma de contratar: se solicitava a todo o mercado a apresentação de propostas estáveis (aproximando-se do modelo concursal); se escolheria primeiro alguns fornecedores que julgue adequados solicitando apenas a esses as propostas (aproximando-se do modelo concursal com pré-qualificação); se adoptava modalidades de procedimento com negociação das propostas com os concorrentes; ou se optava por contratar directamente com o fornecedor ou prestador que considere mais adequado; e todas as combinações concebíveis destas várias modalidades. Nesta matéria, ao contrário do que sucede no âmbito da actual natureza jurídica de instituto público, a regra é a da autonomia e liberdade por parte do CHLN. Esta autonomia não é total, na medida em que há ainda vinculações a observar, como se viu; mas apenas é necessário que se possa emitir sobre a parte do Regulamento Interno do CHLN relativa a esta matéria e sobre a forma de contratação escolhida em cada caso concreto um juízo de conformidade com os princípios jurídico-públicos referidos. Tal juízo de conformidade não se verificaria, designadamente, se o CHLN procedesse a discriminações injustificadas entre fornecedores, ou se agisse baseado apenas em preferências pessoais, não sustentadas em critérios de racionalidade económica, o que não sucede.

Pelo contrário, quando o montante da despesa prevista fosse igual ou superior ao *limiar comunitário* em concreto aplicável, o CHLN adoptaria o procedimento pré-contratual (concursal) legalmente previsto para o efeito.

O CCP veio confirmar este entendimento, tornando efectiva uma *lógica de continuidade* com o regime de contratação pública desenhado no artigo 13.º acima transcrito, ao eximir os Hospitais E.P.E. do cumprimento da sua Parte II ("Contratação Pública") em todas as aquisições de bens, serviços e empreitadas, cujos montantes sejam inferiores ao previsto na alínea b), artigo 7.º, da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março (cfr. artigo 5.º, n.º 3, do CCP) [20]. Correlativamente, a confirmar aquela asserção inicial, essa *lógica de continuidade* pode também ser encontrada no n.º 6, do mesmo artigo 5.º, do CCP – que tem como "paralelo histórico" imediato, no que àquele tipo de contratação pública realizada pelos

[20] Sem prejuízo, de novo, do dever de observância dos princípios gerais do direito adjudicatório (*maxime*, a igualdade, a transparência e a concorrência) e dos demais princípios gerais da actividade administrativa, assim como das normas que concretizem preceitos constitucionais previstas no Código do Procedimento Administrativo (artigos 1.º, n.º 4 e 5.º, n.º 6, ambos do CCP).

8

Hospitais E.P.E. diz respeito, o já referido artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 233/2005.

O CHLN no contexto das relações com o SUCH e com agrupamentos complementares de empresas por ele constituídos – e a contratação por estes efectuada a terceiros

Incidentalmente, mas com relevância para o que se vai deixar exposto em seguida (cfr. ponto III. 2 *infra*), importa atender, ainda que de modo perfunctório, por um lado, ao enquadramento do CHLN no contexto das relações contratuais mantidas com o SUCH e com os demais Associados, e, por outro lado, à contratação efectuada pelo SUCH com terceiras entidades, para a satisfação das suas necessidades próprias.

Como é sabido, o SUCH passou por três distintas: I) desde a sua criação, pelo Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Janeiro de 1965, até ao Decreto-Lei n.º 70/75, de 19 de Fevereiro, em que assumiu a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa; II) desde o Decreto-Lei n.º 70/75 até ao Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Janeiro, em que assumiu a natureza de instituto público; e III) a partir deste Decreto-Lei n.º 12/93, em que retomou a estrutura associativa e a natureza originária de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

Os seus actuais Estatutos foram publicados na II série do *Diário da República*, n.º 249, de 29 de Dezembro de 2006. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, desses Estatutos, o SUCH tem por objecto *tomar a seu cargo iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados*, podendo ainda, desde a última revisão dos seus Estatutos, operada em 2006, constituir unidades de serviços partilhados.

A natureza da contratação entre os SUCH e os seus Associados, quando estes assumem a natureza de pessoas colectivas de direito público, *maxime* os hospitais do Serviço Nacional de Saúde, foi sempre muito controvertida, tendo ficado firmada em diversos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, dos quais se destacam os seguintes: os pareceres n.ºs 1/95 [21] e n.º 145/2001 [22].

[21] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 1 de Julho de 1995.

O último dos mencionados pareceres da Procuradoria-Geral da República, partindo de uma análise fundamentada do substrato, do objecto e fins estatutários do SUCH, concluía que "[o] objectivo subjacente à criação do serviço situa-se, pois, e mantém-se, no campo da cooperação, isto é, na colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos Associados. Dito de outro modo, numa perspectiva materialmente cooperativa. / Na verdade, são elementos materialmente cooperativos a cooperação e entreajuda dos membros Associados, visando a satisfação, sem fins lucrativos, de necessidades, v.g. económicas destes, mesmo que, a título complementar, possam ser realizadas operações com terceiros (…). Todos estes elementos materiais confluem no âmbito estatutário de definição das finalidades do SUCH: a pessoa colectiva não tem por objectivo primordial prestar serviço em regime de mercado ou segundo as regras gerais do comércio jurídico, mas apenas prestar serviços aos Associados, procurando obter reais vantagens para estes, teleologicamente sem objectivo de lucro, perto, pois, do princípio mutualista de cooperação e entreajuda".

Por outras palavras: o regime da actuação do SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os Associados, situam-se ainda, *materialmente*, no plano da *auto-satisfação das necessidades da Administração*, fora, pois, dos pressupostos de aplicabilidade das normas de contratação pública.

Seria aliás contraditório que o legislador permitisse que os hospitais criassem serviços de utilização comum, para possibilitar uma melhor repartição de custos, que por vezes são avultados, a optimização dos recursos, e "*um funcionamento mais ágil*" dos Associados, e viesse, por outro lado, sujeitar a qualquer procedimento de formação de contratos públicos legalmente tipificado, a utilização de tais serviços.

Por outras palavras: se o serviço se integra no escopo estatutário do SUCH, *já existirá um contrato entre o CHLN e o SUCH, o contrato de associação, e a prestação será realizada como execução desse contrato* (de associação).

É isto que explica que no âmbito das finalidades estatutárias do SUCH (cfr. artigo 2.º dos Estatutos), os seus Associados possam com este contratar

[22] Publicado no *Diário da República*, II Série, de 23 de Abril de 2003.

10

directamente, sem sujeição aos procedimentos pré-contratuais juridico-públicos legalmente tipificados.

Fora daquele domínio, a actividade do SUCH encontra-se tolhida pelos fins que nos termos do seu Estatuto tem de prosseguir, sem que, todavia, seja por completo posta de parte: nos termos do n.º 2, do artigo 2.º, dos seus Estatutos, o SUCH "(...) pode ainda [complementarmente], no regime da concorrência e do mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus Associados"; aqui o SUCH já actuará, *grosso modo*, como uma qualquer entidade privada ("no regime da concorrência e do mercado") – ainda que limitado pelo seu *escopo tendencialmente não lucrativo* –, porquanto, *neste caso*, a contratação promovida por aqueles Associados terá de observar todas as disposições legais referentes à formação de contratos públicos.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da situação em que o SUCH, para a prossecução das suas atribuições, necessite de contratar com terceiros (isto é, para satisfação das suas próprias necessidades de funcionamento e organização): por se dever considerar o SUCH um *organismo de direito público* [23] – qualificação que apenas

[23] Sobre o conceito de *organismo de direito público* a Doutrina é vasta. Veja-se, por exemplo, SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo*, Madrid: La Ley, 2004, pp. 531 e ss., COUTINHO DE ABREU, *Privatização de empresas públicas e empresarialização pública*, *in* Miscelâneas, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 59 e ss. (67 e ss.); MERCEDES FUERTES, *Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *in* Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, n.º 279, Enero-Abril 1999, pp. 25-34; PABLO OLIVERA MASSÓ, *La Problemática sobre la Delimitacion del Âmbito Subjetivo de las Normas Internacionales sobre Contratacion Publica: La Administracion Instrumental en las Directivas de la Comunidad Europea y el Acuerdo de Contratacion Publica de la Organizacion Mundial del Comercio*, *in* Revista de Administración Pública, n.º 145, Enero-Abril 1998, pp. 445-474.
O conceito de *organismo de direito público*, cuja interpretação já foi feita numerosas vezes pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, pode ser apreendido através das seguintes notas:

a) *"Interpretação lata do conceito de organismo público (cfr. Acórdão do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003);*
b) *O conceito de necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial surge como conceito autónomo de direito comunitário e como tal deve ser interpretado (Acórdãos do TJCE, de 27 de Fevereiro de 2003, de 16 de Outubro de 2003);*
c) *Para apreciar se as actividades exercidas pela entidade são de interesse geral atende-se à actividade que efectivamente exerçam;*
d) *"constituem necessidades de interesse geral que não têm carácter comercial ou industrial aquelas necessidades que, por um lado, não se satisfazem mediante oferta de bens ou serviços no mercado e que, por outro lado, por razões de interesse geral, o Estado decide satisfazer por si próprio ou a respeito das quais quer conservar uma influência determinante" (Acórdão do TJCE, de 16 de Outubro de 2003);*
e) *O conceito em apreço não exclui actividades que possam ser prestadas por entidades privadas; a inexistência de concorrência não é requisito necessário para definir um organismo de direito público – mas com ressalvas: 1) a existência de concorrência é indício de a necessidade ter carácter comercial; 2) as necessidades não comerciais, regra geral, não se satisfazem mediante oferta de bens e serviços no mercado;*
f) *O conceito deve ser aferido tendo em conta todos os elementos de facto e de direito: 1) circunstâncias que presidiram à criação da empresa; 2) condições em que exerce a sua actividade, incluindo, particularmente, a falta de concorrência no mercado, e a falta de ânimo de lucro como objectivo principal, 3) não assunção dos riscos da actividade; 4) eventual financiamento público (Acórdãos TJCE, de 16 de Outubro de 2003 e de 22 de Maio de 2003);*
g) *O organismo de direito público não deixa de o ser ainda que possa exercer, juntamente com as funções de interesse geral que não tenham carácter comercial, actividades comerciais em regime de livre concorrência, e ainda que a sua actividade principal consista em satisfazer necessidades de carácter comercial (Acórdão do TJCE, de 15 de Janeiro de 1998);*

11

deixamos enunciada – , tal actividade já se situará num plano totalmente distinto do da satisfação das necessidades dos seus Associados, não comungando, aí, daquele substrato cooperativo (de cooperação material e entreajuda) que anima a actividade principal do SUCH. Neste sentido depõe, designadamente, o Parecer n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Chegados a este ponto, importa sublinhar a relevância que tais pareceres da Procuradoria-Geral da República assumem em concreto, para efeitos de afastamento de qualquer responsabilidade – *imediatamente* para afastar a *culpa*, e, *mediatamente*, na medida em que a realidade sobre a qual versa estes pareceres permita considerar existir (e subsistir) uma subtracção legítima das regras de contratação pública, a *ilicitude* – que aos membros do Conselho de Administração do CHLN, ora signatários, possa ser assacada por eventual incumprimento do regime da contratação pública.

Na verdade, não se pode ignorar o facto de, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 60/98, de 28 de Agosto (Estatuto do Ministério Público), "[q]uando homologados pelas entidades que os tenham solicitado, ou a cujo sector respeite o assunto apreciado, os pareceres do Conselho Consultivo sobre disposições de ordem genérica são publicados na II Série do Diário da República para valerem como *interpretação oficial, perante os respectivos serviços, das matérias que se destinam a esclarecer*" (itálico nosso).

Com efeito, *o CHLN conformou-se com tal orientação, a qual, note-se, foi por diversas vezes corroborada por vários pareceres jurídicos, como expressamente reconhece o Tribunal de Contas* (cfr. parte final do primeiro § da página 10 do Relato de Auditoria).

A isto não obsta, de forma alguma, o facto de o entendimento vertido naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República não ser vinculativo para o CHLN, por este ser parte integrante da Administração indirecta do Estado – ao passo que a vinculatividade daqueles pareceres, em rigor, apenas se deve considerar restrita aos órgãos e serviços da Administração directa do Estado. Todavia, e porque, como vimos, o regime jurídico dos Hospitais E.P.E. comunga de diversos traços de regime de Direito Público – dos quais se destaca a sujeição à tutela (económica e financeira) ministerial, nos termos do artigo 29.º do RSEE, sem esquecer a genérica adstrição aos

h) *Os organismos de direito público, assim delimitados, devem sujeitar às correspondentes directivas de contratação todos os seus contratos, mesmo aqueles que não tenham directamente que ver com a sua actividade na satisfação de necessidades de interesse geral".*

12

princípios gerais da actividade administrativa – , não será difícil reconhecer, no mínimo, *o efeito mediatamente orientador que aqueles pareceres assumem, mesmo perante entidades que, como o CHLN, são dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial.*

Regressando ao excurso inicial, sempre se dirá que, sem prejuízo de pontuais orientações diversas, e não obstante no Anexo III – "Subsunção das relações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação in house" do Relato de Auditoria, assim como na sua jurisprudência mais recente, o Tribunal de Contas tenha contestado este entendimento, a verdade é que sempre foi genericamente aceite que a doutrina vertida naqueles pareceres da Procuradoria-Geral da República encontra, desde a entrada em vigor do CCP, acolhimento no artigo 5.º, n.º 2, do mesmo Código, normativo que consagra expressamente no direito interno positivo a figura da relação *in house* [24].

Não caberá aqui proceder ao contraditório do entendimento sufragado pelo douto Tribunal de Contas – por directamente não relevar para efeitos de demonstração da impossibilidade de imputação de qualquer responsabilidade financeira sancionatória aos signatários – , aderindo, nesta parte, e salvo quando tal não se conforme com a defesa aqui realizada, à argumentação expendida pelo SUCH sobre esta questão, designadamente para efeitos de afastamento da *ilicitude* da conduta imputada a título de infracção financeira potencialmente geradora de responsabilidade financeira sancionatória.

O que se deixou exposto bastará, e adiante será retomado (cfr. pontos III. 2 *infra*), para afastar qualquer possibilidade de imputação da alegada infracção financeira aos membros do Conselho de Administração do CHLN, por demonstrar, em termos apodícticos, a inexistência de *culpa*, a qualquer título, na actuação desenvolvida, pressuposto de que depende, designadamente, o funcionamento da responsabilidade financeira sancionatória.

Contudo, não apenas por estes motivos – que por si só se revelam sobejamente suficientes para o presente efeito – se apresenta, em concreto, insusceptível de efectivação, a título de responsabilidade financeira sancionatória, a

[24] Sobre a questão a doutrina é vasta. Em Portugal, por todos, BERNARDO AZEVEDO, *Contratação in house: Entre a liberdade de autoorganização administrativa e a liberdade de mercado*, in *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, e, recentemente, DIOGO DUARTE DE CAMPOS, *A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, A adjudicação in-house em particular*, Colecção PLMJ, Wolters Kluwer, Coimbra, 2010.

13

alegada infracção financeira cometida pelos signatários, como se procurará demonstrar em seguida.

Da inexistência de norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória

Finalmente, uma última consideração de âmbito geral e complementar importa aduzir, tendo que ver com a inexistência de qualquer norma habilitante para a imputação de responsabilidade financeira sancionatória a titulares dos órgãos e agentes das entidades públicas que integram o Sector Empresarial do Estado, como o CHLN.

Com efeito, a alegada infracção financeira imputada aos membros do Conselho de Administração do CHLN (exercício de 2008), ora signatários, é insusceptível de ser aplicada.

Assim é, por não se encontrar preenchido um dos elementos objectivos – a existência de uma "despesa pública" – constante da norma sancionatória considerada violada: o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, de ora em diante, apenas "LOPTC") [25].

---

[25] Os fundamentos para a aplicação de multas pelo Tribunal de Contas são *todos e apenas* os previstos no n.º 1 do artigo 65.º da LOPTC, o qual dispõe como se segue:
"Artigo 65.º
Responsabilidades financeiras sancionatórias
1 — O Tribunal de Contas pode aplicar multas *nos casos seguintes*:
a) Pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas;
b) Pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da *assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos*;
c) Pela falta de efectivação ou retenção indevida dos descontos legalmente obrigatórios a efectuar ao pessoal;
d) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património;
e) Pelos adiantamentos por conta de pagamentos nos casos não expressamente previstos na lei;
f) Pela utilização de empréstimos públicos em finalidade diversa da legalmente prevista, bem como pela ultrapassagem dos limites legais da capacidade de endividamento;
g) Pela utilização indevida de fundos movimentados por operações de tesouraria para financiar despesas públicas.
h) Pela execução de contratos a que tenha sido recusado o visto ou de contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos;
i) Pela utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista;
j) Pelo não acatamento reiterado e injustificado das injunções e das recomendações do Tribunal;
l) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à admissão de pessoal.
(...)" (itálicos nossos).
Adicionalmente, cumpre ainda esclarecer que os "compromissos" referidos na alínea b), *in fine*, do artigo acima transcrito, só poderão ser *compromissos derivados de despesas públicas* e não outros.

Não olvidando que o fio condutor da competência do Tribunal de Contas, enquanto órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas, nos termos em que o legislador constituinte o definiu, evolui para além da "equação *dinheiros públicos = entidades públicas*" [26], encontrando-se, hoje, em íntima relação com um conceito amplo de *despesa pública*, definida esta como "o gasto ou o dispêndio de bens por parte dos entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazer necessidades públicas" [27], somos de parecer que tal definição não caracteriza, em termos rigorosos, a realidade sobre a qual versa, por abranger um leque amplíssimo de situações que nem sempre são homogéneas, como pretendido. E isto porque, em rigor, uma despesa, *ainda que realizada com dinheiros públicos*, para poder obter o qualificativo de "despesa pública", *precisa de ter sido realizada de acordo com as regras aplicáveis ao processamento das despesas públicas, o que não sucede no que concerne aos Hospitais E.P.E.*.

É isto que explica, designadamente, que o referido artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, *apenas* determinasse a aplicação do "regime de direito comunitário relativo à *contratação* pública" (itálico nosso). O bloco de normas relativas à *realização das despesas públicas* [28] *não é aplicável aos Hospitais E.P.E., porquanto, as despesas realizadas por estas entidades não devem, em rigor, serem qualificadas como despesas públicas.*

Em consequência, sendo tal qualificação – de *despesa pública* – imprescindível para efeitos de aplicação, em sede de efectivação de responsabilidades financeiras sancionatórias, da alínea b), do n.º 1, do artigo 65.º, da LOPTC, não se poderá, em concreto, considerar violada aquela norma [29], contrariamente ao considerado no Relato de Auditoria que agora se contesta.

Equacionando, sem conceder, que o douto Tribunal de Contas (re)considere existir norma habilitante para efeitos de imputação da alegada infracção financeira, seguidamente será demonstrado, individualizadamente, os motivos pelos quais a

---

[26] VITAL MOREIRA, *O Tribunal de Contas e a reforma da administração pública, in Comemorações dos 150 anos do Tribunal de Contas*, p. 49.

[27] SOUSA FRANCO, *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I., 4.ª Ed. (5.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, p. 297.

[28] Cfr. os artigos 16.º a 22.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, normativos cuja vigência foi expressamente ressalvada pelo Diploma Preambular que aprovou o CCP (cfr. artigo 14.º, n.º 1, alínea f), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro).

[29] Ou qualquer outra das alíneas do artigo 65.º, n.º 1, da LOPTC.

15

mesma não pode, em concreto, ser aplicada, por falta dos pressupostos de que depende a efectivação da responsabilidade financeira sancionatória.

III. 2 – A propósito da não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística pelo CHLN – ponto 8.1.1 e Quadro XI do Anexo I do Relato de Auditoria

O Relato de Auditoria do Tribunal de Contas que agora se contesta considera como facto susceptível de integrar infracções financeiras a "não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística" pelo CHLN.

Desde já se diga que o facto assinalado não pode sustentar qualquer efectivação de responsabilidade financeira, designadamente na modalidade de responsabilidade sancionatória (artigos 65.º e ss. da LOPTC), na medida em que, em concreto, não se verificam os pressupostos da *ilicitude*, da *culpa* e da existência de uma *norma (sancionatória) habilitante* para o efeito.

Quanto a este último pressuposto, para além de recordar o que acima concluímos (cfr. ponto III. 1 *supra*) – a saber, as despesas realizadas pelos Hospitais E.:P.E. não devem serem qualificadas como despesas públicas, pois não são realizadas de acordo com o conjunto de normas que regulam o respectivo processamento – cumpre salientar que, como o Tribunal de Contas reconhece, *"nenhum dos Centros Hospitalares aderentes a estes serviços efectuou qualquer pagamento ao abrigo dos contratos de adesão identificados"* (cfr. ponto 8.1.1. do Relato de Auditoria, p. 63), *situação que, no que ao CHLN se refere, mantém-se até à data,* e não será alterada, como lucidamente o douto Tribunal reconhece no penúltimo § e na parte final do último § da p. 82 do Relato de Auditoria [30].

Assim sendo, a adesão do CHLN à referida Central de Compras e Logística não gerou qualquer despesa com dinheiros públicos – nem *despesa pública*, no sentido acima propugnado – , o que corrobora a inaplicabilidade no caso vertente da norma sancionatória considerada violada (o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC).

[30] Aí se afirma peremptoriamente o seguinte: *"Compreende-se assim a recusa dos três Centros Hospitalares em aceitar a facturação emitida pelo ACE".*

Relativamente ao pressuposto da *ilicitude*, afigura-se conveniente distinguir duas situações, que, em rigor, estão umbilicalmente interligadas, pelo que devem merecer, porém, quando possível, um tratamento unitário:

(i) *A eventual responsabilidade pela não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Outubro de 2008, para a aquisição de serviços de compras e logística, em consequência da participação do CHLN no Somos Compras, A.C.E.* – parecendo ser este o facto considerado pelo Tribunal de Contas como sendo susceptível de integrar uma eventual infracção financeira;

(ii) *A eventual responsabilidade financeira pela inobservância pelo Somos Compras, A:C.E. das regras de contratação pública.*

Quanto à primeira situação (cfr. (i) *supra*), consideramos ter inexistido qualquer ilegalidade aquando da celebração do referido Protocolo de Adesão, que precedeu a prestação de compras e logística Somos Compras, A.C.E.

Assim é, de facto, porque *a constituição de um A.C.E., inclusivamente com parceiros privados, não se encontrava (à data da celebração do Protocolo de Adesão) nem encontra (hoje, em face do âmbito objectivo de aplicação do CCP), sujeita às regras da contratação pública.*

Quer o SUCH (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea d), dos respectivos Estatutos), quer o CHLN (cfr. artigos 10.º, n.º 1, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2005 e 37.º do RSEE), no exercício da ampla autonomia de gestão que legalmente lhes é reconhecida [31], plasmada nos respectivos Estatutos e Regulamentos Internos, procederam, *nos termos da lei aplicável – a saber, a Lei n.º 4/73, de 4 de Junho* [32] *e o Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto* [33] *– à constituição de A.C.E. "a fim de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades"* (cfr. Base I, n.º 1, *in fine*).

---

[31] Autonomia pública essa que pressupõe a liberdade de auto-organização de todos os entes administrativos, conforme se infere a partir de uma interpretação holística, por exemplo, dos preceitos 111.º (princípio da separação de poderes) e 199.º (donde se extrai uma reserva geral de administração), ambos da Constituição.

[32] Diploma que estabelece as bases gerais do regime jurídico dos agrupamentos complementares de empresas, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 36/2000, de 14 de Março e 76-A/2006, de 29 de Março.

[33] Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 36/2000, de 14 de Março, e 323/2001, de 17 de Dezembro.

17

Como se afigura evidente em face das disposições de direito comunitário e nacional aplicáveis, *nenhuma vinculação legal ou contratual, nacional ou comunitária, existe que obrigue à sujeição da constituição de um A.C.E., ainda que também composto por parceiros privados, às regras da contratação pública*.

Tanto mais que se trata de uma estrutura instrumental à prossecução dos objectivos das várias entidades que a integram, daí que, em princípio, não possa visar o lucro (cfr. Base II, n.º 1).

Se a solução atrás exposta era evidente à data da constituição do Somos Compras, A.C.E. – sendo esse, em última análise, o facto que releva para os presentes efeitos, impedindo que se considere preenchido o pressuposto da ilicitude, por não ter havido qualquer violação da legalidade objectiva à data vigente –, sempre se dirá que com a entrada em vigor do CCP a situação não se considera substancialmente alterada. Na verdade, para além da sujeição a procedimentos de formação de contratos públicos de todos os tipos *típicos* de contratos constantes das Directivas n.os 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, o legislador nacional *optou, não tendo que o fazer* – donde, nem sequer se poderá por esta via equacionar, à data da constituição do Somos Compras, A.C.E., qualquer adstringência a uma hipotética interpretação conforme ao direito comunitário, que tivesse por consequência a sujeição da constituição daquela estrutura às regras da contratação pública – , por estender o âmbito material de aplicação do CCP aos contratos de sociedade, *mas não* a quaisquer figuras afins desse tipo contratual, como é o caso de consórcios ou agrupamentos complementares de empresas.

No que tange à eventual responsabilidade financeira dos membros do Conselho de Administração do CHLN em virtude da eventual não observância pelo Somos Compras, A.C.E. das regras da contratação pública (cfr. (ii) *supra*), haverá, sinopticamente, que referir o seguinte:

(i) A partir do momento em que o Somos Compras, A.C.E. adquiriu personalidade jurídica (com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial, em conformidade com o previsto na Base IV da Lei n.º 4/73), a

18

actuação por este desenvolvida deverá, em primeira linha [34], a este ser imputável, nos termos gerais de direito, em virtude de, a partir desse momento, para todos os efeitos, se dever considerar que aquela estrutura se autonomizou das entidades que determinaram a sua constituição e que nela participam, originando um novo e autónomo centro de imputação de direitos e deveres, realidade que não poderá ser ignorada e que reveste uma importância de tomo neste âmbito;

(ii) Neste contexto, será igualmente manifestamente abusivo equacionar a imputação de qualquer *ilícito omissivo* aos membros do Conselho de Administração do CHLN, em virtude de o Somos Compras A.C.E. não ter eventualmente respeitado o regime de contratação pública a que se encontrava sujeito, nos termos expressamente previsto n.º 8, da "CLÁUSULA QUARTA", do Protocolo de Adesão [35];

(iii) Inexistindo qualquer norma, contratual ou legal, nacional ou comunitária, que fizesse impender sobre o CHLN o dever jurídico de controlo da legalidade dos procedimentos por aquele A.C.E. realizados [36] – sendo apodíctico, como se viu (cfr. (i) *supra*), que em virtude da autonomia jurídica reconhecida ao Somos Compras, A.C.E., este e as demais entidades que o integram são *insusceptíveis de apreensão unitária*, querendo tal apenas significar que são *juridicamente distintas, com todas as consequências daí advenientes em matéria de imputação de responsabilidades*.

Findo este breve excurso sobre a (falta de) *ilicitude* (*activa* ou *omissiva*) a propósito da infracção financeira assacada pelo Relato de Auditoria aos membros do Conselho de Administração do CHLN, que agora nos ocupa, ocupar-nos-emos, seguidamente, do pressuposto da *culpa*, pois, como é sabido, nos termos do n.º 5, do

[34] Não se ignorando, porém, a possibilidade de uma responsabilidade *meramente subsidiária* por parte das entidades que participam naquele A.C.E., nos termos gerais de Direito Societário (artigo 175.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável *ex vi* artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 470/73, de 25 de Agosto.

[35] Como já se teve oportunidade de referir, o CHLN poderia legitimamente assumir, no exercício de um hipotético dever de vigilância, que o Somos Compras, A.C.E. teria diligentemente observado as regras de contratação pública nas suas relações com terceiros, como lhe era imposto no referido normativo do Protocolo de Adesão. Com efeito, não deve ser considerado negligente (o CHLN) quem presumiu que outrem (o Somos Compras, A.C.E.) cumpriu os deveres de diligência (na promoção dos competentes procedimentos pré-contratuais nas suas relações com terceiros) a que estava obrigado.

[36] Não obstante, por manifesta diligência superior à exigida, o CHLN, assim como os demais associados, manifestaram as suas dúvidas sobre a legalidade dos ajustes directos realizados pelo Somos Compras, E.P.E., razão que em parte explica a rigorosa descrição contida nos §§ 3.º e ss. das pp. 81 a 83 do Relato de Auditoria, expurgados de todos os juízos conclusivos e da manteria de direito neles contida.

19

artigo 61.º, aplicável à responsabilidade financeira sancionatória *ex vi* artigo 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, "*a responsabilidade (…) só ocorre se a acção for praticada com culpa*".

Pelos motivos já expostos, e por aqueles que de ora em diante melhor serão dissecados, será imperativo considerar que não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar qualquer responsabilidade a título de negligência, na medida em que não houve, designadamente, qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após as diligências efectuadas e o enquadramento histórico da situação) a convicção dos membros do Conselho de Administração do CHLN, ora signatários, da legalidade de todo o processo de adesão

Objectivamente, podem ser elencados os motivos pelo qual manifestamente carece em absoluto de *culpa* (mesmo na menos agravada forma de negligência) o facto que determina a infracção financeira em apreço:

(i) A existência dos pareceres n.os 1/95 e n.º 145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, e a função mediatamente orientadora que dos mesmos flui, mesmo para entidades com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, como o CHLN, conforme se retira por interpretação teleológica do artigo 43.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, nos termos atrás aduzidos (cfr. ponto III. 1 *supra*), para onde ser remete; e,

(ii) A vinculação do CHLN, assim como dos demais associados, às orientações da Tutela, no sentido de se proceder à centralização de aquisições de bens e serviços no sector da Saúde, constituindo o Somos Compras, A.C.E. uma das estruturas necessárias para atingir tal desiderato.

Se relativamente ao primeiro motivo atrás apontado não se justificam mais observações, o mesmo não sucede no que ao segundo motivo concerne. Vejamos.

Efectivamente, como o Tribunal de Contas reconhece, "[a] constituição de serviços partilhados na Administração Pública integra-se, a par do Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE), na estratégia de

20

reorganização e modernização da Administração Pública dos XVII e XVIII Governos Constitucionais (…). No Sector da Saúde, a criação dos serviços partilhados insere-se, ainda, nos objectos de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde." (cfr. § primeiro do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59), logo depois afirmando que "[d]ecorre de diversos actos do Governo, praticados entre 2006 e 2009, identificados no Anexo V [do mesmo Relato de Auditoria], que a criação dos serviços partilhados no Sector da Saúde (…) seria responsabilidade do SUCH" (cfr. § segundo do ponto 8.1 do Relato de Auditoria, p. 59).

Este *indirizzo* político (em sentido lato) exercido pela Tutela, traduzido ou materializado na necessária vinculação e coordenação entre as diversas entidades hospitalares – de acordo com a teleologia que flui do n.º 2, do artigo 11.º do RSEE, secundada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março [37], onde se deixou dito que "[a]s empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo, num quadro de racionalidade empresarial" – , associadas do SUCH, entre as quais o CHLN, a uma orientação política comum, tendente à centralização das aquisições de bens e serviços, é expressamente assumida em variados actos, dos quais se destacam, cronologicamente, os seguintes:

(i) Os Estatutos do SUCH, que passaram a prever, a partir de 2006, a possibilidade de constituição de serviços partilhados – *alteração estatutária objecto de tutela integrativa*, nos termos previstos no n.º 2, do artigo 15.º dos mesmos Estatutos;

(ii) Como também se refere no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 51), "[o]s serviços partilhados de compras e logística (…), desenvolvidos através de Agrupamentos Complementares de Empresas constituídos pelo SUCH – o Somos Compras, A.C.E., criado em Abril de 2007 (…) – são expressamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [38] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2008**" (negritos no original);

(iii) Em alguma medida, a já referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 27 de Março, que aprovou, em anexo, "as orientações

[37] Publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 79, de 22 de Abril de 2008.
[38] Aprovadas pela Lei n.º 31/2007, de 10 de Agosto.

21

estratégicas do Estado destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, entre as quais se salienta as expressas nos pontos 1 de I [39] e 2 de II [40];

(iv) O artigo 13.º, (e, *maxime*, o seu n.º 1) do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro – tanto mais significativo quando se constata que este Diploma legal foi publicado *apenas 2 dias após ter sido assinado o Protocolo de Adesão, em 7 de Outubro* (cfr. referido em a) do ponto II. *supra*) – , através do qual o Somos Compras, A.C.E. foi considerado uma central de compras para a área da Saúde, juntamente com a Administração Central de Sistemas de Saúde, I.P. (ACSS), "caucionando" *com força de lei*, desta forma, a sua actividade;

(v) Em linha com a factualidade indicada nas alíneas precedentes, o facto de a participação dos Centros Hospitalares de Lisboa, entre os quais o CHLN, no Somos Compras, A.C.E., ter sido autorizada por despacho conjunto pelos Secretários de Estado do Tesouro e Finanças e do Secretário de Estado da Saúde, no uso de competência delegada pelos respectivos Ministros das Finanças e da Saúde, respectivamente, nos termos previstos na alínea i), do n.º 1, do artigo 10.º, do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro (cfr. ainda o artigo 37.º do RSEE);

(vi) Conforme também referido no Anexo V do Relato de Auditoria (p. 52), "[o]s serviços partilhados constituídos pelo SUCH foram novamente referenciados nas **Grandes Orientações do Plano** [41] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2009**" (negritos no original);

(vii) O Protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A.C.E., celebrado em 30 de Julho de 2009, ao abrigo do n.º 3, do artigo 10.º, do já referido Decreto-Lei n.º 200/2008, e objecto de Despacho de

---

[39] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**I — Enquadramento geral da actuação do sector empresarial do Estado**
1 — As empresas públicas que integram o sector empresarial do Estado *devem, sem prejuízo da sua independência em matéria de gestão, prosseguir a sua missão e exercer a sua actividade em articulação com as políticas estratégicas sectoriais definidas pelo Governo*, num quadro de racionalidade empresarial" (negrito no original; itálico nosso).

[40] Podendo aí ler-se o seguinte:
"**II — Principais áreas de orientação dirigidas ao sector empresarial do Estado**
2 — As empresas públicas *devem dar cumprimento à execução das orientações definidas no número anterior*, propondo ao Ministro das Finanças e aos ministros responsáveis pelos *sectores de actividade*, por referência às mesmas, os indicadores de desempenho respectivos" (negrito no original; itálico nosso).

[41] Aprovadas pela Lei n.º 41/2008, de 13 de Agosto.

autorização do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, na mesma data (cfr. Anexo V do Relato de Auditoria, p. 52);

(viii) Enfim, paradigmático desse *indirizzo* político é ainda o conjunto de considerações expendidas no Preâmbulo do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto [42], que instituiu o Sistema Comum de Compras, no âmbito da articulação entre as centrais de compras da área da Saúde, das quais se destacam as seguintes passagens:

> *"**O Ministério da Saúde tem vindo a desenvolver uma linha de actuação tendente à criação de serviços partilhados em saúde**, o que exige uma complexa operação inerente ao processo de compras, que inevitavelmente requer meios técnicos e tecnológicos adequados com vista à utilização de estruturas centrais com as consequentes sinergias e economias de escala. Trata -se de uma opção que visa contribuir para a sustentabilidade económico -financeira do Serviço Nacional de Saúde.*
> *(…)*
> *A unidade ministerial de compras assegurada pela ACSS e o **Somos Compras, A. C. E., agrupamento complementar de empresas, foram considerados centrais de compras públicas do sistema de saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro**, (…).*
> *As novas formas de contratação pública e a **acima referida criação das centrais na área da saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, impõem o estabelecimento de novas regras em matéria de contratação de bens e serviços**.*
> *Para esse efeito**, justifica-se a criação de um Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde, utilizando o protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, A. C. E.**, o qual disponibiliza uma infra-*

[42] Publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 155, de 12 de Agosto de 2009.

estrutura comum para as compras de bens específicos do sector da saúde.

Neste enquadramento, torna-se necessário criar as condições para que o Sistema Comum de Compras alcance níveis de actividade que revelem economia, eficácia e eficiência.

Para o efeito, deve ser iniciada a aquisição centralizada com determinados bens e serviços. Esta aquisição** no contexto do Sistema Comum de Compras **deve ser obrigatória para todos os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde" (negritos nossos).

(ix) Elucidativo é, igualmente, o teor de algumas das disposições contidas naquele Despacho, e que demonstram em termos apodícticos a obrigatoriedade [43] de aquisição de bens e serviços pelo CHLN, nomeadamente, "para os quais exista ou venha a existir um contrato público de aprovisionamento", entre os quais aqueles que fossem promovidos pelo Somos Compras, A.C.E..

A ambiência factual atrás descrita, se dúvidas ainda restassem, afasta por completo qualquer possibilidade de imputação da responsabilidade financeira sancionatória em apreço aos membros do Conselho de Administração do CHLN, por falta de um dos seus pressupostos: a *culpa*.

Assim, e sem prejuízo das demais considerações expendias no ponto II. *supra* das presentes alegações, não somente fica afastado, naturalmente, o dolo, como nem sequer se pode imputar aos signatários qualquer responsabilidade a título de negligência (nem sequer na sua dimensão menos agravada), na medida em que ficou demonstrado que não houve qualquer omissão de deveres de diligência, sendo absolutamente fundada e justificada (após o enquadramento jurídico e histórico da efectuado) a convicção da legalidade de todo o procedimento, nos termos acima descritos, não lhes sendo, em concreto, exigível uma diligência superior.

[43] Cfr. pontos 4 a 7 do Despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde n.º 18628/2009, de 4 de Agosto.

IV – CONCLUSÃO

As auditorias do Tribunal de Contas são instrumentos fundamentais na constante procura da uma cada vez mais optimizada gestão dos dinheiros públicos, em termos de economia, eficiência e eficácia por parte do CHLN

Efectivamente, o CHLN sempre procurou, e procura, pautar a sua actividade de acordo com princípios de legalidade, racionalidade económica, economia, eficácia e eficiência na gestão dos dinheiros públicos.

Por conseguinte, é com acérrima dificuldade que se admite qualquer imputação de responsabilidades financeiras aos membros do Conselho de Administração deste Centro Hospitalar.

Os membros do Conselho de Administração do CHLN visados no Relato de Auditoria, aguardam com expectativa, mas com a tranquilidade própria de quem bem procedeu, o desenrolar do presente processo de auditoria.

Lisboa, 21 de Junho de 2010.

Com os melhores cumprimentos,

Marina Judite Peres da Silva

25

XI. Centro Hospitalar do Nordeste, EPE

- Contraditório institucional –

CHNE
CENTRO HOSPITALAR DO NORDESTE, EPE
Bragança · Macedo de Cavaleiros · Mirandela

Exmo. Senhor
Presidente do Tribunal de Contas
Av. da República, 65
1069-045 Lisboa

Sua Referência	Sua Comunicação de	Nossa Referência	Data
		CA	**14-06-2010**

ASSUNTO: **Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH – Processo nº 27/09 – Audit**

Exmos Srs:

Tendo em atenção o ofício V/ ref. DAVI Proc. Nº 27/09 – Audit, vem o CA deste Centro Hospitalar do Nordeste, EPE (CHNE), informar que não concorda com o teor do exposto nos pontos 1. e 7.1 no que ao CHNE se refere, nomeadamente no tocante às seguintes afirmações/conclusões:

1. "Numa última negociação, ocorrida após Março de 2009, o Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, não deu oportunidade à empresa que havia apresentado as melhores propostas de rever o respectivo preço, tendo-se limitado a solicitar nova proposta ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais. Em Setembro de 2009, a Associação igualou o preço ao da última proposta da referida empresa. Ao excluir desta fase de negociação a empresa que, até àquele momento havia apresentado as melhores propostas, o Centro Hospitalar não respeitou os princípios da prossecução do interesse público, da igualdade, da imparcialidade e da transparência que devem nortear as relações entre a Administração Pública e os administrados." (Ponto 1. Conclusões, pág. 14 do Relato)

2. "Desde 21 de Outubro de 2008 que o CHNE dispunha de uma proposta que lhe permitiria, previsivelmente, reduzir os custos com o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos em 2009, em 7% (melhor 1ª proposta apresentada no âmbito da consulta realizada)" (Ponto 7.1. Observações às aquisições de serviços nas áreas tradicionais, pág. 48 do Relato), e assim, "Por não ter procedido à adjudicação dessa melhor proposta, até à data de adjudicação (Outubro de 2009), e mantido em vigor os contratos e preços de 2008,

Avenida Abade de Baçal · 5301-852 Bragança · **Tel.** 273 310 800 · **Fax.** 273 310 813
secretariado@chne.min-saude.pt · **www.chne.min-saude.pt**

estima-se que o CHNE suportou custos desnecessários com o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos em 2009, de €4.859,17..." (pág. 48 do Relato)."Considerando as 2ªs propostas apresentadas, datadas de Março de 2009, estima-se que o CHNE suportou custos desnecessários com o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos até Outubro de 2009, de €10.610,25..." (pág. 48 do Relato). Desta forma, "O serviço foi adjudicado ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, em Outubro de 2009, um ano após a abertura do procedimento. O Centro Hospitalar podia ter beneficiado, desde Março de 2009, da proposta então apresentada pelo outro concorrente. Ao invés, aquele estabelecimento hospitalar manteve em vigor os contratos e preços de 2008, o que representou, entre Abril e Outubro de 2009, um custo acrescido de €10.610,25" (ponto 1. Conclusões, pág. 15 do Relato), pelo que "A tramitação e demora pelo Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, na adjudicação, são reveladoras de negligência na gestão dos recursos públicos" (idem).

Relativamente ao afirmado no ponto 1., vem este CHNE informar:

a. Como refere o Parecer nº 1/95 de 9 de Março de 1995 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, "o SUCH, tendo como finalidade a prestação de certos serviços aos associados, para um funcionamento mais ágil e eficiente destes, em regime de cooperação e entreajuda, desenvolve a sua actuação num plano materialmente cooperativo". Por este facto, por o SUCH deter uma "estrita vinculação da respectiva actividade à realização das atribuições dos associados públicos" (parecer jurídico da Sérvulo e Associados de 25 de Março de 2009), por o CHNE ser associado do SUCH, por o SUCH revestir a natureza de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, constituindo um "sinal revelador da respectiva afectação à prossecução de fins que coincidem com atribuições particularmente importantes da Administração" (idem), por todo o historial de relacionamento comercial como CHNE, pelo know-how que detém, é considerado pelo CHNE como um parceiro privilegiado na contratação de serviços, nomeadamente os que são mais especializados na esfera hospitalar. Para além dos motivos apontados subsistem ainda motivos financeiros: o CHNE, pelas dificuldades económicas e financeiras que vem sentindo, tem apresentado resultados fortemente negativos, com as inerentes dificuldades de tesouraria, pelo que tem vindo a protelar o pagamento a vários fornecedores como forma de financiamento, sendo que é ao SUCH que se verifica a maior dívida, ascendendo a cerca de €6,233 milhões, correspondente a 263 dias de prazo de pagamento. No entanto, nunca

Avenida Abade de Baçal · 5301-852 Bragança · **Tel.** 273 310 800 · **Fax.** 273 310 813
secretariado@chne.min-saude.pt · **www.chne.min-saude.pt**

CHNE
CENTRO HOSPITALAR DO NORDESTE, E.P.E.
Bragança · Macedo de Cavaleiros · Mirandela

foram cobrados juros de mora pelo SUCH, nem suspensas as prestações de serviços, o que só é possível pelos motivos apontados e impossível de se verificar com os restantes fornecedores, que inclusive, para além de juros de mora, já teriam cortado o fornecimento dos serviços ao CHNE.

b. De qualquer forma, o facto de ser considerado um parceiro privilegiado, tem, por parte deste CHNE no caso em apreço, apenas o significado de ser concedida preferência ao SUCH sobre outros concorrentes, em casos de semelhança de condições oferecidas, sendo as negociações concluídas com a última auscultação ao SUCH. Assim, o CHNE não adjudica ao SUCH qualquer concurso em que o SUCH não acompanhe as condições oferecidas pelas empresas concorrentes, como o TC teve ocasião de verificar em outros processos que analisou no CHNE, no âmbito desta Auditoria. Não é verdade, como conclui o TC, que se tenha excluído da última fase de negociação a empresa concorrente. O CHNE chamou a negociações ambos os concorrentes, sendo que a Direcção Comercial da empresa Ambimed, aquando da apresentação da revisão à proposta inicial, informou desde logo, que não tinha condições para ir além dos descontos que apresentava, enquanto o SUCH manifestou disponibilidade para melhorar a proposta dadas as sinergias que tinha na região com outras instituições (nomeadamente pelo facto de, em caso de ser preterida, perder também os Hospitais de Mirandela e Macedo de Cavaleiros), tendo igualado a melhor proposta apresentada.

c. Assim, não se concorda que o CHNE não tenha respeitado os princípios da prossecução do interesse público, da igualdade, da imparcialidade e da transparência que devem nortear as relações entre a Administração Pública e os administrados. Aliás, foi comunicado às restantes empresas concorrentes a não adjudicação, não tendo sido recepcionada qualquer reclamação, o que constitui sinal revelador de aceitação de transparência e igualdade de tratamento, já que se presume reclamarem em caso contrário.

Quanto ao afirmado no ponto 2, o que o CA deste CHNE tem a alegar é o seguinte:

d. Caso o CHNE tivesse adjudicado, logo após a recepção das 1ªs propostas em Outubro de 2008, teria efectivamente poupado no ano de 2009 relativamente a 2008 (quantidades reais) o montante de €4.468, correspondente a uma redução de 6%, não sendo acusado de qualquer negligência. Mas, em contrapartida, teria perdido a poupança de €14.692, correspondentes a uma redução de 19%, que foi obtida nas negociações havidas

Avenida Abade de Baçal · 5301-852 Bragança · **Tel.** 273 310 800 · **Fax.** 273 310 813
secretariado@chne.min-saude.pt · **www.chne.min-saude.pt**

posteriormente e que, como é óbvio, embora conduzindo à diminuição de preços unitários, também contribuiu para o arrastar do processo, pelo que a considerada atitude negligente conduziu a um incremento total de poupança de cerca de €10.000.

e. O TC não refere nas conclusões, embora refira na parte descritiva do processo (pág. 47) que no período entre 18 de Março de 2009 e 13 de Outubro de 2009 ocorreram os seguintes factos:
   i. foi preparada pela Direcção de Compras e Logística do CHNE a proposta de adjudicação ao SUCH pelo montante de € 70.218, já que o CHNE era associado e os montantes apenas diferiam em cerca de €1.000 anuais;
   ii. a 18 de Junho foi a despacho pelo Vogal com o respectivo pelouro que a agendou para reunião do CA;
   iii. a 9 de Julho, o CA deliberou não adjudicar conforme proposto e devolver à DCL para negociações complementares no sentido de se procurar que os preços fossem igualados, mesmo que de diferença não significativa;
   iv. que decorreu a negociação posterior, bem como o período de férias do mês de Agosto;
   v. a 11 de Setembro foi a despacho pelo Vogal com o respectivo pelouro que a agendou para reunião do CA;
   vi. a 24 de Setembro foi deliberada a adjudicação pelo CA;
   vii. a 13 de Outubro foi comunicada a adjudicação a todos os concorrentes.

Fica assim claramente demonstrado, que a razão pelo qual a adjudicação não ocorreu logo em Julho (e que obviaria presumivelmente à acusação de negligência), se deveu à preocupação de, muito embora se considerar o SUCH como um fornecedor preferencial em circunstâncias semelhantes, pelos motivos explanados na parte 1 desta carta, não adjudicar ao SUCH um concurso com preços que, embora como se referiu semelhantes, eram ainda assim superiores em 1,4% ao da concorrência. Fica também demonstrado, que a actuação do CHNE conduziu a uma redução de custos com o serviço de recolha, transporte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos de cerca de 19%, o que á a todos os títulos notável, e que se tivesse precipitado a adjudicação aquando da 1ª apresentação de propostas teria apenas obtido uma redução de cerca de 6% dos custos com o mesmo serviço.

Avenida Abade de Baçal · 5301-852 Bragança · **Tel.** 273 310 800 · **Fax.** 273 310 813
secretariado@chne.min-saude.pt · **www.chne.min-saude.pt**

CHNE
CENTRO HOSPITALAR DO NORDESTE, E.P.E.
Bragança · Macedo de Cavaleiros · Mirandela

Em conclusão, vem o CA deste CHNE reafirmar:

1. Foi dada a hipótese de a concorrência apresentar melhores condições, tendo-se negociado só com o SUCH, a partir do momento em que a empresa concorrente, através do Dep. Comercial, ter informado que não tinha condições para melhorar a 2ª proposta apresentada.

2. Não existiu, nem existe, qualquer falta de transparência por parte do CHNE, nem muito menos qualquer desrespeito pelos princípios da prossecução do interesse público. Aliás, por estar convencido do interesse público da existência do SUCH (do qual parece ser indício a declaração de interesse público do mesmo) é que o CA deste CHNE deu orientações para, em caso de semelhança de condições, ser dada preferência ao SUCH, dadas as vantagens já anteriormente explanadas. No entanto, como se referiu, só se procede desta forma, verificando-se a semelhança de condições, como é ilustrativo todo este processo, já que se procurou sempre obter os melhores preços do mercado (muitas vezes obrigando o SUCH, instituição de interesse público a igualar os preços da concorrência, com o processo negocial) ;

3. Não ocorreu qualquer prejuízo para o CHNE, antes pelo contrário: o resultado de todo este processo, é uma notável quebra de cerca de 19% dos preços globais registados em 2008, correspondentes a uma poupança de €14.692 anuais. Caso tivesse sido adjudicado, de forma imediata (e considerada não negligente) logo em Outubro de 2008, a poupança que se obteria era apenas de €4.468, pelo que foi correctíssima a decisão do CHNE.

4. Precisamente por se preocupar com a correcção dos processos, e tendo em atenção o que se concluiu em 1., é que o CA não adjudicou em Março de 2009, obrigando a nova renegociação no sentido de a proposta do SUCH igualar a da concorrência, mesmo que existindo apenas um diferencial de 1,5%;

5. Todos os procedimentos daí decorrentes, explicitados em 2., aliados ao período de férias ocorrido no mês de Agosto, explicam o algo alongar do processo, mas que, inegavelmente, conduziu a notáveis resultados (19% de quebra de custos com os resíduos).

Avenida Abade de Baçal · 5301-852 Bragança · **Tel.** 273 310 800 · **Fax.** 273 310 813
secretariado@chne.min-saude.pt · **www.chne.min-saude.pt**

CHNE
CENTRO HOSPITALAR DO NORDESTE, E.P.E.
Bragança · Macedo de Cavaleiros · Mirandela

Finalmente vem o CHNE sugerir que, para além das alterações ao Relato que o TC entenda pertinentes introduzir decorrentes desta exposição, seja alterado o teor da nota de rodapé nº 22 (pág. 14 do ponto 1. Conclusões) já que incorrecta e em contradição com o teor do 1º parágrafo da página 47 (ponto 7.1).

Manifesta também este CA, o desejo de que todo este processo de relacionamento entre o SUCH e os Hospitais do SNS seja objecto de normativo jurídico claro, simples e conciso, não sujeito a pareceres jurídicos de sentido contrário, em especial se ao SUCH for mantido o reconhecimento de utilidade pública, i.e., não se verificando a 1ª recomendação do ponto 2. Do Relato.

Com os melhores cumprimentos,

O Presidente do Conselho de Administração

Dr. Henrique Capelas

DGTC 160610 11172

Avenida Abade de Baçal · 5301-852 Bragança · **Tel.** 273 310 800 · **Fax.** 273 310 813
secretariado@chne.min-saude.pt · **www.chne.min-saude.pt**

XII. Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE

- Contraditório institucional e pessoal –

Exmo. Senhor Director-Geral
do Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

Vila Nova de Gaia, de 21 de Junho de 2010

ASSUNTO: Auditoria Financeira orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS, através do SUCH e de agrupamentos complementares por ele constituídos.

Proc. n.º 27/09 AUDIT

João António do Vale Ferreira, Adelino Paulo Gouveia, Maria José Dias da Mota Magalhães de Barros, Raul Alfredo de Almeida César de Sá e **Maria Alberta Fernandes Pacheco,** notificados pelo Tribunal de Contas, nas qualidades de Presidente, Vogais, Director Clínico e Enfermeiro – Director, do Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, E.P.E, respectivamente, através de Ofícios com a **ref.ª ao Proc. n.º 27/09 – Audit**, ***DA VI,*** para, querendo, se pronunciarem, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 13.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, sobre os factos e às matérias do Relato de Auditoria, elaborado na sequência de auditoria financeira realizada ao Centro Hospitalar Vila Nova de Gaia/ Espinho **("CHVNGE")**, ora respondente, Vêm apresentar

PRONÚNCIA,

O que fazem nos termos e com os fundamentos seguintes:

1

I. PRELIMINARES (tempestividade da Pronúncia)

1. Em tempo, os Signatários requereram, a este douto Tribunal, prorrogação de prazo para efeitos de Pronúncia, em sede de contraditório, por mais dez dias.

2. O Tribunal veio a conceder a peticionada prorrogação, por cinco dias úteis, ou seja, até 22 de Junho p.f., improrrogável (cfr. **Docs. n.ºs 1 a 5)** que ora se juntam e se dão por inteiramente reproduzidos).

3. Assim, a presente Pronúncia é tempestiva.

II. DA NATUREZA JURIDICA DAS ENTIDADES OBJECTO DA PRESENTE AUDITORIA, EM ESPECIAL O CHVNG/ ESPINHO

Convém, desde logo, delimitar a natureza jurídica das entidades objecto da auditoria a que ora se responde. Assim,

A Administração indirecta do Estado compreende três tipos de entidades[1]:

A. **Serviços personalizados**
B. **Fundos personalizados**
C. **Entidades públicas empresariais**

a) Os **Serviços personalizados** são pessoas colectivas de natureza institucional dotadas de personalidade jurídica, criadas pelo poder público para, com independência em relação à pessoa colectiva Estado, prosseguirem determinadas funções próprias deste. É o caso, por exemplo, do Instituto

[1] Definição contida no sítio da internet da Dgaep (Direcção Geral da Administração e Emprego Publico

Nacional de Estatística, I.P., que tem por missão a promoção e divulgação da informação estatística oficial, do Instituto de Emprego e Formação Profissional, I.P., que tem por missão promover a criação e a qualidade do emprego e combater o desemprego através da execução de políticas activas de emprego e do Laboratório Nacional de Engenharia Civil, I.P., que tem por missão empreender, coordenar e promover a investigação científica e o desenvolvimento tecnológico necessárias ao progresso e à boa prática da engenharia civil.

São também serviços personalizados do Estado os Hospitais públicos não empresarializados, as Universidades públicas e as Entidades Reguladoras Independentes, com funções de regulação de determinados sectores de actividade.

b) Os **Fundos personalizados** são pessoas colectivas de direito público, instituídas por acto do poder público, com natureza patrimonial. Trata-se de um património de afectação à prossecução de determinados fins públicos especiais, como acontece, por exemplo, com os Serviços Sociais das forças de segurança.

c) As **Entidades públicas empresariais** são pessoas colectivas de natureza empresarial, com fim lucrativo, que visam a prestação de bens ou serviços de interesse público, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais detêm a totalidade do capital. São Entidades públicas empresariais os Hospitais públicos empresarializados, como o Hospital de São João, EPE ou o Centro Hospitalar Vila Nova de Gaia / Espinho, EPE.

É tão mais importante definir desde logo a entidade ora respondente, pois não poderemos olvidar a polémica sobre o conceito legal de empresa pública operada pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, com a redacção que lhe foi conferida pelo

Decreto – Lei n.º300/2007, de 23 de Agosto, tanto mais que, no que concerne aos Hospitais com natureza "E.P.E.", a lei se limita a remeter tal definição, em termos vagos, para o citado diploma legal.

No campo preciso em que nos encontramos, JORGE COUTINHO DE ABREU[2] encarou o problema da seguinte forma:

"A alguns autores parecerá legítimo afastarem-se da definição legal de EP, com base na ideia, algo vulgarizada, de que compete à doutrina, e não à lei, definir os institutos jurídicos", mas, questionando tal posição, defende:

"1) Em geral, a lei não dispensa as definições, os conceitos – enquanto verdadeiramente operadores ou instrumentos para a interpretação-aplicação jurídica. O «relevo heurístico-normativo» dos conceitos jurídicos (incluindo os legais) que não sejam meros «conceitos de ordem» é um dado de há muito adquirido. 2) A definição legal de EP é um desses operadores, com a referida força normativa. A doutrina tem, pois, de a respeitar. Pode, e deve, interpretá-la e criticá-la – mas não pode legitimamente desconsiderá-la, ou descaracterizá-la, ou ultrapassá-la. A significação do signo «EP» está «codificada» pela lei".

Também MENEZES CORDEIRO, discordando embora da definição operada no artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 260/76, à data, e indicando a necessidade de introdução de correcções pela doutrina, afirmava, com toda a clareza, por reporte àquele

[2] Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, "Definição de Empresa Pública", em *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Suplemento Vol. XXXIV, Coimbra 1991, em Nota 86, pág. 327; em Portugal, as "primeiras referências a empresas públicas surgiram no Manual de Direito Administrativo de MARCELLO CAETANO" – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1986, Nota 42, pág. 250.

preceito: "No direito português actual há, por tudo isto, uma noção formal, técnico-jurídica, de empresa pública" [3]

Impõe-se, assim, definir o conceito subjacente à natureza jurídica de Entidades Públicas Empresariais, *in casu*, a respondente.

Isto dito, devemos definir os hospitais com natureza jurídica empresarial da seguinte forma: *"O hospital E. P. E. é uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, e do artigo 18.º do anexo da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro."*[4]

Pode ler-se no preâmbulo do *primitivo* Decreto-Lei nº 233/2005 de 29-12-2005: *" De acordo com o Programa do XVII Governo Constitucional, o Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, determinou a transformação em entidades públicas empresariais de 31 unidades de saúde às quais havia sido atribuído o estatuto de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.*

Na verdade, considera o Governo que as unidades de saúde integradas no Serviço Nacional de Saúde devem estar sujeitas a um regime jurídico que, atendendo ao serviço público por elas prestado, permita uma maior intervenção ao nível das orientações estratégicas de tutela e superintendência, a exercer pelos Ministros das Finanças e da Saúde, necessária ao adequado funcionamento do conjunto das

[3] No mesmo sentido de clarificação, a propósito das incompatibilidades de cargos públicos vide parecer da PGR PGRP00001224 in www.dgsi.pt

[4] Decreto-Lei nº 233/2005 de 29 de Dezembro, alterado pelo Decreto – Lei nº50-A/2007, de 28 de Fevereiro e pelo Decreto-Lei 176/2009 de 04 de Agosto.

instituições do Serviço Nacional de Saúde quer ao nível operacional quer ao nível da racionalidade económica das decisões de investimento." (sublinhado nosso)

Por outro lado, *"deve ser inequívoca a natureza pública das instituições do Estado prestadoras de cuidados de saúde, havendo que compatibilizar este princípio com os instrumentos de gestão mais adequados à natureza específica das suas actividades."* (sublinhado nosso)

E continua: *"Com efeito, o modelo mais adequado à prossecução daqueles objectivos é o de entidade pública empresarial, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, que redefiniu o conceito de empresa pública enquanto modalidade autónoma de organização institucional do sector público estadual. Conforme previsto no Programa de Estabilidade e Crescimento, o estatuto de entidade pública empresarial será progressivamente atribuído a todos os hospitais, incluindo os que actualmente se encontram integrados no sector público administrativo e que mantêm a natureza jurídica de instituto público.*

Por outro lado, tendo como finalidade (no mesmo diploma pode-se ler) uma melhor prestação de cuidados de saúde, através da optimização dos recursos, são criados, igualmente sob a forma de entidade pública empresarial, diversos Centros Hospitalares e Hospitais.

Por fim escreve-se: *"A fim de evitar a proliferação de estatutos de unidades de saúde essencialmente idênticos, optou-se por aprovar um regime jurídico e uns estatutos suficientemente flexíveis para abarcar as várias unidades de saúde com a natureza de*

entidades públicas empresariais, sejam hospitais sejam centros hospitalares, gerais ou especializados, deixando para os respectivos regulamentos internos os aspectos organizacionais e não estatutários, designadamente a criação de órgãos de direcção adequados à sua especificidade, dimensão e complexidade."

Ora, *in casu*, o Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, E.P.E. foi criado através do Decreto-Lei nº 50-A/2007, de 28 de Fevereiro de 2007, por fusão do Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia e do Hospital Nossa Senhora da Ajuda, de Espinho, com natureza de Entidade Pública Empresarial.[5]

A Entidade Pública Empresarial (abreviadamente, EPE) organiza-se de acordo com as normas e critérios genéricos definidos pela tutela em função das suas atribuições e áreas de actuação específicas, devendo o respectivo regulamento interno prever a estrutura orgânica (sublinhado nosso) com base em serviços agregados em departamentos e englobando unidades funcionais[6], como o fez ora respondente.

É, portanto, o regulamento interno atrás referido, documento fundamental que deve identificar e estabelecer as normas que permitam a efectiva articulação entre os cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados, no âmbito de uma prestação integrada de serviços com qualidade, bem como definir a estrutura orgânica e disciplinar o funcionamento das diversas Unidades e Serviços da Instituição.

[5] Cfr. Art.1 n.º 1 alínea g) do diploma referido
[6] In Processo n.º 04267/08 de 20-11-2008, in TCAS – in www dgsi.pt

7

Desta forma, como adiante melhor se explicará, a presente auditoria não levou em linha de conta tal documento, que, seguramente conduziria, pelo menos quanto a uma das apontadas infracções, a decisão diversa.

Posto isto, é o Hospital respondente, uma instituição prestadora de cuidados de saúde dependente do Ministério da Saúde, integrada no Serviço Nacional de Saúde Cfr. Base XII, nº 2 da Lei nº 48/90, de 24.08 (Lei de Bases da Saúde), incluída no sector empresarial do Estado, sendo, ainda assim, inequívoca a sua natureza pública, sujeita, portanto, às normas e fiscalização do Estado, através das entidades competentes para o efeito.

III. DO MÉRITO DAS IMPUTAÇÕES INDICIÁRIAS DE RESPONSABILIDADE FINANCEIRA AOS ORA SIGNATÁRIOS, CONSTANTES DO RELATO DE AUDITORIA.

Compulsado o teor do Relato de Auditoria, designadamente o **relato 7.1 do desenvolvimento "Observações de Auditoria"**, e cotejadas as conclusões constantes dos diversos sub-capítulos, com a Grelha constante do **documento denominado de Anexo** em que se procede à identificação de **"Eventuais Infracções Financeiras / Apuramento de Responsabilidades"**, vertidas nos quadros I e II referentes ao respondente, resulta do Relato de Auditoria, a imputação indiciária de responsabilidades a membros do CA do Centro Hospitalar Vila Nova de Gaia / Espinho, E.P.E., do mandato compreendido entre os anos de 2006 a 2010 (adiante referido por "**CA 2006/2010**"), que os ora Signatários integram, no âmbito dessas matérias.

3.1. – DO QUADRO I DO ANEXO

Da alegada *não realização de procedimento de contratação legalmente exigível em 2007 a 2009, para a aquisição de Serviços de alimentação pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, E.P.E.*

Referem os pontos 7. e 7.1. do relato, que a prestação de serviços de alimentação pelo SUCH, no Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, E.P.E, remonta ao mês de Março do ano 2004, precedida de um Concurso Público Internacional (CPI) nº08-62/04, cuja adjudicação recaiu sobre o agrupamento formado pelo SUCH e pela Eurest, os quais se constituíram em consórcio externo[7].

O contrato celebrado em Março de 2004, na sequência do mencionado concurso foi prorrogado por mais dois anos, mantendo-se em vigor até Março de 2007.

Continua o relato, que desde o ano 2007, o CHVNGE tem adquirido serviços ao SUCH e à Eurest sem precedência do procedimento concorrencial adequado, que durante a vigência do D.L.197/99, de 8 de Junho, seria o concurso publico nos termos do artigo 80º, nº1 e 191º, nº1, e, que após entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (CCP), ou seja, a partir de 30 de Julho de 2008, o concurso público ou concurso limitado por previa publicação, nos termos dos respectivos artigos 2º, nº2, 5º nº3 alínea b) e 20º nº1, alínea b).

Terminando, que a não realização do procedimento legalmente exigível nos anos 2007 a 2009, contrariou o regime da contratação pública, podendo configurar uma eventual infracção financeira susceptível de gerar responsabilidade financeira

[7] De acordo com a exigência estabelecida no Programa de Concurso

sancionatória para os membros do Conselho de Administração, nos termos dos art.65º, nº1, alínea b) e nºs 2 a 5, da Lei nº98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei nº48/2006, de 29 de Agosto e pela Lei nº35/2007, de 13 de Agosto.

Ora, a imputação indiciária de responsabilidades aos membros do **CA 2006/2010**, assenta na mera constatação ou verificação formal do vínculo contratual referente à prestação de serviços de alimentação no período compreendido de 2007 a 2009, baseada nos valores de despesa realizada, não logrando apurar, ou pelo menos levar em consideração, a factualidade subjacente às decisões do Conselho de Administração do CHVNGE, que sustentaram a prestação de serviços durante o mencionado período, cuja ponderação não determinaria seguramente a imputação de qualquer, ainda que eventual, infracção, como adiante se demonstrará,

Senão vejamos,

De Março de 2004 e até Março de 2007, a prestação de serviços de alimentação aos doentes e funcionários do CHVNGE, foi prestada com base em contrato celebrado com o consórcio Such/Eurest, na sequencia de um concurso público internacional, sendo que os termos e condições estabelecidos no concurso tendente à contratação, haviam já sido ditados pela imprescindível alteração do sistema de alimentação tradicional a quente, confeccionada nas instalações da unidade hospitalar, dadas as deploráveis condições físicas do espaço da cozinha e refeitório, bem como do módico e envelhecido parque de equipamentos a afectar à citada prestação, que, inclusivamente, já haviam determinado a aplicação de contra-ordenação pelas autoridades sanitárias competentes à data, com ameaça do encerramento definitivo das instalações, cujo investimento destinado à sua reabilitação se apresentava de valor avultado.

10

Deste modo, no âmbito do concurso publico aberto para o efeito, foi apreciada e escolhida entre as demais, a proposta apresentada pelo agrupamento, posteriormente associado sob a forma de consórcio, que apresentava uma alternativa de fornecimento, através de sistema de alimentação refrigerada, que permitia uma redução significativa de espaço a afectar às instalações de cozinha e refeitório, um plano de intervenção e reabilitação quase limitado à instalação de fornos convectores e zona de empratamento adequada, aliada a garantia de maior segurança microbiológica e temperatura adequada da alimentação.

Ainda no decurso da mencionada execução contratual, não podendo com rigor determinar a data, mas estimando-se que no Verão do ano 2006, sendo ainda, portanto, recente o mandato dos signatários no **CA 2006/2010**, foram por este emanadas orientações no sentido da preparação dos documentos do procedimento, tendo em vista o lançamento de um novo concurso conducente à celebração de contrato de prestação de serviços de alimentação, dada a proximidade do termo do contrato em vigor.

Nesta sequência, com base em parecer e informação dos Serviços Técnicos[8], relativos aos termos e condições a incluir nos documentos do concurso a encetar, o **CA 2006-2010**, deliberou em 28.09.2006, pela criação de um grupo de trabalho destinado à elaboração de uma proposta fundamentada para a abertura de concurso na área de alimentação, tudo conforme resulta de documentos juntos que aqui se dão por integralmente reproduzidos **(Docs. n.ºs 6 a 8).**

[8] Parecer de Dietista e Nutricionista e informação do Gabinete Jurídico, documentos datados de 1 de Setembro de 2006 e 4 de Setembro de 2006, respectivamente.

Em cumprimento da referida Deliberação, o grupo procedeu à elaboração de diversos estudos e recolha de informação junto dos serviços envolvidos na área de alimentação, daí resultando proposta datada de Janeiro de 2007, contendo pressupostos para abertura do novo concurso, tudo conforme se alcança de documento junto **(Doc. nº9).**

Sucede que, paralelamente, viu nessa altura o CHVNGE a sua natureza jurídica alterada, por força da publicação do D.L.50-A/2007, de 28 de Fevereiro, que o transformou em Entidade Pública Empresarial, integrando, por fusão, o Hospital Nossa Senhora da Ajuda de Espinho, o que aliado, aos necessários constrangimentos e natural clima de instabilidade resultante da integração de um Hospital em outra entidade jurídica, obrigou o **CA 2006/2010**, a equacionar e avaliar a situação da equipa e dos serviços do Hospital de Espinho, à qual não ficou, nem podia ficar, alheia a prestação de serviços de alimentação.

Em abono da verdade, cumpre dizer que a integração daquela unidade no respondente e a consequente estratégia de reestruturação dos serviços das unidades na orgânica da Instituição, obrigaram à ponderação de diversas decisões, presidindo-lhes a preocupação em não "desnatar" quer a entidade, quer a equipa, ora integradas, algumas que se afiguravam arrojadas, como sejam, a do encerramento do Serviço de Urgência do Hospital de Espinho, conseguida sem polémica ou elevada controvérsia, nas comunidades interna e externa ao respondente.

A reestruturação daquela Unidade teve impacto directo na aquisição de serviços de alimentação, uma vez que detinha cozinha e refeitório com confecção e quadro de pessoal próprios, tornando-se necessária a avaliação da externalização dos

mencionados serviços, a incluir no concurso que, entretanto, se mantinha em preparação.

Simultaneamente e ainda com influencia directa nos serviços de alimentação, ao **CA 2006/2010**, cabia decidir o futuro da unidade no que concerne à prestação de cuidados de saúde, que à data se considerava destinar-se a unidade de ambulatório, o que condicionava fortemente as necessidades referentes à aquisição dos serviços de alimentação.

A unidade hospitalar de Espinho acabou por contemplar a cirurgia de ambulatório e a Unidade de Cuidados Integrados, inserida na Rede Nacional de Cuidados Continuados, só aí sendo possível determinar com rigor as necessidades a satisfazer.

Além disso, todas as prestações de serviços foram integradas compassadamente, de forma a minimizar os constrangimentos inerentes ao processo de integração, aí se incluindo os serviços de alimentação, serviço hoteleiro de crucial importância nos estabelecimentos que prestam cuidados de saúde.

Não obstante, e, identificada a necessidade da aquisição de serviços de alimentação se estender à unidade de Espinho, corria paralelamente o estudo destinado à reestruturação, reorganização e beneficiação do Pavilhão Satélite[9], o qual conclui pela necessidade de libertação de espaço a afectar à área de prestação de cuidados, sustentando-se na deslocalização da cozinha e refeitório de funcionários, mantendo-se naquele pavilhão apenas a cozinha de doentes,

[9] O CHVNGE, para além de contemplar unidades hospitalares fisicamente dispersas, possui uma estrutura pavilhonar na sua unidade principal.

implicando que a decisão do concurso de alimentação fosse tomada com base nos invocados pressupostos.

Na esteira das conclusões dos operados estudos, finalizados no inicio do ano 2008, foram então tomadas as opções referentes à preparação e elaboração de documentos para lançamento de concursos públicos de empreitada de reabilitação do Pavilhão Satélite, bem como, empreitada de cozinha e refeitório de pessoal, cujo estudo permitiu apurar que seria mais vantajoso separar do fornecimento dos serviços de alimentação, evitando a repercussão do custo de investimento de construção suportado pelo adjudicatário, na fixação de preço de refeição a cobrar aos funcionários e no prazo da contratação, demasiadamente longo, que daí resultaria, tudo conforme resulta de documento do grupo de trabalho no qual foi exarada deliberação do CA, de 13.03.2008, que aqui se junta **(Doc. nº10).**

Deste modo, por deliberação do **CA 2006/2010**, datada de 10.07.2008, foi autorizada a abertura do concurso de empreitada de Remodelação do Pavilhão Satélite, sendo que, através de deliberação de 07.08.2008, foi adjudicada proposta de concepção de projecto para construção da nova cozinha e refeitório do CHVNGE, tendo ainda, por deliberação de 08.01.2009, vindo a ser adjudicada proposta para a construção da aludida cozinha e refeitório. **(Docs. nºs. 11 a 13)**

Todavia, à necessidade de adequado planeamento que permitisse encadear todas as intervenções reclamadas pela estrutura com construções de várias décadas, sem prejuízo do normal funcionamento de todos os seus serviços, cuja degradação não se compadecia com a decisão e conclusão da construção de um novo hospital, há muito esperado, teve o respondente conhecimento, através de estudos e projectos da estrutura de missão "Parcerias.Saúde", que o processo de construção do novo

14

"Hospital de Gaia" havia merecido avanços, designadamente quanto à definição da área a disponibilizar, pelo respondente, à construção do novo Hospital, abrangendo os respectivos estaleiros e acessos, que incluía o espaço afecto à construção do refeitório. **(Docs.nºs 14 a 17)**

As decisões atinentes ao novo "Hospital de Gaia", foram apenas conhecidas em momento em que se encontravam em curso os citados procedimentos, levando a que o Conselho de Administração procedesse à avaliação do impacto que aquela construção teria no espaço e vida útil expectável caso as obras fossem prosseguidas.

Atenta a integração da sua área na zona a disponibilizar para a construção do novo Hospital, concluiu-se como injustificável a realização dos investimentos previstos, determinando, a invocada factualidade, a extinção do procedimento destinado à realização da empreitada de Reabilitação do Pavilhão Satélite, operada através de deliberação do Conselho de Administração, de 04.06.2009, bem como de revogação das decisões concernentes à construção do refeitório. **(Doc.nº18)**

Aliás, o **CA 2006/2010** teve, nesta decisão, que salvaguardar de efeitos já produzidos, atendendo a que já haviam sido realizados diversos trabalhos de construção, conforme se alcança de deliberação do Conselho de Administração, datada de 10.07.2009, cuja cópia se junta. **(Doc.nº19)**

As vicissitudes que atingiram o respondente neste limitado período temporal - que obrigaram o Conselho de Administração a reconsiderar a sua estratégia de acção para cumprir o plano de investimento e redefinir a afectação de áreas dos serviços do Hospital, sem ingerência no normal funcionamento dos seus serviços e cumprindo o Contrato Programa celebrado com o

15

Ministério da Saúde - incluem ainda a obra do "Metro", que em finais do ano passado motivou a revogação de decisão de contratar de um procedimento, em fase de adjudicação, destinado à Reorganização e Remodelação da Consulta Externa do Pavilhão Feminino, através de deliberação datada de 11.11.2009, tudo conforme se alcança do teor cuja cópia aqui se junta. **(Docs. nºs 20 a 24)**

Pese embora o invocado enquadramento fáctico, na sua maioria com origem externa e que transcende o campo de actuação e decisão do Conselho de Administração do respondente, obrigando a tomada de determinadas decisões e impedindo a prática de outras, sempre sem prejuízo da manutenção da prestação de serviços de cuidados, que reclamam a satisfação das necessidades inerentes à mesma, assumindo papel de relevo o fornecimento de alimentação aos doentes, que não pode sofrer qualquer hiato e não se compadece com as adversidades que obrigam a recuos na decisão, ditou o principio da boa gestão, sustentado em critérios de eficácia e eficiência, que os serviços de alimentação dos doentes continuassem a ser adquiridos ao actual prestador, adjudicatário de um processo submetido à concorrência através do concurso público.

Assim sendo como é, resulta da apontada factualidade, que o **CA 2006/2010,** em face das reais circunstâncias, tomou diversas iniciativas e praticou os actos que lhe incumbia praticar, de modo a manter um serviço imprescindível ao Hospital e aos doentes, mantendo, ainda assim, a preocupação em reunir as condições necessárias para submeter à concorrência a prestação de serviços de alimentação aos doentes.

Além do mais, as condições físicas das instalações sempre imporiam o estabelecimento da exigência de um sistema de alimentação refrigerada com preparação no exterior - na exacta medida do que vinha sendo prestado ao abrigo do Concurso Público - o que constituiria, por si só, uma limitação à apresentação de

16

demais propostas, para além do actual prestador, que apresentava a vantagem da utilização da cozinha do Hospital de S. João, situado na proximidade do CHNVGE.

Aliás, não será demais aqui aventar que, constituindo condição essencial para a decisão de contratar da Instituição a impossibilidade de utilização das instalações, o recurso ao actual prestador, poderia, eventualmente, permitir o enquadramento em procedimento mediante escolha em função de critérios materiais, previsto no capítulo III do CCP, e, no âmbito da vigência do revogado D.L.197/99, de 8 de Junho, pelo ajuste directo independente do valor previsto no art.86º do diploma, atentas as condições que o respondente detinha para contratar, assim se cumprindo, de igual modo, o princípio da legalidade.

Aliás, de outra forma não se concebe, a lei não determina os termos e condições em que as entidades hão-de contratar, antes estabelece os procedimentos adequados à contratação face às circunstâncias e termos e condições em que aquelas pretendem, querem e podem contratar, o que vale por dizer que, no período temporal aludido no relato, ou seja, de Março de 2007 a 2009, o CHVNGE apenas podia contratar nas condições em que lhe vinha sendo satisfeito o serviço, admitindo-se justificável o eventual recurso à escolha de procedimento por ajuste directo pelos apontados motivos.

Importa ainda referir que, comprovando a intenção do **CA 2006/2010** em realizar a empreitada de construção tendente à construção de nova cozinha e refeitório de pessoal, o mencionado investimento foi contemplado no *bussiness plan* para o triénio 2007/2009 e no respectivo orçamento de investimento, cujas cópias se juntam. **(Docs.nºs.25 e 26).**

17

Por outro lado, se a conduta da Administração se deve pautar pela observância do Principio da Legalidade, que se lhe impõe, não menos exigível é que dê cumprimento ao Princípio da Boa Gestão, corolário daquele, que seja eficaz e eficiente e, acima de tudo, na ponderação de interesses atinentes às suas decisões, pese a prossecução do interesse público que, por lei e estatuto, lhe incumbe satisfazer.

3.2. - DA PROSSECUÇÃO DO INTERESSE PUBLICO

É inequívoca a natureza pública das instituições do Estado prestadoras de cuidados de saúde, designadamente das entidades públicas empresariais.

Sendo assim, como é, estão abrangidas pelo princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos (artigos 266.º, n.º 2 da CRP e 3.º do CPA) princípio geral de direito administrativo, segundo o qual aos órgãos da Administração Pública compete prosseguir o interesse público, tendo por limite, os interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Nestes termos - e de acordo com o artigo 266.º da Constituição da Republica Portuguesa - os funcionários e agentes da Administração Pública, no exercício das suas funções, estão exclusivamente ao serviço do interesse público[10].

Neste domínio são vários os pareceres da Procuradoria-geral da Republica[11] que sublinham o princípio constitucional de que a Administração deve visar, na sua

[10] De acordo com o disposto no art. 266º da CRP, a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, estando os órgãos e agentes administrativos subordinados à Constituição e à lei e devendo actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé; in TCAN, processo Acórdão00510/03 - Porto

actuação, a prossecução do interesse público (artigo 266º, n.º 1, da Constituição). Destacam-se, nomeadamente, os pareceres nºs. 117/76, 130/85 e 86/90, para este efeito.

No parecer n.º 117/76 colocou-se a questão da constitucionalidade do Estatuto Disciplinar dos Funcionários Civis do Estado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32 659, de 9 de Fevereiro de 1943, face ao artigo 293.º da lei fundamental, tendo sido a propósito referido o artigo 267º da Constituição (actual artigo 266º), cujo n.º 1 afirma o princípio da prossecução do interesse público pela Administração, limitado pelo respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Articulando este princípio com o disposto no n.º 2 do citado artigo 267º, considera-se que dele resulta que "a Administração, por intermédio dos seus órgãos e agentes, está integralmente ao serviço do interesse público que lhe incumbe prosseguir (...) com estrita observância da lei, tanto constitucional como ordinária, e com justiça e imparcialidade".

O parecer n.º 130/85, a propósito de dúvidas interpretativas suscitadas pela aplicação do Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho (Lei de Processo nos Tribunais Administrativos), analisa o enquadramento constitucional que deve pautar a actividade da Administração Pública. É entendimento do parecer que "em termos objectivos a Administração Pública exerce uma actividade teleologicamente orientada para a realização dos interesses públicos postos por lei a seu cargo, regida por vectores fundamentais, alguns deles merecendo acolhimento constitucional. É o caso dos princípios da legalidade e imparcialidade, assim como o da sujeição das

[11] Vide a este propósito, "Colecção de Pareceres da Procuradoria-geral da Republica – Volume V", Lisboa.

decisões administrativas definitivas e executórias a controlo contencioso de anulação" (artigos 266.º e 268.º, n.º 3) (...).

"Em termos de funcionalidade - acrescenta o parecer - o sistema deverá conciliar a estatuição autoritária da Administração, (...) com o alargamento do conceito de legalidade administrativa, não se limitando este ao dever de realizar o interesse público de acordo com a lei mas implicando, também, a obrigatoriedade de o realizar por meios susceptíveis de garantir a defesa dos interesses dos administrados (sublinhado nosso) e a boa fé em que estes devem ser colocados perante a Administração (...) ".

Também o parecer n.º 86/90,debruçando-se sobre o princípio da imparcialidade que deve reger a actividade administrativa, aflora o princípio geral da prossecução do interesse público quando afirma:

" (...) A actividade administrativa será imparcial sempre que as suas decisões se determinem exclusivamente por 'critérios próprios, adequados ao cumprimento das suas funções específicas no quadro da actividade geral do Estado', sendo que "tais critérios consistem na prossecução de 'interesses públicos específicos predeterminados nas leis - em leis formais ou em leis materiais que juridicamente ou de facto emanem do Governo".

Além disso, não podemos deixar de notar que as entidades respondentes prosseguem esse interesse público numa área sensível para os cidadãos – que é a sua saúde (direito fundamental consagrado na Constituição da Republica Portuguesa).

Esta especificidade não é de menosprezar quanto às infracções que foram relatadas na auditoria, que ora se responde, em especial as que dizem respeito ao serviço de alimentação.

O direito à protecção da saúde está consagrado na Constituição da República Portuguesa e assenta num conjunto de valores fundamentais como a dignidade humana, a equidade, a ética e a solidariedade que sempre esta entidade teve em mente, quer através do seu Conselho de Administração, quer mesmo através dos seus colaboradores.

Ademais, todos estes princípios pelos quais se norteia a actuação da entidade, ora respondente, teve, além de dignidade constitucional, consagração na Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano[12], sendo certo que um dos direitos humanos fundamentais é um direito universal de acesso aos cuidados de saúde em condições de dignidade.

Isto dito, convém recentrarmos o problema, pois aqui a prossecução do interesse público tem mais cuidado quando esse fito deve ter sempre em conta o direito à saúde e a um tratamento digno.

Como nos ensina, Ratnon Mateo[13], *"o interesse público é um interesse comum que, ainda que não beneficie a totalidade da comunidade, favorece pelo menos uma parte importante dos seus membros"*.

[12] Vide o acesso de internet www.un.org
[13] In "Manuel de derecho administrativo" 15 edição, pág 366.

Sendo assim, como afirma P. Machete[14] o princípio da prossecução do interesse público constituí a razão de ser e de agir" destas entidades públicas empresariais, e digamos que neste caso, estão em causa interesses públicos primários[15]

Refira-se, ainda que mesmo nos casos em que estas entidades actuam com discricionariedade sobre a oportunidade e conteúdo de determinada actuação, a realização do interesse público funciona sempre como limite interno àquela discricionariedade.

Por fim, Fausto Quadros[16] considera que está ínsito neste princípio modelar do direito público também o princípio do dever de boa administração", com o qual toda a actuação da respondente se pautou como se descreverá adiante.

Para além disso, as entidades públicas empresariais foram criadas com o intuito de racionalizar e dotar de forma eficiente os dinheiros públicos.

Ora, esse princípio da eficiência significa a "idoneidade para atingir o resultado pretendido"[17] – direito à prestação de cuidados de saúde.

E, a postura desta entidade, foi de ter uma administração eficiente e respeitadora dos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial o direito à saúde.

---

[14] Na sua obra " A audiência dos interessados no procedimento administrativo", pág. 5

[15] Ver sobre este tema dos interesses públicos primários e secundários, Sérvulo Correia " noções de Direito Administrativo", pág. 227 e ss., Freitas do Amaral, " Direito Administrativo" – Vol. II, pág. 185 e ss., Marcelo Caetano " Manual de direito Administrativo", pág .49.

[16] In "A nova dimensão do Direito Administrativo - O Direito Administrativo Português numa perspectiva comunitária - Coimbra, Almedina, 1999.

[17] Alexandre Nieto in " El procedimiento en la doctrina e la legislacion alemana", in RAP, n 32, 1960, pág 77 e ss.

Por último, não pode esse Venerando Tribunal deixar de ter em conta a evolução do direito administrativo, em particular a evolução das "entidades hospitalares"[18], porquanto de um Estado meramente garante passou-se para um Estado eminentemente prestador[19].

Naturalmente que esta nova caminhada potencia também a eficiência dos gastos e ganhos públicos, tal como é referido até no diploma que criou o SUCH " que tinha como finalidade obter o melhor rendimento económico" mas evolui até aos dias de hoje como contribuinte para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados, podendo ainda desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português.

No entanto, tal qual este, as EPE terão que se estribar sempre no reconhecido principio constitucionalmente consagrado da prossecução do interesse público, assegurando, *in casu*, a protecção da saúde dos cidadãos e a um tratamento justo e digno de qualquer ser humano.[20]

3.3. – Da celebração do Protocolo de Março de 2009

Merece ainda destaque, a alusão à celebração do Protocolo de Março de 2009, celebrado entre o CHVNGE e o SUCH, cuja outorga se fundamentou na necessidade de formalizar a contratação da prestação de serviços de alimentação, após conhecimento do avanço do processo de construção do novo hospital, que tornou injustificável e inaceitável a construção de uma obra de raiz.

[18] Expressão sem qualquer referência a terminóloga jurídica
[19] Sobre a evolução vide Rogério Soares, " Interesse Publico, Legalidade e Mérito", págs. 43 e ss.- apud Paulo Veiga e Moura, "Função Publica" – Vol I, pág 11 e ss., Coimbra Editora
[20] No mesmo sentido propagado supra v. Maria José Estorninho " A fuga para o Direito Privado..." pág. 323ª 328 e Georges Vedel, "Droit Administratif", 1973, pág 760 e ss.

Assim o contrato foi celebrado em conformidade com a doutrina constante dos Pareceres nºs. 1/95, e 145/2001, emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria – Geral da República, bem como ao abrigo do nº2 do artigo 5º do CCP, no pressuposto de que os serviços prestados pelo SUCH aos seus Associados e as contratações resultantes dos mesmos não se encontram submetidos às regras da contratação pública.

Deste modo, não estando a contratação objecto do mencionado Protocolo, sujeita às regras da contratação pública, a mesma não encerra a prática de qualquer infracção pelo Conselho de Administração do CHVNGE, na medida em que, aquele recorreu ao SUCH enquanto seu Associado e na esteira do invocado Parecer, não estabelecendo qualquer relação contratual com terceiro.

A colaboração da EUREST ao SUCH, constituirá uma eventual contratação entre estes, da qual o CHVNGE não é parte, recaindo sobre aquelas a obrigação de verificação dos procedimentos legais a que estão sujeitas as contratações públicas, não sendo exigível, nem competindo ao CHVNGE, fiscalizar os processos de contratação que o SUCH desencadeia para a satisfação das necessidades dos associados.

Ainda, a propósito das relações jurídicas estabelecidas entre o SUCH e os seus Associados do sector público, de acordo com as conclusões da doutrina perpetrada nos aludidos Pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da PGR, aquelas relações situam-se no plano de auto-satisfação, e, portanto, fora do âmbito de aplicação dos regimes jurídicos estabelecidos nos Decreto – Lei nº59/99, de 2 de Março e Decreto – Lei nº197/99, de 8 de Junho, vindo o relato da auditoria, ora apreciado, concluir que, a partir da entrada em vigor no novo Código dos Contratos Públicos, os

contratos celebrados entre o SUCH e os Associados não se encontram abrangidos por qualquer excepção à aplicação do regime da contratação pública, nomeadamente a estabelecida no nº2 do artigo 5º do referido Código, que consagra a contratação *in house*, pelo que a partir dessa data, os contratos celebrados sem precedência dos procedimentos legalmente estabelecidos, são susceptíveis de gerar responsabilidade financeira sancionatória para os membros do Conselho de Administração, nos termos previstos na Lei Orgânica do Tribunal de Contas.

Ora, não se pode concordar com a posição defendida no apreciado relato!

De facto, a doutrina constante dos mencionados pareceres mantém-se válida e actual, porquanto, não se assistiu à alteração dos pressupostos em que assentaram as conclusões dos mesmos, designadamente os atinentes à natureza jurídica do SUCH e aos seus propósitos, enquanto mero instrumento de auto – satisfação dos Associados.

Ademais, o facto de já não se encontrarem em vigor os diplomas legais, à luz dos quais foram emitidos os doutos pareceres, não constitui impedimento para que o Conselho Consultivo não possa vir a pronunciar-se no mesmo sentido, como sucedeu aquando da emissão do Parecer nº145/2001, já no segundo ano de vigência dos Decretos - Lei nºs 197/99, de 8 de Junho e 59/99, de 2 de Março, actualizando assim o entendimento que havia perfilhado durante a vigência do Decreto – Lei nº55/95, de 29 de Março, no Parecer nº1/95.

De resto, entendimento dominante até à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, em 30 de Julho de 2008 e que veio a ser sufragado no seu art. 5.º, n.º 2.

25

De facto, o referido nº2 do art. 5º do CCP, veio consagrar a chamada excepção ***in house***[21], instituto com origem na jurisprudência comunitária[22], reconhecendo a possibilidade de a Administração optar livremente por desenvolver as tarefas de que está incumbida pelos seus próprios meios, estando dispensada de observar procedimentos pré-contratuais, não apenas nas situações em que recorra aos respectivos serviços, mas também naquelas em que se sirva de entidades por si criadas, no exercício da sua liberdade de auto-organização.

Reza o art. 5.º, n.º 2 do CCP, que os contratos públicos a celebrar por uma entidade adjudicante devem considerar-se subtraídos à aplicação das regras da contratação pública sempre que ela exerça (isoladamente ou em conjunto com outras entidades dessas) sobre a actividade da entidade com a qual pretenda contratar um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e tal entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias das adjudicantes.

---

[21] Sobre a adjudicação *in house* seguimos de perto Diogo Duarte de Campos, in "A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, a adjudicação in house em particular", Coimbra Editora, 2010.

[22] A propósito do conceito, escreve o autor referido que "como o próprio nome indica, *in-house* significa dentro de casa, pelo que, não serão objecto dos necessários procedimentos pré-contratuais, tendentes a permitir a abertura do mercado a potenciais interessados, os contratos que sejam adjudicados a uma entidade que, para todos os efeitos, se confunda com a própria entidade adjudicante, ou seja, esteja *dentro de casa*[22].

Esta excepção decorre da própria noção de contrato. Com efeito, para que possa existir um contrato será necessário a existência de *"duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir um resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte"*. Ora, no caso vertente, não existem declarações de vontade de conteúdo oposto mas convergentes, dado que a vontade da entidade adjudicante é a mesma que a da entidade a quem o contrato será adjudicado, dado que uma e outra entidade se confundem, porquanto a primeira influencia decisivamente a segunda. Ora, pese embora se possa afirmar que, em geral, sempre que existem duas pessoas colectivas com personalidades jurídicas distintas existe, concomitantemente, autonomia de vontade, também não é menos verdade, sobretudo, quando está em causa o sector público administrativo que, por vezes, a vontade autónoma de algumas entidades é puramente aparente.

É exactamente esta constatação que permitiu ao TJC considerar que, em determinadas ocasiões, a manifesta falta de vontade autónoma de um dos contraentes implica que não se devam aplicar as regras da contratação pública, na medida em que estas pressupõem a celebração de um contrato, o qual, por sua vez, pressupõe a existência de duas declarações de vontade.

Deste modo, quando o relacionamento entre a entidade adjudicante e a entidade beneficiária do contrato público (o co-contraente) é de tal modo próximo que não se pode afirmar a existência de um contrato, estaremos perante uma relação *in-house*. Porém, esta falta de autonomia de vontade conhece texturas diferentes, pelo que, a doutrina tem vindo a distinguir duas noções de *in-house*: um conceito estrito de *in-house* (*in-house* em sentido estrito), onde apenas são considerados os próprios serviços da entidade adjudicante[22], e um conceito mais amplo (*in-house* em sentido amplo ou *quasi in-house*), que engloba, para além dos serviços da própria entidade adjudicante, as entidades distintas desta no plano formal, mas sobre as quais a entidade adjudicante exerce um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços, por um lado, e estas realizam o *essencial da sua actividade com a entidade adjudicante*, por outro. Temos, assim, encontrados os dois grandes requisitos de que depende a verificação de uma relação *in-house* – intensidade do controlo exercido pela entidade adjudicante sobre o outro co-contraente e a destinação da actividade desse mesmo co-contraente.

26

Ora, de acordo com o TJCE, e na esteira do Acórdão Teckal[23] e, posteriormente, dos Acórdãos Coname e Parking Brixen, para estarmos perante uma relação *in house* é necessária a verificação cumulativa e permanente de dois requisitos: a) o exercício pela entidade adjudicante sobre o adjudicatário de um controlo análogo ao que a referida entidade dispõe sobre os seus próprios serviços; b) a realização pelo adjudicatário do essencial da sua actividade com a entidade adjudicante.

[23] No processo *Teckal* discutiu-se a adjudicação directa, isto é, sem qualquer procedimento pré-contratual, efectuada pela *Comuna de Viano* à *Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, de um contrato de gestão do serviço de aquecimento de determinados edifícios, sendo a sociedade *Teckal, Srl*, uma das potenciais interessadas na adjudicação desse mesmo contrato. Relevante para este efeito é o facto de a *AGAC* ser um agrupamento constituído por várias *comunas* para a gestão dos serviços de energia e do ambiente, entre as quais a de *Viano*, detendo esta uma participação de 0,9% naquele agrupamento. Face à adjudicação directa ao agrupamento de *comunas*, a *Teckal* (sociedade que até esse momento assumia o fornecimento de combustíveis à *Comuna de Viano*[23]), interpôs recurso daquela decisão, argumentando que deveriam ter sido respeitados os procedimentos previstos nas directivas.
O TJC, após determinar que a directiva potencialmente aplicável era a Directiva 93/36, determinou que para que esta fosse aplicável (em concreto) seria essencial aferir se a adjudicação em causa constitui um contrato público de fornecimento, sendo irrelevante saber se o fornecedor é ele próprio uma entidade adjudicante ou não. Esta é, sem dúvida, a primeira grande inovação do Acórdão *Teckal*, na medida em que prescinde da qualificação das partes para a aferição da existência de um contrato. Ou seja, na medida em que exista um contrato, o facto de os contraentes serem ambos entidades públicas é indiferente, para efeitos da contratação pública. Assim, pode-se concluir, desde já, com segurança, que as directivas comunitárias são aplicáveis aos contratos celebrados entre entidades públicas. Deste modo, ponto fundamental a ter em consideração é a determinação de quando é que existe um contrato. O TJC não decidiu se, no caso concreto, existia ou não uma convenção entre pessoas distintas, tendo antes relegado tal decisão para o juiz nacional. Todavia, não deixa de referir que, em princípio, havendo um contrato entre uma autarquia local ou regional e "*uma pessoa juridicamente distinta*", tal bastará para que se considere que existe um contrato público. Porém, a esta regra de princípio, o TJC enuncia uma importante excepção que é a segunda grande inovação do Acórdão *Teckal*: "*só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a compõem*". Ou seja, se por um lado, o Acórdão *Teckal* trouxe definitivamente para o mercado os contratos celebrados entre entidades públicas, ou melhor, entre entidades adjudicantes, não deixou de ter em consideração que, muitas vezes, entre a entidade adjudicante e, por exemplo, as empresas por si detidas, não existe um verdadeiro contrato – enquanto manifestações de vontades distintas -, na medida em que o ente dominado apenas teoricamente se pode distinguir da entidade adjudicante. Contudo, por forma a evitar abusos, o TJC não deixou à livre discrição das entidades adjudicantes a definição da inexistência de um ente distinto, tendo, pelo contrário, enunciado os dois critérios que, em seu entender, têm que se encontrar preenchidos para que se possa afirmar a existência de uma relação *in-house*, donde, fora do âmbito de aplicação das directivas. Sem prejuízo, tendo o TJC remetido para o órgão nacional de jurisdição a verificação, em concreto, daqueles dois pressupostos que enunciou, naturalmente, não os densificou. Todavia, parece-nos possível, desde já, retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, os pressupostos serão de verificação cumulativa, pelo que não bastará a verificação de um dos pressupostos para que a entidade adjudicante deixe de cumprir os procedimentos da directiva aplicável. Em segundo lugar, note-se que o controlo a exercer há-se ser "*análogo*" e não "*semelhante*"[23]. Afigura-se-nos que a escolha do conceito "*análogo*" pressupõe um controlo mais intenso do que aquele que é meramente "*semelhante*," mas também não há-de ser "*idêntico*". Assim, não será de excluir que o TJC pressuponha a necessidade de haver uma relação de direito público entre as entidades, ao passo que o controlo "*semelhante*" poder-se-ia bastar com um mero controlo de direito civil, *maxime*, decorrente do direito comercial[23]. Por último, quanto ao segundo pressuposto, é relevante a sua construção literal, porquanto, o TJC parece expressamente admitir que o essencial da actividade do ente controlado (doravante, identificado por entidade distinta[23]) possa ser efectuado com mais do que uma autarquia. Natural e reversamente, tal abertura implicará que se considere que poderá haver *controlo análogo*, ainda que a entidade distinta seja controlada por mais do que uma autarquia, ou seja, não se exigirá um controlo de 100% do capital social da entidade distinta. Na verdade, não faria qualquer sentido que se aceitasse que a entidade distinta pudesse realizar o essencial da sua actividade com mais do que uma autarquia (no caso) e, inversamente, se exigisse que para haver *controlo análogo* o capital social tivesse que ser detido por apenas uma autarquia.

27

O entendimento jurisprudencial quanto ao primeiro requisito vai no sentido da existência de mecanismos de controlo que permitam à entidade pública, efectuar solicitações de modo a assegurar que as tarefas cometidas ao adjudicatário sejam executadas em termos idênticos ao que executaria a entidade adjudicante.

Ora, os Associados Públicos detêm a maioria das participações do SUCH, nomeiam a maioria dos representantes dos órgãos e detêm ainda a maioria dos direitos de voto nas decisões, influindo decisivamente na gestão do SUCH e, em consequência, na prossecução da sua finalidade, encontrando-se assim preenchido o aludido requisito.

Por seu turno, a finalidade subjacente à constituição do SUCH, "instrumento de auto – satisfação das necessidades dos seus associados", que inclusivamente lhe permitiu o reconhecimento de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, permite a verificação do segundo requisito das relações *in house*.

Assim sendo, considera-se legítimo o enquadramento das relações do SUCH com os seus Associados Públicos na relação *in house* plasmada no nº2 do art.5º do CCP, pelo que os contratos entre estes celebrados, se encontram excluídos do regime de contratação pública consignado no CCP.

Deste modo, não estando o Protocolo de Março de 2009 sujeito às regras de contratação pública, não padece o mesmo de qualquer ilegalidade, não se verificando assim qualquer infracção às regras susceptíveis de fazer incorrer o **CA 2006/2010** em responsabilidade financeira sancionatória.

28

3.4. – DO QUADRO II DO ANEXO

Da alegada *não arrecadação de receitas devidas pelos consumos de água para os balneários e energia eléctrica da central de autoclavagem, de Junho de 2006 a Abril de 2010.*

Convém, à partida, delimitar a matéria, referindo que é pacífico dizer-se que **as despesas públicas consistem em** obter e dispor de dinheiros públicos, como afectá-los, distingui-los ou despendê-los não é mais do que a realização da receita e da despesa orçamental, já que, ao nível da gestão financeira pública, é esta terminologia – a das receitas e despesas – que está legalmente consagrada.

Pode definir-se ***Despesa Pública,*** no gasto ou no dispêndio de bens por parte dos entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazer necessidades públicas; elas concretizam o próprio fim da actividade financeira dos EPE – satisfação de auto necessidades, tendo em conta sempre a prossecução do interesse público envolvido na sua actividade – prestação de cuidados de saúde.

Destarte, estamos a falar concretamente e, em termos reais, de ***Despesas de Transferências,*** pois que estas limitam-se a redistribuir recursos a novas entidades, mas que em boa verdade não representaram uma verdadeira diminuição do património da tesouraria do CHVNGE, tanto mais que após a verificação desse lapso tal despesa foi reposta.

Além disso falamos, *in casu*, de um tipo de despesa, dita de ***Funcional,*** ou seja, as despesas são aqui agrupadas de acordo com a natureza das funções exercidas pelo

29

Estado, tendo-se adoptado para o efeito o modelo do Fundo Monetário Internacional.

Ora, ao gerar estas despesas não facturadas **em tempo útil**, veio a auditoria imputar ao **CA 2006/2010** a infracção correspondente a não arrecadação de receitas para a satisfação das despesas públicas a cargo do ora respondente.

Muito embora possa corresponder à realidade o vertido na auditoria, não podemos deixar de assinalar que estamos em presença de um tipo de receitas ***Extraordinárias,*** pois dúvidas não se colocam quanto ao facto de as aludidas receitas, tendo sido cobradas num ano, não voltarão a ser cobradas, com toda a verosimilhança, nos anos seguintes, ou, pelo menos, no mesmo montante ou mesmo em igual momento no que concerne ao seu ingresso na tesouraria do CHVNGE.

Estas receitas e despesas estão, de facto, sujeitas a um conjunto de técnicas, métodos, processos, formas e procedimentos próprios do controlo e da auditoria, quer interno, quer externo.

Estes controlos constituem, duas realidades distintas, substancial e formalmente, sem prejuízo de se poderem e deverem articular, embora sob a orientação do controlo externo.

Assim sendo como é, não se pode aqui deixar de realçar e sublinhar que o próprio Revisor Oficial de Contas, não advertiu na certificação legal de contas, através de ênfases ou reservas, tal desconformidade.

30

Mais, o controlo interno, instrumento técnico da gestão e nela incorporado; por isso mesmo se entendendo que é cada organização, a cada gestão, que cumpre instituí-lo e à medida das necessidades reais e específicas da organização que concretamente serve; fazendo-o sempre desfrutar de independência técnica, para poder ser credível e útil, mas também para apontar o que menos bem se faz, não efectuou qualquer advertência.

Tendo em conta que, nem os revisores oficiais de contas colocaram qualquer reserva ou ênfase no seu relatório, não era de previsível ao **CA 2006/2010**, que tal sucedesse.

DITO ISTO,

Concretizando, por referência à "não arrecadação das receitas devidas pelo consumo de água para os balneários e energia eléctrica da central de autoclavagem de Junho de 2006 a Abril de 2010" das situações *supra* identificadas, refere-se," *Que se trata de* informação coincidente com a do parág. 7.1 do Relato de Auditoria.

Assim, por reporte ao excerto *supra* transcrito, no que aos membros do **CA 2006/2010** diz respeito, estão ainda em causa as conclusões seguintes:

" (...) as entidades públicas nem sempre têm garantido a eficiência e eficácia, o que não tem contribuído para uma gestão criteriosa dos recursos públicos" – vide 1º conclusão 5, pág. 5.

Ora, nas palavras de Coutinho de Abreu, os *"Administradores de empresas (sejam elas **publicas** ou privadas) devem actuar genericamente com correcção (fairness),*

31

sendo um dos deveres do Administrador preparar adequadamente as decisões e tratar a informação razoavelmente disponível em vista a tomar as decisões"[24]

Os Administradores devem ter em vista exclusivamente os interesses da EPE, temperado pelo bem comum e prossecução do interesse público, e foi o que fizeram, sendo certo que actuaram sempre como gestores criteriosos e ordenados"[25].

A este propósito, na falta de um critério legal, poderemos socorrermo-nos na jurisprudência estado-unidense desenvolvida principalmente a partir de meados do século XIX com a regra da decisão empresarial ("business judgement rule").

Ora, ensina-nos que o mérito das decisões ou das omissões de não arrecadação de receitas deve ser baseada em critérios de "razoabilidade", e apenas haverá alguma cominação no caso da sua omissão ser "irracional".[26]

Neste campo, e salvo melhor opinião, mesmo a falar-se de arrecadação, atempada, não poderá suscitar-se a integração do conceito de infracções financeiras tal como resulta da própria letra da lei.

Isto porque, os valores não arrecadados que estão aqui em causa, não revestem grande materialidade, atento o volume de negócios do respondente[27].

Sem prejuízo, os Signatários não prescindirão de, no âmbito do presente Contraditório, referir alguns elementos adicionais que o Relato de Auditoria não

[24] Vide, Coutinho de Abreu, a responsabilidade dos administradores", IDET- 2ª Edição, pág 21 e ss.
[25] Maria Elisabete Ramos, "Da responsabilidade dos Administradores", pág 11º e ss. Coimbra, 2009
[26] A propósito vide Eisenberg, pág 622.
[27] O volume de proveitos do CHVNGE, no mencionado período, é superior a € 600.000.000,00.

considerou e que objectivamente atestam a exclusão de qualquer responsabilidade dos membros do CA.

Vejamos então que outros elementos de facto o Relato de Auditoria não equacionou, que são de importância elevada e que objectivamente atestam a exclusão de qualquer responsabilidade da sua parte em matéria de putativo "Alcance".

No âmbito da questão da instalação de contadores em áreas/serviços integrados no edifício do respondente, que historicamente não se restringiu à central de autoclavagem, os serviços técnicos do respondente sempre informaram o CA, que haveria grandes constrangimentos técnicos para a colocação de contadores individuais destinados à verificação da electricidade e água gastas.

Deste modo, no caso concreto da autoclavagem, o **CA 2006/2010**, de boa-fé e ao abrigo de um princípio de confiança, como não podia deixar de ser, nada decidiu até que essa questão fosse ultrapassada, nomeadamente através da instrução do processo de licenciamento pela DGS, a cargo do SUCH.

Posteriormente, ultrapassada a alegada dificuldade técnica de instalação dos contadores pelo respondente, quando foi possível a sua efectivação, ter-se-á verificado, a descalibragem dos contadores, deixando os mesmos de apresentar contagens fiáveis, não podendo daí decorrer que o CA tenha – efectivamente – omitido qualquer arrecadação de receita, antes pelo contrário, detinha informação de dificuldades técnicas de apuramento de contagens fiáveis susceptíveis de gerar facturação.

Assim, mesmo admitindo, o que não se concede e carece de melhor demonstração, que, nalgum dos casos elencados no Relato de Auditoria, possa ter sido preterida alguma formalidade, trata-se de casos em que não houve nem dolo, nem negligência dos membros do **CA 2006/2010**, pelo que não colhe a imputação indiciária de responsabilidades sancionatórias que, a este respeito, lhe são efectuadas.

Acresce que, a verificar-se a não arrecadação da receita de cerca de não mais de **14.000,00 €**, no universo da contabilidade do respondente, parece-nos que são, assim, desproporcionadas as conclusões alarmistas do Relato de Auditoria referentes a estes Contratos.

Mais, sendo o Relato de Auditoria totalmente omisso quanto a essa matéria de facto, não é possível, com seriedade e rigor, o exercício de um contraditório pleno, porquanto, não estando referidos este factos que constitui o suporte lógico do nexo de causalidade, não se alcança como possa ser sustentada a imputação de responsabilidades concretas e efectivas ao CA, pelo menos até à data.

Resulta que o **CA 2006/2010**, tendo em conta a factualidade apurada, tomou diversas iniciativas que, naquela altura, em face dos elementos que conhecia, da realidade que era visível, lhe incumbia adoptar, nomeadamente, entre outras iniciativas:

a. Solicitou ao departamento técnico as diligências tendentes à colocação de contadores individualizados para fazer as leituras competentes, nos espaços contratualmente ocupados por terceiros;

b. Recebeu informação, dando conta das dificuldades técnicas;

34

c. Após apuramento através desta auditoria, por mera estimativa facturou, de imediato, à entidade externa, tal como consta do próprio desenvolvimento do relato e da descrição da infracção em causa;
d. Determinou a adopção de novos procedimentos, na sequência dessa colocação.

Todavia, esta realidade não se encontra referenciada, ou sequer espelhada no Relato de Auditoria.

Obviamente estas iniciativas prolongaram-se no tempo, à medida da sucessão dos eventos, e das inovações técnicas à altura, constatando-se uma progressiva intensificação do controlo do CA, ao longo deste período.

Assim, decorre com meridiana clareza que o CA actuou – objectivamente e em função das circunstâncias históricas do momento – com toda a diligência, motivado pela preocupação de salvaguarda dos melhores interesses do CHVNG, em observância e estrito cumprimento do princípio da legalidade e do interesse público.

Não se compreende – e, por isso, os ora Signatários repudiam veementemente – a imputação de responsabilidade sobre a matéria, em que trespassa a ideia, contrariada no plano dos factos pelas referências *supra* evidenciadas, de que o **CA 2006/2010**, foi pouco diligente ou actuou com leviandade.

Outrossim, resulta do exposto, que o Relato de Auditoria padece de erros de apreciação e revela-se inteiramente desproporcionado e desadequado em função das circunstâncias concretas em que as decisões foram tomadas, existindo causas significativas que excluem qualquer responsabilidade que possa ser assacada ao **CA 2006/2010**.

35

Toda esta factualidade – da máxima importância na delimitação da actuação dos membros do CA e das iniciativas por estes desenvolvidas relativamente ao problema escapou, porém, ao fino crivo dos Auditores do Tribunal de Contas....!

Ou seja, em suma, se, já à luz do que resulta vertido no desenvolvimento do relato de Auditoria, a única conclusão a retirar seria a de não se poder imputar qualquer responsabilidade aos membros do CA,

à luz dos presentes esclarecimentos e dos elementos de facto demonstrados, essa conclusão torna-se inabalável, ficando plenamente infirmadas as conclusões constantes de fls. 13 e ss., quando se afirma " o deficiente controlo de execução do contrato é revelador da negligência na gestão dos recursos públicos" e (...) não existência de contadores para contagem dos consumos (...)", no que aos membros do CA respeita.[28]

IV- ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS SOBRE A GESTÃO IMPLEMENTADA E A SITUAÇÃO ECONOMICA E FINANCEIRA DO CHVNGE:

O teor do Relato da Auditoria, no que ao respondente respeita, quer no que tange à indiciada infracção "de não arrecadação de receitas...", à qual subjaz a ideia de dano para o erário público, quer à apontada "... não realização de procedimentos legalmente exigíveis", que não garante a afectação eficiente dos recursos públicos, alvitra uma gestão do **CA 2006/2010**, não consentânea com os resultados que a

[28] Vide relato da auditoria pág. 13 *in fine*

Instituição tem vindo a demonstrar e consolidar e que, senão passível de afectar a honorabilidade do órgão de gestão, composto pelos ora signatários, no mínimo desmerecida e susceptível de gerar o desalento, no empenho desmesurado que os signatários têm dedicado ao CHVNGE, no fito de assim contribuir para a tão almejada sustentabilidade do SNS.

Conforme se pode aferir do seguinte quadro, o CHVNGE, desde a sua constituição como Entidade Pública Empresarial, tem vindo a atingir e consolidar o equilíbrio económico – financeiro, caracterizado pela obtenção de resultados positivos, tanto ao nível do Resultado líquido como dos Resultados Operacionais (a partir do ano 2008).

RESULTADOS	2007 EPE	2008	2009
R. Operacionais	-2.451.468	206.523	723.476
RLE	62.346	405.497	595.012

V – CONCLUSÕES

Atenta a factualidade carreada na presente pronuncia e bem assim os argumentos aduzidos pelos ora signatários, estão os mesmos em condições de formular as seguintes conclusões:

A. Não se verifica a imputação indiciária de responsabilidades aos membros do **CA 2006/2010**, pela *"não realização de procedimento de contratação legalmente exigível em 2007 a 2009, para a aquisição de Serviços de alimentação pelo Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho"*, porquanto na presente auditoria, não foi levada em consideração, a factualidade subjacente às decisões do Conselho de Administração do CHVNGE, que sustentaram a

prestação de serviços durante o mencionado período, cuja ponderação não determinaria seguramente a imputação de qualquer, ainda que eventual, infracção, como supra se demonstrou;

B. Repita-se: Pese embora o invocado enquadramento fáctico, na sua maioria com origem externa e que transcende o campo de actuação e decisão do Conselho de Administração do respondente, obrigando a tomada de determinadas decisões e impedindo a prática de outras, sempre sem prejuízo da manutenção da prestação de serviços de cuidados, que reclamam a satisfação das necessidades inerentes à mesma, assumindo papel de relevo o fornecimento de alimentação aos doentes, que não pode sofrer qualquer hiato e não se compadece com as adversidades que obrigam a recuos na decisão, ditou o principio da boa gestão, sustentado em critérios de eficácia e eficiência, que os serviços de alimentação dos doentes continuassem a ser adquiridos ao actual prestador, adjudicatário de um processo submetido à concorrência através do concurso público.

C. A actuação do **CA 2006/2010**, pautou-se pelo supremo interesse público de prover a todos os doentes do respondente, uma das necessidades mais básicas do Ser Humano – alimentação -, sendo esta a condição primordial para a decisão de manter a contratação com o mesmo prestador, visto que, por motivos não imputáveis aos signatários, nunca foram, durante esse período, reunidas as condições – mesmo que mínimas - para a realização de um outro procedimento;

D. Entende o **CA 2006/2010** que, tendo em conta as conclusões A., B. e C., as circunstâncias que determinaram a sua actuação, permitem o enquadramento da prestação de serviços em causa, em procedimento também legalmente

admissível, mediante escolha em função de critérios materiais, ou independentemente do valor, assim se cumprindo, de igual modo, o princípio da legalidade.

E. Não pode o imperioso cumprimento do Principio da Legalidade, constituir um óbice à eficácia e eficiência da Administração Pública, atenta a crescente importância que reveste o Princípio da Boa Gestão, na conjuntura actual.

F. De igual modo, o Protocolo de Março de 2009, não padece de qualquer ilegalidade, não constituindo a sua celebração infracção susceptível de fazer incorrer o **CA 2006/2010** em responsabilidade financeira sancionatória, já que, como supra se demonstrou, é legítimo o enquadramento das relações do SUCH com os seus Associados Públicos na relação *in house* plasmada no nº2 do art.5º do CCP, encontrando-se os contratos entre estes celebrados, excluídos do regime de contratação pública consignado no CCP.

G. Por outro lado, também não se verifica a imputação indiciária de responsabilidades aos membros do **CA 2006/2010**, da alegada "*não arrecadação de receitas devidas pelos consumos de água para os balneários e energia eléctrica da central de autoclavagem, de Junho de 2006 a Abril de 2010*", porquanto os signatários, no estrito cumprimento do seu dever, agiram como gestores criteriosos e ordenados, tendo em vista, exclusivamente, os interesses da EPE;

H. Os valores alegadamente não arrecadados que aqui estão em causa, não revestem grande materialidade, atento o volume de negócios do respondente, já que a verificar-se a não arrecadação da receita atempada de não mais de

39

14.000,00 €, no universo do volume de proveitos do respondente, não é de molde a constituir qualquer infracção financeira susceptível de responsabilizar financeiramente os signatários, tendo de ser outra a conclusão final do relato da auditoria.

I. É de todo verosímil que, face à diminuta quantia alegadamente não arrecadada, é perfeitamente razoável que ao **CA 2006/2010** a mesma fosse imperceptível, tanto que o foi a todos os órgãos de fiscalização internos e às entidades auditoras externas.

J. Por último, ainda que admitindo que possa ter sido preterida alguma formalidade, o que não se concede, todas as infracções apontadas nunca foram praticadas com dolo, nem tão pouco negligência dos membros do **CA 2006-2010**, pelo que não colhe a imputação indiciária de responsabilidades sancionatórias que, a este respeito, lhe são efectuadas.

Nestes termos,

Devem ser consideradas totalmente improcedentes as imputações indiciárias de responsabilidade assacadas aos Signatários, por "eventuais infracções financeiras" identificadas no Relato de Auditoria, rogando-se que as mesmas sejam integralmente eliminadas em sede de Relatório Final.

Juntam: 26 documentos

40

Os Signatários,

(João António do Vale Ferreira – Presidente do Conselho de Administração)

(Adelino Paulo Gouveia – Vogal do Conselho de Administração)

(Maria José Dias da Mota Magalhães de Barros – Vogal do Conselho de Administração)

(Raul Alfredo de Almeida César de Sá – Director Clínico)

(Maria Alberta Fernandes Pacheco – Enfermeiro – Director)

41

XIII. Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE

- Contraditório institucional -

HOSPITAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, E.P.E.
CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Exmo. Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
M.I. Auditor-Coordenador da Direcção-Geral do Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 LISBOA

Registada

S/Refª	S/Comunicação	N/Ref. – Ofício n.º	Data
8782	25.10.2010	PC – 715/10	11.06.2010

Assunto: Proc. n.º 27/09-Audit – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

Os Hospitais da Universidade de Coimbra (HUC), após análise do relato de auditoria enviado por V. Exa., vêm apresentar as seguintes alegações relativas ao ponto 7.1 do relato:

- Prestação de serviços de tratamento e lavagem de roupa

O recurso à estimativa de consumos de vapor deve-se ao facto de os contadores de vapor instalados não oferecerem resistência suficiente às elevadas pressões e temperaturas a que eram sujeitos. Face ao custo destes equipamentos e à fiabilidade dos cálculos efectuados para estimar os consumos, os HUC optaram por manter a facturação do consumo de vapor com base em estimativas. No entanto, tendo em conta o relato desta auditoria, vai ser efectuada uma consulta ao mercado com o objectivo de proceder à instalação de contadores, adequados às condições de pressão e temperatura verificadas, que permitam aferir os consumos de vapor.

No que diz respeito aos preços praticados pelo SUCH, o preço por quilo de roupa tratada tem sido inferior ao preço pago pelos restantes utilizadores, segundo informação proveniente do próprio SUCH. Efectivamente não há informação detalhada sobre os preços que o SUCH estabelece com outros utilizadores, apenas uma mera informação que assegura que o preço dos HUC é o mais baixo. Para suprir esta lacuna foi solicitado ao SUCH informação sobre os preços acordados com as instituições que utilizam a lavandaria dos HUC.

- Prestação de serviços informáticos

Os HUC devido às restrições impostas à contratação de recursos humanos no Sector Administrativo do Estado recorreram ao SUCH desde 1999 para suprir carências de pessoal no serviço de informática. A partir do momento em que foi possível celebrar contratos individuais de trabalho (CIT), após a criação dos Hospitais da Universidade de Coimbra, E.P.E., os protocolos com o SUCH foram denunciados e procedeu-se à celebração de CIT com os técnicos de informática.

Com os melhores cumprimentos,

O Presidente do Conselho de Administração

(Prof. Doutor Fernando J. Regateiro).

FJR/LG

Av. Bissaya Barreto / Pct.ª Prof. Mota Pinto
3000-075 Coimbra
e-mail: casec@huc.min-saude.pt
Tel.: 239 400 407 / 607
Fax: 239 822 291

XIV. Hospital de São João, EPE

- Contraditório institucional e pessoal –

(Os responsáveis, incluindo os ex-responsáveis, apresentaram alegações em conjunto)

22. Jun. 2010 16:20 Nº. 0479 P. 1

SÃO JOÃO HOSPITAL

HOSPITAL DE SÃO JOÃO, E.P.E.

FOLHA DE TRANSMISSÃO POR FAX

PARA:	DE:
Exmo. Senhor Director – Geral do Tribunal de Contas	Prof. Doutor António Ferreira e Outros
NÚMERO DE FAX: 217 936 033	NÚMERO DE FAX: 225 025 766
NÚMERO DE PÁGINAS: 64	DATA: 22.06.2010

ASSUNTO: Auditoria Financeira orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS, através do SUCH e de agrupamentos complementares por ele constituídos.
Proc.º n.º 27/09 AUDIT

Junto se envia a V. Exa. a Pronúncia relativa ao assunto em epígrafe.

Apresentamos a V. Exa. os melhores cumprimentos.

Marta Almeida Grilo

Secretariado da Administração

DGTC 22 06'10 11556

Hospital São João
Alameda Professor Hernâni Monteiro
4200-319 Porto

+351 225 512 100
geral@hsjoao.min-saude.pt
www.hsjoao.min-saude.pt

Cont.nº507645367
Capital Estatutário 112.000.000,00 Euros
Registo Comercial nº507645367

22. Jun. 2010 16:21 Nº. 0479 P. 2

Exmo. Senhor Director-Geral
do Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

Vila Nova de Gaia, de 21 de Junho de 2010

ASSUNTO: Auditoria Financeira orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS, através do SUCH e de agrupamentos complementares por ele constituídos.

Proc. n.º 27/09 AUDIT

António Luís Trindade Sousa e Lobo Ferreira, João Porfírio Carvalho de Oliveira, Ana Luísa Seabra Coutinho Cardoso, António Joaquim Freitas de Oliveira e Sousa e Euridice Maria Corrêa Portela Rodrigues Silva, notificados pelo Tribunal de Contas, nas qualidades de Presidente, Vogais, Director Clínico e Enfermeiro – Director, do actual Conselho de Administração do Hospital de S. João, E.P.E, respectivamente, e **José Eduardo Torres Eckenroth Guimarães, Pedro Brito Esteves e António Duarte Araújo,** notificados nas qualidades de ex-presidente e ex-vogais, respectivamente, através de Ofícios com a **ref.ª ao Proc. n.º 27/09 – Audit, *DA VI,*** para, querendo, se pronunciarem, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 13.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, sobre os factos e às matérias do Relato de Auditoria, elaborado na sequência de auditoria financeira realizada ao Hospital de S. João **("HSJ")**, ora respondente, vêm apresentar

PRONÚNCIA,

O que fazem nos termos e com os fundamentos seguintes:

1

I. PRELIMINARES (tempestividade da Pronúncia)

Em tempo, os Signatários, à excepção do signatário António Duarte Araújo, requereram, a este douto Tribunal, prorrogação de prazo para efeitos de Pronúncia, em sede de contraditório, por mais dez dias.

O Tribunal veio a conceder a peticionada prorrogação, por cinco dias úteis, ou seja, até 22 de Junho p.f., improrrogável (cfr. **Docs. n.º 1 a 7**, que ora se juntam e se dão por inteiramente reproduzidos).

O Signatário António Duarte Araújo foi notificado para, querendo, apresentar pronúncia até ao dia 29 de Junho p.f. (cfr. **Doc. n.º8**, adiante junto).

Assim, a presente Pronúncia é tempestiva.

II. DA NATUREZA JURIDICA DAS ENTIDADES OBJECTO DA PRESENTE AUDITORIA, EM ESPECIAL O HSJ

Convém, desde logo, delimitar a natureza jurídica das entidades objecto da auditoria a que ora se responde. Assim,

A Administração indirecta do Estado compreende três tipos de entidades[1]:

- **Serviços personalizados**
- **Fundos personalizados**
- **Entidades públicas empresariais**

[1] Definição contida no sítio da internet da Dgaep (Direcção Geral da Administração e Emprego Publico

a) Os **Serviços personalizados** são pessoas colectivas de natureza institucional dotadas de personalidade jurídica, criadas pelo poder público para, com independência em relação à pessoa colectiva Estado, prosseguirem determinadas funções próprias deste. É o caso, por exemplo, do Instituto Nacional de Estatística, I.P., que tem por missão a promoção e divulgação da informação estatística oficial, do Instituto de Emprego e Formação Profissional, I.P., que tem por missão promover a criação e a qualidade do emprego e combater o desemprego através da execução de políticas activas de emprego e do Laboratório Nacional de Engenharia Civil, I.P., que tem por missão empreender, coordenar e promover a investigação científica e o desenvolvimento tecnológico necessárias ao progresso e à boa prática da engenharia civil.

São também serviços personalizados do Estado os Hospitais públicos não empresarializados, as Universidades públicas e as Entidades Reguladoras Independentes, com funções de regulação de determinados sectores de actividade.

b) Os **Fundos personalizados** são pessoas colectivas de direito público, instituídas por acto do poder público, com natureza patrimonial. Trata-se de um património de afectação à prossecução de determinados fins públicos especiais, como acontece, por exemplo, com os Serviços Sociais das forças de segurança.

c) As **Entidades públicas empresariais** são pessoas colectivas de natureza empresarial, com fim lucrativo, que visam a prestação de bens ou serviços de interesse público, nas quais o Estado ou outras entidades públicas

estaduais detêm a totalidade do capital. São Entidades públicas empresariais os Hospitais públicos empresarializados, como o Hospital de São João, EPE ou o Centro Hospitalar Vila Nova de Gaia / Espinho, EPE.

É tão mais importante definir desde logo a entidade ora respondente, pois não poderemos olvidar a polémica sobre o conceito legal de empresa pública operada pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, com a redacção que lhe foi conferida pelo Decreto – Lei n.º300/2007, de 23 de Agosto, tanto mais que, no que concerne aos Hospitais com natureza "E.P.E.", a lei se limita a remeter tal definição, em termos vagos, para o citado diploma legal.

No campo preciso em que nos encontramos, JORGE COUTINHO DE ABREU[2] encarou o problema da seguinte forma:

"A alguns autores parecerá legítimo afastarem-se da definição legal de EP, com base na ideia, algo vulgarizada, de que compete à doutrina, e não à lei, definir os institutos jurídicos", mas, questionando tal posição, defende:

"1) Em geral, a lei não dispensa as definições, os conceitos – enquanto verdadeiramente operadores ou instrumentos para a interpretação-aplicação jurídica. O «relevo heurístico-normativo» dos conceitos jurídicos (incluindo os legais) que não sejam meros «conceitos de ordem» é um dado de há muito adquirido.

2) A definição legal de EP é um desses operadores, com a referida força normativa. A doutrina tem, pois, de a respeitar. Pode, e deve, interpretá-la e

[2] Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, "Definição de Empresa Pública", em *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Suplemento Vol. XXXIV, Coimbra 1991, em Nota 86, pág. 327; em Portugal, as "primeiras referências a empresas públicas surgiram no Manual de Direito Administrativo de MARCELLO CAETANO" – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1986, Nota 42, pág. 250.

criticá-la – mas não pode legitimamente desconsiderá-la, ou descaracterizá-la, ou ultrapassá-la. A significação do signo «EP» está «codificada» pela lei".

Também MENEZES CORDEIRO, discordando embora da definição operada no artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 260/76, à data, e indicando a necessidade de introdução de correcções pela doutrina, afirmava, com toda a clareza, por reporte àquele preceito: *"No direito português actual há, por tudo isto, uma noção formal, técnico-jurídica, de empresa pública"* [3]

Impõe-se, assim, definir o conceito subjacente à natureza jurídica de Entidades Públicas Empresariais, *in casu*, a respondente.

Isto dito, devemos definir os hospitais com natureza jurídica empresarial da seguinte forma: *"O hospital E. P. E. é uma pessoa colectiva de direito público de natureza empresarial dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, e do artigo 18.º do anexo da Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro."*[4]

Pode ler-se no preâmbulo do *primitivo* Decreto-Lei nº 233/2005 de 29-12-2005: *" De acordo com o Programa do XVII Governo Constitucional, o Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, determinou a transformação em entidades públicas empresariais de 31 unidades de saúde às quais havia sido atribuído o estatuto de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos.*

[3] No mesmo sentido de clarificação, a propósito das incompatibilidades de cargos públicos vide parecer da PGR PGRP00001224 in www.dgsi.pt

[4] Decreto-Lei nº 233/2005 de 29 de Dezembro, alterado pelo Decreto – Lei nº50-A/2007, de 28 de Fevereiro e pelo Decreto-Lei 176/2009 de 04 de Agosto.

Na verdade, considera o Governo que as unidades de saúde integradas no Serviço Nacional de Saúde devem estar sujeitas a um regime jurídico que, atendendo ao serviço público por elas prestado, permita uma maior intervenção ao nível das orientações estratégicas de tutela e superintendência, a exercer pelos Ministros das Finanças e da Saúde, necessária ao adequado funcionamento do conjunto das instituições do Serviço Nacional de Saúde quer ao nível operacional quer ao nível da racionalidade económica das decisões de investimento." (sublinhado nosso)

Por outro lado, *"deve ser inequívoca a natureza pública das instituições do Estado prestadoras de cuidados de saúde, havendo que compatibilizar este princípio com os instrumentos de gestão mais adequados à natureza específica das suas actividades."* (sublinhado nosso)

E continua: *"Com efeito, o modelo mais adequado à prossecução daqueles objectivos é o de entidade pública empresarial, nos termos do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, que redefiniu o conceito de empresa pública enquanto modalidade autónoma de organização institucional do sector público estadual.*

Conforme previsto no Programa de Estabilidade e Crescimento, o estatuto de entidade pública empresarial será progressivamente atribuído a todos os hospitais, incluindo os que actualmente se encontram integrados no sector público administrativo e que mantêm a natureza jurídica de instituto público.

6

Neste contexto, o presente decreto-lei procede à concretização da transformação em entidades públicas empresariais dos 31 hospitais com a natureza de sociedade anónima abrangidos pelo Decreto-Lei n.º 93/2005, de 7 de Junho, e confere a natureza de entidade pública empresarial ao (...) e ao Hospital de São João, até agora integrados no sector público administrativo, aprovando os respectivos Estatutos."

Por outro lado, tendo como finalidade (no mesmo diploma pode-se ler) uma melhor prestação de cuidados de saúde, através da optimização dos recursos, são criados, igualmente sob a forma de entidade pública empresarial, diversos Centros Hospitalares e Hospitais.

Por fim escreve-se: *"A fim de evitar a proliferação de estatutos de unidades de saúde essencialmente idênticos, optou-se por aprovar um regime jurídico e uns estatutos suficientemente flexíveis para abarcar as várias unidades de saúde com a natureza de entidades públicas empresariais, sejam hospitais sejam centros hospitalares, gerais ou especializados, deixando para os respectivos regulamentos internos os aspectos organizacionais e não estatutários, designadamente a criação de órgãos de direcção adequados à sua especificidade, dimensão e complexidade."*

A Entidade Pública Empresarial (abreviadamente, EPE) organiza-se de acordo com as normas e critérios genéricos definidos pela tutela em função das suas atribuições e áreas de actuação específicas, devendo o respectivo regulamento interno prever a estrutura orgânica (sublinhado nosso) com base em serviços

7

agregados em departamentos e englobando unidades funcionais[5], como o fez ora respondente.

É, portanto, o regulamento interno atrás referido, documento fundamental que deve identificar e estabelecer as normas que permitam a efectiva articulação entre os cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados, no âmbito de uma prestação integrada de serviços com qualidade, bem como definir a estrutura orgânica e disciplinar o funcionamento das diversas Unidades e Serviços da Instituição.

Desta forma, como adiante melhor se explicará, a presente auditoria não levou em linha de conta tal documento, que, seguramente conduziria, pelo menos quanto a uma das apontadas infracções, a decisão diversa.

Posto isto, é o Hospital respondente, uma instituição prestadora de cuidados de saúde dependente do Ministério da Saúde, integrada no Serviço Nacional de Saúde Cfr. Base XII, nº 2 da Lei nº 48/90, de 24.08 (Lei de Bases da Saúde), incluída no sector empresarial do Estado, sendo, ainda assim, inequívoca a sua natureza pública, sujeita, portanto, às normas e fiscalização do Estado, através das entidades competentes para o efeito.

[5] In Processo n.º 04267/08 de 20-11-2008, in TCAS – in www dgsi.pt

8

III. DO MÉRITO DAS IMPUTAÇÕES INDICIÁRIAS DE RESPONSABILIDADE FINANCEIRA AOS ORA SIGNATÁRIOS, CONSTANTES DO RELATO DE AUDITORIA.

Compulsado o teor do Relato de Auditoria, designadamente os **pontos 7.1 e 7.2 do desenvolvimento "Observações de Auditoria"**, e cotejadas as conclusões apresentadas, em especial as referentes ao "caso específico da instalação e exploração das centrais de cogeração – cfr. ponto 7.2", com a Grelha constante do **documento denominado de Anexo I** em que se procede à identificação de **"Eventuais Infracções Financeiras / Apuramento de Responsabilidades"**, vertidas nos quadros V e VI referentes ao respondente, resulta do Relato de Auditoria, a imputação indiciária de responsabilidades aos membros do CA do Hospital de S. João, E.P.E, do mandato compreendido entre os anos de 2007 a 2009 (adiante referido por **"CA 2007/2009"**), que os ora Signatários integram, no âmbito dessas matérias.

3.1. – DO QUADRO V DO ANEXO

Da alegada ***não realização de procedimento de contratação legalmente exigível em Setembro de 2007, para instalação e exploração de uma Central de Cogeração no Hospital de S. João, E.P.E.***

Como resulta do Relato de Auditoria, o HSJ, EPE celebrou em Setembro de 2007 um Protocolo com o SUCH, pelo prazo de 15 anos, no âmbito da cogeração, ratificado em 17 de Setembro de 2007 pelo seu CA.

De acordo com o referido Protocolo, constitui objecto desse acordo:

9

"a) A instalação e exploração do equipamento descrito na proposta técnica constante do anexo II e princípios gerais acordados conforme anexo I, tendo em vista a produção de energia eléctrica e térmica, esta última a fornecer ao HSJ, que o SUCH se compromete a efectuar e o SUCH a adquirir nas condições do presente acordo.

b) A prestação de serviços de manutenção e conservação nas áreas de AVAC e "SPLIT'S" electricidade e de segurança eléctrica e ambiental aos blocos operatórios, de acordo com as condições constantes do anexo III."

No âmbito da sua vigência, tal acordo foi objecto de aditamento em Outubro de 2008, celebrado pelo Vogal António Duarte Araújo, o qual veio a ser ratificado pelo CA em deliberação datada de 7 de Dezembro de 2009.

Conforme se refere no Relato de Auditoria, o referido contrato não foi precedido de procedimentos de contratação pública, atento o entendimento dominante até à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, em 30 de Julho de 2008 e que veio a ser sufragado no seu art. 5.º, n.º 2.

Com efeito, até então, mormente com base nos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 1/1995, de 9 de Março de 1995, e n.º 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, advogava-se a ideia de que a actuação do SUCH se encontrava fora dos pressupostos de aplicabilidade das regras da contratação pública.

10

O art. 5.º, n.º 2 do CCP veio consagrar a chamada excepção *in house*[6], instituto com origem na jurisprudência comunitária[7], reconhecendo a possibilidade de a Administração optar livremente por desenvolver as tarefas de que está incumbida pelos seus próprios meios, estando dispensada de observar procedimentos pré-contratuais não apenas nas situações em que recorra aos respectivos serviços, mas também naquelas em que se sirva de entidades por si

[6] Sobre a adjudicação *in house* seguimos de perto Diogo Duarte de Campos, in "A escolha do parceiro privado nas parcerias público-privadas, a adjudicação in house em particular", Coimbra Editora, 2010.

[7] A propósito do conceito, escreve o autor referido que "*como o próprio nome indica, in-house significa dentro de casa, pelo que, não serão objecto dos necessários procedimentos pré-contratuais, tendentes a permitir a abertura do mercado a potenciais interessados, os contratos que sejam adjudicados a uma entidade que, para todos os efeitos, se confunda com a própria entidade adjudicante, ou seja, esteja dentro de casa*".

Esta excepção decorre da própria noção de contrato. Com efeito, para que possa existir um contrato será necessário a existência de "*duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir um resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. Ora, no caso vertente, não existem declarações de vontade de conteúdo oposto mas convergentes, dado que a vontade da entidade adjudicante é a mesma que a da entidade a quem o contrato será adjudicado, dado que uma e outra entidade se confundem, porquanto a primeira influencia decisivamente a segunda. Ora, pese embora se possa afirmar que, em geral, sempre que existem duas pessoas colectivas com personalidades jurídicas distintas existe, concomitantemente, autonomia de vontade, também não é menos verdade, sobretudo, quando está em causa o sector público administrativo que, por vezes, a vontade autónoma de algumas entidades é puramente aparente.*

É exactamente esta constatação que permitiu ao TJC considerar que, em determinadas ocasiões, a manifesta falta de vontade autónoma de um dos contraentes implica que não se devam aplicar as regras da contratação pública, na medida em que estas pressupõem a celebração de um contrato, o qual, por sua vez, pressupõe a existência de duas declarações de vontade.

Deste modo, quando o relacionamento entre a entidade adjudicante e a entidade beneficiária do contrato público (o co-contraente) é de tal modo próximo que não se pode afirmar a existência de um contrato, estaremos perante uma relação in-house. Porém, esta falta de autonomia de vontade conhece texturas diferentes, pelo que, a doutrina tem vindo a distinguir duas noções de in-house: um conceito estrito de in-house (in-house em sentido estrito), onde apenas são considerados os próprios serviços da entidade adjudicante[7], e um conceito mais amplo (in-house em sentido amplo ou quasi in-house), que engloba, para além dos serviços da própria entidade adjudicante, as entidades distintas desta no plano formal, mas sobre as quais a entidade adjudicante exerce um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, por um lado, e estas realizam o essencial da sua actividade com a entidade adjudicante, por outro. Temos, assim, encontrados os dois grandes requisitos de que depende a verificação de uma relação in-house – Intensidade do controlo exercido pela entidade adjudicante sobre o outro co-contraente e a destinação da actividade desse mesmo co-contraente".

11

criadas (ou a que se associe), no exercício da sua liberdade de auto-organização.

De acordo com o referido preceito legal (art. 5.º, n.º 2 do CCP), os contratos públicos a celebrar por uma entidade adjudicante devem considerar-se subtraídos à aplicação das regras da contratação pública sempre que ela exerça (isoladamente ou em conjunto com outras entidades dessas) sobre a actividade da entidade com a qual pretenda contratar um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e tal entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias das adjudicantes.

O TJCE tem vindo a entender, na esteira do Acórdão Teckal[8] e, posteriormente, dos Acórdãos Coname[9] e Parking Brixen[10], entre outros[11], que para estarmos

[8] De acordo com Diogo Duarte de Campos, no processo *Teckal* discutiu-se a adjudicação directa, isto é, sem qualquer procedimento pré-contratual, efectuada pela *Comuna de Viano* à *Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, de um contrato de gestão do serviço de aquecimento de determinados edifícios, sendo a sociedade *Teckal, Srl*, uma das potenciais interessadas na adjudicação desse mesmo contrato. Relevante para este efeito é o facto de a *AGAC* ser um agrupamento constituído por várias *comunas* para a gestão dos serviços de energia e do ambiente, entre as quais a de *Viano*, detendo esta uma participação de 0,9% naquele agrupamento. Face à adjudicação directa ao agrupamento de *comunas*, a *Teckal* (sociedade que até esse momento assumia o fornecimento de combustíveis à *Comuna de Viano*[8]), interpôs recurso daquela decisão, argumentando que deveriam ter sido respeitados os procedimentos previstos nas directivas.
O TJC, após determinar que a directiva potencialmente aplicável era a Directiva 93/36, determinou que para que esta fosse aplicável (em concreto) seria essencial aferir se a adjudicação em causa constitui um contrato público de fornecimento, sendo irrelevante saber se o fornecedor é ele próprio uma entidade adjudicante ou não. Esta é, sem dúvida, a primeira grande inovação do Acórdão *Teckal*, na medida em que prescinde da qualificação das partes para a aferição da existência de um contrato. Ou seja, na medida em que exista um contrato, o facto de os contraentes serem ambos entidades públicas é indiferente, para efeitos da contratação pública. Assim, pode-se concluir, desde já, com segurança, que as directivas comunitárias são aplicáveis aos contratos celebrados entre entidades públicas. Deste modo, ponto fundamental a ter em consideração é a determinação de quando é que existe um contrato. O TJC não decidiu se, no caso concreto, existia ou não uma convenção entre pessoas distintas, tendo antes relegado tal decisão para o juiz nacional. Todavia, não deixa de referir que, em princípio, havendo um contrato entre

perante uma relação *in house* é necessária a verificação cumulativa e permanente de dois requisitos: a) o exercício pela entidade adjudicante sobre o adjudicatário de um controlo análogo ao que a referida entidade dispõe sobre

uma autarquia local ou regional e "*uma pessoa juridicamente distinta*", tal bastará para que se considere que existe um contrato público. Porém, a esta regra de princípio, o TJC enuncia uma importante excepção que é a segunda grande inovação do Acórdão *Teckal*: "*só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, a autarquia exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com a ou as autarquias que a compõem*". Ou seja, se por um lado, o Acórdão *Teckal* trouxe definitivamente para o mercado os contratos celebrados entre entidades públicas, ou melhor, entre entidades adjudicantes, não deixou de ter em consideração que, muitas vezes, entre a entidade adjudicante e, por exemplo, as empresas por si detidas, não existe um verdadeiro contrato – enquanto manifestações de vontades distintas -, na medida em que o ente dominado apenas teoricamente se pode distinguir da entidade adjudicante. Contudo, por forma a evitar abusos, o TJC não deixou à livre discrição das entidades adjudicantes a definição da inexistência de um ente distinto, tendo, pelo contrário, enunciado os dois critérios que, em seu entender, têm que se encontrar preenchidos para que se possa afirmar a existência de uma relação *in-house*, donde, fora do âmbito de aplicação das directivas. Sem prejuízo, tendo o TJC remetido para o órgão nacional de jurisdição a verificação, em concreto, daqueles dois pressupostos que enunciou, naturalmente, não os densificou. Todavia, parece-nos possível, desde já, retirar algumas conclusões. Em primeiro lugar, os pressupostos serão de verificação cumulativa, pelo que não bastará a verificação de um dos pressupostos para que a entidade adjudicante deixe de cumprir os procedimentos da directiva aplicável. Em segundo lugar, note-se que o controlo a exercer há-se ser "*análogo*" e não "*semelhante*"[8]. Afigura-se-nos que a escolha do conceito "*análogo*" pressupõe um controlo mais intenso do que aquele que é meramente "*semelhante*," mas também não há-de ser "*idêntico*". Assim, não será de excluir que o TJC pressuponha a necessidade de haver uma relação de direito público entre as entidades, ao passo que o controlo "*semelhante*" poder-se-ia bastar com um mero controlo de direito civil, *maxime*, decorrente do direito comercial[9]. Por último, quanto ao segundo pressuposto, é relevante a sua construção literal, porquanto, o TJC parece expressamente admitir que o essencial da actividade do ente controlado (doravante, identificado por entidade distinta[8]) possa ser efectuado com mais do que uma autarquia. Natural e reversamente, tal abertura implicará que se considere que poderá haver *controlo análogo*, ainda que a entidade distinta seja controlada por mais do que uma autarquia, ou seja, não se exigirá um controlo de 100% do capital social da entidade distinta. Na verdade, não faria qualquer sentido que se aceitasse que a entidade distinta pudesse realizar o essencial da sua actividade com mais do que uma autarquia (no caso) e, inversamente, se exigisse que para haver *controlo análogo* o capital social tivesse que ser detido por apenas uma autarquia.

[9] Acórdão de 21 de Julho de 2005, Processo C-231/03.

[10] Acórdão de 13 de Outubro de 2005, Processo C-458/03.

[11] *Vide*, entre outros, Acórdão *Jean Auroux*, de 18 de Janeiro de 2007, Processo C-220/05; Acórdão *Assemfo*, de 19 de Abril de 2007, Processo C-295/05; Acórdão *Coditel*, de 13 de Novembro de 2008, Processo C-324/07; Acórdão Comissão contra a República Federal da Alemanha, de 9 de Junho de 2009, Processo C-480/65. Para um estudo pormenorizado sobre a evolução da jurisprudência do TJCE, *Vide* Diogo Duarte de Campos, op. cit., pág. 189 e ss.

13

os seus próprios serviços; b) a realização pelo adjudicatário do essencial da sua actividade com a entidade adjudicante.

O n.º 2 do art. 5.º do CCP veio a acolher precisamente a jurisprudência comunitária sobre a contratação *in house*, ao prescrever que *"a parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que: a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior"*.

Conforme resulta do Relato de Auditoria, o protocolo celebrado entre o HSJ e o SUCH, no âmbito da cogeração, sem precedência dos procedimentos de contratação pública, uma vez que tais relações se encontravam dentro da excepção *in house*, como o próprio TC o reconhece, sem nunca pôr em causa a legalidade desse contrato – ver Anexo III: Subsunção das relações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação *in house*.

Este entendimento é, aliás, corroborado pelo entendimento já preconizado no "Memorando Jurídico sobre o enquadramento geral das relações entre o SUCH e os seus associados públicos à luz das normas sobre contratação pública", cuja

14

cópia se junta sob **Doc.n.º9**, nos termos do qual a Sociedade de Advogados Sérvulo & Associados se pronuncia sobre a matéria em apreço.

Refere-se, contudo, no Relato de Auditoria que o SUCH cometeu a entidades terceiras a execução dos contratos públicos que as entidades públicas adjudicantes lhes haviam atribuído sem precedência dos procedimentos de contratação pública legalmente aplicáveis, em concreto, ao ACE denominado SUCH-Dalkia.

Assim, o TC - sem nunca questionar o enquadramento do contrato celebrado entre HSJ e SUCH no âmbito da contratação *in house*, pelo que subtraído às regras da contratação pública - o que questiona sim é a responsabilidade do HSJ por o SUCH ter subcontratado o SUCH-Dalkia a execução de tal contrato.

Diga-se liminarmente que tendo o HSJ contratado apenas e só com o SUCH e sendo HSJ e SUCH pessoas colectivas totalmente distintas, não podia o HSJ, porque de nenhum mecanismo legal dispõe, garantir e *"fiscalizar"* o cumprimento pelo SUCH dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública.

Tal não lhe era sequer minimamente exigível!

O SUCH enquanto entidade adjudicante está sujeito às normas e princípios da contratação pública que o HSJ nunca podia sindicar, sob pena de usurpar as suas funções e poderes, o que de todo configuraria, essa sim, uma ilegalidade.

15

De salientar, neste particular, o teor da conclusão 8.ª do Parecer da PGR: "*Fora das situações a que se referem as anteriores 4.ª e 7.ª conclusões, o SUCH, sempre que, como dono de obra ou adjudicante de bens ou serviços, careça de contratar com terceiros, inclui-se entre as entidades equiparadas a organismos de direito público, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, compreendendo-se, nessa estrita medida, no âmbito de aplicação subjectiva destes diplomas legais*".

Assim, tendo o HSJ contratado com o SUCH e não com o SUCH-Dalkia, a eventual violação de qualquer procedimento legalmente exigível ao SUCH, não poderá ser imputada ao HSJ, pelo que nenhuma responsabilidade lhe poderá ser assacada.

De acordo com o Quadro V do Anexo I (Eventuais infracções financeiras), as normas jurídicas alegadamente violadas pelo HSJ são os artigos 1.º, 2.º, n.º 2 e 4, 3.º, al. g), e 244.º do Decreto-Lei 59/99.

Ora, como resulta do objecto do contrato celebrado entre o HSJ e SUCH, o contrato aqui em causa jamais poderá ser considerado um contrato de empreitada, antes devendo considerar-se um contrato atípico, sendo-lhe abstractamente aplicável não o Decreto-Lei 59/99, mas sim o Decreto-Lei 223/2001, de 9 de Agosto.

ACRESCE AINDA QUE,

16

Por outro lado, resulta do Relato de Auditoria uma contradição insanável entre a fundamentação e as normas jurídicas invocadas.

Com efeito, se por um lado se admite que o contrato celebrado entre HSJ e SUCH não enferma de qualquer ilegalidade, porque subtraído às normas da contratação *in house*, por outro lado refere-se no mesmo quadro que terá sido alegadamente violado o art. 244.º do referido Decreto-Lei 59/99: "*A celebração de um contrato de concessão de obras públicas será obrigatoriamente precedido de concurso público, iniciando-se com a publicação do anúncio, conforme modelo reproduzido no anexo VI*".

Ora, subsumindo-se as relações entre HSJ e SUCH ao domínio da excepção *in house*, como o próprio TC o admite, nunca poderia o HSJ ter violado tal normativo, já que no âmbito dessa excepção sempre estará subtraído a essa regra.

Por outro lado, sempre se dirá, que a cláusula que prevê a cessão da posição contratual para além de usual no comércio jurídico, é totalmente legal.

Com efeito o próprio CCP veio estabelecer no artigo 318.º os requisitos da cessão e da subcontratação pelo co-contratante.

17

Acresce que, em lado algum se impõe à entidade adjudicante a obrigação de sindicar se a entidade adjudicatária cumpre ou não os procedimentos legais, se e quando houver subcontratação ou cessão da posição contratual.

Aliás, de acordo com o preceituado no art. 320.º CCP, estando preenchidos os requisitos do art. 317.º, i.e. sempre que o potencial subcontratado se encontre habilitado e reúna as capacidades técnica e financeira, o contraente público apenas pode recusar a subcontratação (...) "*quando haja fundado receio de que a subcontratação envolva um aumento de risco de incumprimento das obrigações emergentes do contrato*".

E isto na actual lei, sendo que a anterior lei nem sequer fazia referência a tais requisitos para a subcontratação.

Aliás na lei anterior - art. 265.º, n.º 6, do Decreto-Lei 59/99, o dono da obra só podia opor-se à escolha do subempreiteiro pelo empreiteiro se aquele não dispusesse "*de condições legais para a execução da obra que lhe foi subcontratada*".

Há, assim, uma incoerência total, salvo melhor opinião, entre as normas jurídicas invocadas no Relato de Auditoria como tendo sido alegados e a fundamentação constante no mesmo Relato.

18

A norma para a qual se remete não foi violada, pois o contrato celebrado entre HSJ e SUCH foi celebrado ao abrigo de uma relação *in house* - que o próprio TC reconhece existir.

Aliás, não é de todo em todo claro que o SUCH tivesse que escolher o seu sócio de acordo com as normas da contratação pública.

Com efeito, do que agora nos é dado a conhecer pelo TC, o SUCH não terá subcontratado a Dalkia, terá outrossim constituído um ACE com aquela outra entidade.

Significa isto que o SUCH não subcontratou serviços a uma entidade privada antes escolheu um sócio, ou seja, estamos aqui no domínio das denominadas parcerias público-privada institucionais, isto é, onde subjacente a um contrato público há a criação de uma nova entidade, sendo um dos parceiros privados.

Ora, até ao novo CCP a escolha de sócios não era regulada pela Leis da Contratação Pública, dividindo-se a doutrina sobre se tal escolha deveria ser efectuada de acordo com as leis da contratação pública ou não[12].

Não se querendo aqui discutir se o SUCH cumpriu ou não os deveres a que se encontrava adstrito, a verdade é que ainda que fosse exigível ao HSJ em certo grau *"que, junto da Associação, garantissem o cumprimento por esta dos*

[12] Sobre esta temática, *Vide* de forma elucidativa Diogo Duarte de Campos, op. cit., pág. 97.

princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública", o certo é que, esta é uma questão totalmente de ponta no âmbito da contratação pública, havendo opiniões na doutrina em ambos os sentidos, o que sempre relevaria para efeitos da aferição de culpa, no que concerne à responsabilidade sancionatória e financeira.

E como esta questão, muitas outras poderiam justificar que o SUCH tivesse escolhido o seu parceiro, sem respeito pelas regras da contratação pública. Ou melhor, com respeito pelas normas da contratação pública mas não necessariamente de forma concorrencial, na medida em que é a própria Lei que conhece e disciplina o ajuste directo.

Com efeito, há que ter em conta que é permitido o ajuste directo em várias circunstâncias, ou seja, há várias causas materiais que justificam o recurso ao ajuste directo.

Como é óbvio a aferição das circunstâncias que permitem o recurso ao ajuste directo apenas pode ser realizada pelos directos intervenientes.

E só a eles responsabiliza, pelo que,

Não só não era exigível, como seria mesmo impossível, ao HSJ saber se a escolha daquele sócio foi bem ou mal feita, sendo que, em todo o caso, seria sempre uma ingerência, absolutamente inadmissível, sobre aspectos de gestão do co-contratante.

20

Este tem uma administração própria, sendo que os seus associados se limitam a exercer os poderes que detêm em assembleia-geral e não a administrar.

Aliás, a ser procedente a posição assumida pelo TC, seria o mesmo que responsabilizar os accionistas por eventuais erros da Administração!

O HSJ apenas é responsável e apenas pode ser responsável pelo contrato que foi celebrado – tão-só - com o SUCH, contrato este que o próprio TC considera legal, uma vez que celebrado no âmbito da denominada contratação *in house*.

O SUCH - enquanto ele próprio entidade adjudicante - tem liberdade e naturalmente responsabilidade sobre como escolhe os seus co-contraentes.

Tanto assim é que as normas supostamente e alegadamente infringidas são os artigos 1.º, 2.º, n.º 2 e 4, 3.º, al. g), e 244.º do Decreto-Lei 59/99, mas o que no corpo se diz é que "*era exigível às entidades públicas adjudicantes que, junto do SUCH, garantissem o cumprimento por este dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública*"!

Ora, o HSJ não desrespeitou os aludidos artigos, mormente o artigo 244º. Porém, se o SUCH violou tais normas ou não, o HSJ é totalmente alheio.

Note-se, aliás, que não há nenhuma norma que imponha o dever de cuidado ou a exigibilidade que a que alude o Relato.

21

O princípio da legalidade se por um lado impõe que se atribua exclusivamente à lei a definição do que é crime e de quais são as respectivas sanções, por outro lado, impõe que todas essas definições têm de preexistir às situações às quais se aplicam.

Deste princípio da legalidade decorrem dois princípios: o princípio *nullum crimen sine lege* e o princípio *nulla poena sine lege*, segundo os quais "*não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa*"[13].

Impunha-se assim, de acordo com o princípio da legalidade da intervenção penal, a prévia existência de norma que me impusesse tal exigência ao HSJ perante a Administração do SUCH, o que, como vem de se explanar, não sucede *in casu*, pelo que nenhuma responsabilidade lhe poderá ser assacada nesse particular.

3.2. – DO QUADRO VI DO ANEXO

Da alegada *não arrecadação de receitas devidas pelos consumos de água, energia eléctrica e vapor na lavandaria de Outubro de 2006 a Março de 2010.*

[13] Neste sentido, *Vide* Figueiredo Dias, Questões fundamentais. A doutrina geral do crime, Lições policopiadas, Coimbra, pág. 163 e ss.

Neste quadro, teremos que ter em conta que a infracção financeira em causa trespassa o CA em funções, tendo que se ter em conta que, em relação a alguns dos signatários, apenas e só resulta indício de infracção por infimo período de tempo, a saber:

José Eduardo Guimarães (Presidente), Pedro Brito Esteves (Vogal), António Lobo Ferreira (Director Clínico), de Outubro de 2006 a 2007, António Duarte Araújo, de Outubro de 2006 a Abril de 2009 (vogal) e, quanto aos Vogais João Oliveira e Ana Luísa Cardoso, apenas respondem pelo período desde Abril de 2009 a Março de 2010.

Por ser mais fácil, estes últimos, quanto aos factos descritos nem sequer deveriam constar do quadro V do anexo II, porquanto, conforme resulta do próprio relato da auditoria, os factos relatados reportam-se a factos anteriores à data da tomada de posse destes dois membros do CA, sendo ainda que, durante o período em causa, os mesmos não tinham sequer, ainda, intervindo em qualquer relatório de contas do exercício.

De igual modo, o reduzido período de mandato de que aqui falamos, não permitiu aos signatários, proceder à exaustiva identificação, análise e à verificação das condições de todas as contratações em vigor no HSJ, Tal ainda se admitiria se, por mera hipótese, tivesse sido equacionada eventual alteração ao contrato em apreço, permitindo assim aquilatar do seu cumprimento, o que não sucedeu.

Ora, verifica-se que não era, portanto exigível, tendo em conta o universo do HSJ, que os mesmos no curto período de tempo em que se encontram em

23

funções tivessem o dever de apurar este factos, que repita-se – foram anteriores ao seu mandato.

Dito isto, quanto a estes, sem mais considerandos, devem as infracções ser liminarmente arquivadas.

Sem prescindir, no entanto, o que vale para os ora signatários valerá para os demais que se mantiveram em funções pelo período de tempo de Março de 2006 a Março de 2007.

Verifica-se que estiveram em funções pelo período de apenas 5 (cinco meses) e portanto é de todo irrazoável que nesse curto período de tempo, tivessem tido a possibilidade de detectar as hipotéticas infracções.

Aliás, não parece sequer verosímil que os mesmos tenham tido tempo de se inteirar do plano estratégico do próprio HSJ, quanto mais em verificar se e quando estariam a ser violadas alguma normas jurídicas.

Nem se diga que, por exemplo, que os signatários António Ferreira, Euridice Portela e António Duarte Araújo, se mantiveram em funções durante um período mais longo.

Com efeito, há que ainda que ter em consideração que, nos casos específicos dos signatários António Ferreira, que de Outubro de 2006 a Março de 2007 exerceu o cargo de Director Clínico e da signatária Euridice Portela, que exerceu e exerce o cargo de Enfermeiro – Director, cujas competências próprias se encontram definidas no Estatutos anexos ao Decreto – Lei nº233/2005, de 29 de Dezembro, e, respeitam directamente que à direcção de produção clínica do

hospital, quer à coordenação técnica da actividade de enfermagem do hospital, naturalmente absorventes, para os detentores destes cargos, da gestão executiva propriamente dita.

Assim,

E, in casu, o que *supra* se alega servirá para todos os signatários.

Senão vejamos, todos os signatários estiveram em funções um tempo infinitamente curto, atendendo ao universo do HSJ[14]

Embora seja exacto que a lei nada diz sobre este assunto, teremos que nos socorrer do princípio *supra* constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da exigibilidade.

Quanto ao tempo em que os signatários estiveram e estão em funções e do seu trabalho, enquanto membros do órgão da administração do HSJ, aqueles princípios não deixam de enunciar uma regra de boa administração cujo objectivo é evitar, tanto no interesse público na administração como no dos particulares, a não verificação em tempo útil destas hipotéticas infracções e uma eventual e injustificada tomada de decisão.

Assim, as administrações têm a obrigação de conduzir com diligência a gestão das entidades, devendo os gestores ser criteriosos e ordenados, mas tendo sempre em conta o PRAZO RAZOÁVEL para tomada de decisões.

[14] Não é de todo despiciendo referir que estamos a falar de um dos maiores Hospitais do País.

hospital, quer à coordenação técnica da actividade de enfermagem do hospital, naturalmente absorventes, para os detentores destes cargos, da gestão executiva propriamente dita.

Assim,

E, in casu, o que *supra* se alega servirá para todos os signatários.

Senão vejamos, todos os signatários estiveram em funções um tempo infinitamente curto, atendendo ao universo do HSJ[14]

Embora seja exacto que a lei nada diz sobre este assunto, teremos que nos socorrer do princípio *supra* constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da exigibilidade.

Quanto ao tempo em que os signatários estiveram e estão em funções e do seu trabalho, enquanto membros do órgão da administração do HSJ, aqueles princípios não deixam de enunciar uma regra de boa administração cujo objectivo é evitar, tanto no interesse público na administração como no dos particulares, a não verificação em tempo útil destas hipotéticas infracções e uma eventual e injustificada tomada de decisão.

Assim, as administrações têm a obrigação de conduzir com diligência a gestão das entidades, devendo os gestores ser criteriosos e ordenados, mas tendo sempre em conta o PRAZO RAZOÁVEL para tomada de decisões.

[14] Não é de todo despiciendo referir que estamos a falar de um dos maiores Hospitais do País.

A não observância no relato da auditoria, certamente não teve em conta os curtos prazos em que os signatários exerceram e exercem as funções, a dimensão do HSJ e a infracção financeira em causa deverá, salvo ilegalidade, ser SEMPRE apreciada em função das circunstâncias particulares do caso. Para um caso idêntico vide jurisprudência do TJCE[15].

Embora a lei nada diga, os signatários têm a perfeita noção, que a partir do momento em que a administração tenha tido conhecimento dos factos e condutas susceptíveis de constituírem infracções (e não tiveram) têm a obrigação de agir por forma a repor, em prazo razoável, a legalidade.

Ora, neste caso, e em função das circunstâncias próprias do caso concreto, não parece que estas infracções de que vêm indiciariamente acusados, sejam susceptíveis de nesse período de tempo, ser conhecidas e reposta a legalidade e, por consequência, de conduzir a uma qualquer infracção financeira, tendo em conta o princípio da razoabilidade.

Até porque, quanto a esta temática não é necessário recordar, em todas as suas dimensões, a abundante jurisprudência constitucional (uma resenha dessa jurisprudência pode encontrar-se in Martim de Albuquerque, *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*, Coimbra, 1993, pp. 167 e segs.), sendo certo que o princípio da segurança jurídica seria posto em causa se a administração retardasse excessivamente as suas decisões, mas não significa isso que terá de

[15] Ver: Tribunal de Justiça, 4 de Fevereiro de 1970, Van Eick/Comissão (13/69, Recueil, p. 3); Tribunal de Justiça, 29 de Janeiro de 1985, F/Comissão (228/83, Recueil, p. 275); Tribunal de Justiça, 19 de Abril de 1988, M/Conselho (175/86 e 209/86, Colect., p. 1891); Tribunal de Primeira Instância, 17 de Outubro de 1991, de Compte/Parlamento (T-26/89, Colect., p. II-781, n.° 88); Tribunal de Primeira Instância, 26 de Janeiro de 1995, D/Comissão (T-549/93, ColectFP, pp. I-A-13 e II-43, n.° 25); Tribunal de Primeira Instância, 30 de Maio de 2002, Onidi/Comissão (T-197/00, ColectFP, pp. I-A-69 e II-325, n.° 91).

26

as tomar em prazos irracionais, susceptíveis de se revelar particularmente difíceis para o interesse público.

Assim, se por um lado a Administração deve ter gestores criteriosos e ordenados, deve também deve ter decisores céleres, e, é nesta dicotomia que deve apreciar-se, no caso concreto, a razoabilidade das decisões e/ ou omissões.

E, parece aos signatários que neste caso, não era razoável, tendo em conta o tempo entretanto, em funções que, verificassem a violação em causa.

DITO ISTO,

Quanto à imputação da indiciada infracção, têm ainda os signatários a referir que, delimitando a matéria, é pacífico dizer-se que **as despesas públicas consistem em** obter e dispor de dinheiros públicos, como afectá-los, distingui-los ou despendê-los não é mais do que a realização da receita e da despesa orçamental, já que, ao nível da gestão financeira pública, é esta terminologia – a das receitas e despesas – que está legalmente consagrada.

Pode definir-se ***Despesa Pública,*** no gasto ou no dispêndio de bens por parte dos entes públicos para criarem ou adquirirem bens ou prestarem serviços susceptíveis de satisfazer necessidades públicas; elas concretizam o próprio fim da actividade financeira dos EPE – satisfação de auto necessidades, tendo em conta sempre a prossecução do interesse público envolvido na sua actividade – prestação de cuidados de saúde.

Destarte, estamos a falar concretamente e, em termos reais, de ***Despesas de Transferências,*** pois que estas se limitam a redistribuir recursos a novas

27

entidades, mas que, em boa verdade, não representaram uma verdadeira diminuição do património da tesouraria do HSJ, tanto mais que após a verificação desse lapso tal despesa foi reposta.

Além disso falamos, *in casu*, de um tipo de despesa, dita de ***Funcional,*** ou seja, as despesas são aqui agrupadas de acordo com a natureza das funções exercidas pelo Estado, tendo-se adoptado para o efeito o modelo do Fundo Monetário Internacional.

Ora, ao gerar estas despesas não facturadas **em tempo útil**, veio a auditoria imputar aos sucessivos membros que integraram os CA de **2006/2010**, a infracção correspondente a não arrecadação de receitas para a satisfação das despesas públicas a cargo do ora respondente.

Muito embora possa corresponder à realidade o vertido na auditoria, não podemos deixar de assinalar que estamos em presença de um tipo de receitas ***Extraordinárias,*** pois dúvidas não se colocam quanto ao facto de as aludidas receitas, tendo sido cobradas num ano, não voltarão a ser cobradas, com toda a verosimilhança, nos anos seguintes, ou, pelo menos, no mesmo montante ou mesmo em igual momento no que concerne ao seu ingresso na tesouraria do HSJ.

Estas receitas e despesas estão, de facto, sujeitas a um conjunto de técnicas, métodos, processos, formas e procedimentos próprios do controlo e da auditoria, quer interno, quer externo.

Estes controlos constituem, duas realidades distintas, substancial e formalmente, sem prejuízo de se poderem e deverem articular, embora sob a orientação do controlo externo.

Assim sendo como é, não se pode aqui deixar de realçar e sublinhar que o próprio Revisor Oficial de Contas, não advertiu na certificação legal de contas, através de ênfases ou reservas, tal desconformidade.

Mais, o controlo interno, instrumento técnico da gestão e nela incorporado; por isso mesmo se entendendo que é cada organização, a cada gestão, que cumpre instituí-lo e à medida das necessidades reais e específicas da organização que concretamente serve; fazendo-o sempre desfrutar de independência técnica, para poder ser credível e útil, mas também para apontar o que menos bem se faz, não efectuou qualquer advertência.

Tendo em conta que, nem os revisores oficiais de contas colocaram qualquer reserva ou ênfase no seu relatório, não era de previsível aos membros dos sucessivos **CA de 2006/2010**, que tal sucedesse.

DITO ISTO,

Concretizando, por referência à "*não arrecadação das receitas devidas pelos consumos de água, energia eléctrica e vapor na lavandaria de Outubro de 2006 a Março de 2010*" das situações *supra* identificadas, refere-se," *Que se trata de* informação coincidente com a do parág. 7.1 do Relato de Auditoria.

29

Assim, por reporte ao excerto *supra* transcrito, no que aos signatários, membros dos **CA de 2006/2010** diz respeito, estão ainda em causa as conclusões seguintes:

"(...) as entidades públicas nem sempre têm garantido a eficiência e eficácia, o que não tem contribuído para uma gestão criteriosa dos recursos públicos" – vide 1º conclusão 5, Pág 5.

Ora, nas palavras de Coutinho de Abreu, os *"Administradores de empresas (sejam elas **públicas** ou privadas) devem actuar genericamente com correcção (fairness), sendo um dos deveres do Administrador preparar adequadamente as decisões e tratar a informação razoavelmente disponível em vista a tomar as decisões"*[16]

Os Administradores devem ter em vista exclusivamente os interesses da EPE, temperado pelo bem comum e prossecução do interesse público, e foi o que fizeram, sendo certo que actuaram sempre como gestores criteriosos e ordenados"[17]

A este propósito, na falta de um critério legal, poderemos socorrermo-nos na jurisprudência estado-unidense desenvolvida principalmente a partir de meados do século XIX com a regra da decisão empresarial ("business judgement rule").

[16] Vide, Coutinho de Abreu, a responsabilidade dos administradores", IDET- 2ª Edição, pág 21 e ss.
[17] Maria Elisabete Ramos, "Da responsabilidade dos Administradores", pág 11º e ss. Coimbra, 2009

30

Ora, ensina-nos que o mérito das decisões ou das omissões de não arrecadação de receitas deve ser baseada em critérios de "razoabilidade", e apenas haverá alguma cominação no caso da sua omissão ser "irracional".[18]

Neste campo, e salvo melhor opinião, mesmo a falar-se de arrecadação, atempada, não poderá suscitar-se a integração do conceito de infracções financeiras tal como resulta da própria letra da lei.

De salientar ainda, que, segundo parece, quer o relato, quer a imputação são completamente omissos quanto à especificação temporal de cada um e portanto, não podem estes defender-se mais do que que o fizeram, com claro prejuízo para os signatários a verem confirmadas as infracções, o que não se concebe!!

Assim, os Signatários apenas se pronunciam sobre a matéria referente às Imputações indiciárias de responsabilidades que lhe são efectuadas, enquanto membro do CA nos períodos em causa.

Já vimos, pois, que nas situações referidas, a imputação indiciária de responsabilidades aos membros do CA individualmente consideradas por putativas "Infracções Financeiras", decorre de erro de análise vertido no Relato de Auditoria do Tribunal de Contas, devendo ser expurgada do Relatório Final, sob pena de, em caso contrário, se violar o principio da proporcionalidade e razoabilidade, respecticamente porque, nada se diz sobre a proporção da "pena" tendo em conta o caso concreto de cada um dos signatários e que, para si, é condição fundamental das imputações efectuadas.

[18] A propósito vide Eisenberg, pág 622.

31

Além do que supra se disse, convém aqui realçar que os valores não arrecadados que estão aqui em causa, não revestem grande materialidade, atento o volume de proveitos do respondente[19].

Sem prejuízo, os Signatários não prescindirão de, no âmbito do presente Contraditório, referir alguns elementos adicionais que o Relato de Auditoria não considerou e que objectivamente atestam a exclusão de qualquer responsabilidade dos membros que integraram os sucessivos CA.

Não tendo os signatários, membros dos **CA de 2006/2010**, sido alertados, quer pelos Serviços que integram a estrutura funcional do respondente, quer pelos órgãos de fiscalização internos e entidades auditoras externas, não foi possível detectar tal situação para que, atempadamente, procedessem à facturação devida.

Mesmo admitindo, o que não se concede e carece de melhor demonstração, que, nalgum dos casos elencados no Relato de Auditoria, possa ter sido preterida alguma formalidade, trata-se de casos em que não houve nem dolo, nem negligência dos membros dos **CA de 2006/2010**, pelo que não colhe a imputação indiciária de responsabilidades sancionatórias que, a este respeito, lhe são efectuadas.

Acresce que, a verificar-se a não arrecadação da receita de cerca de não mais de 1.044.403,27 €, no universo da contabilidade do respondente, parece-nos

[19] O volume de proveitos do HSJ, foi no período a que se reporta a auditoria é de € 981.682.810,28.

que são, assim, desproporcionadas as conclusões alarmistas do Relato de Auditoria referentes a estes Contratos.

Mais, sendo o Relato de Auditoria totalmente omisso quanto a essa matéria de facto, não é possível, com seriedade e rigor, o exercício de um contraditório pleno, porquanto, não estando referidos este factos que constitui o suporte lógico do nexo de causalidade, não se alcança como possa ser sustentada a imputação de responsabilidades concretas e efectivas ao CA, pelo menos até à data.

Não obstante e assim que chegou ao seu conhecimento, tendo em conta a factualidade apurada, facturou, de imediato, à entidade externa, tal como consta do próprio desenvolvimento do relato e da descrição da infracção em causa e determinou a adopção de novos procedimentos, na sequência dessa colocação.
Todavia, esta realidade não se encontra referenciada, ou sequer espelhada no Relato de Auditoria.

Obviamente estas iniciativas prolongaram-se no tempo, à medida da sucessão dos eventos, e das inovações técnicas à altura, constatando-se uma progressiva intensificação do controlo do CA, ao longo deste período.

Assim, decorre com meridiana clareza que o CA actuou – objectivamente e em função das circunstâncias históricas do momento – com toda a diligência, motivado pela preocupação de salvaguarda dos melhores interesses do HSJ, em observância e estrito cumprimento do princípio da legalidade e do interesse público.

33

Não se compreende – e, por isso, os ora Signatários repudiam veementemente – a imputação de responsabilidade sobre a matéria, em que trespassa a ideia, contrariada no plano dos factos pelas referências *supra* evidenciadas, de que os **CA de 2006/2010**, foram pouco diligentes ou actuaram com leviandade.

Outrossim, resulta do exposto, que o Relato de Auditoria padece de erros de apreciação e revela-se inteiramente desproporcionado e desadequado em função das circunstâncias concretas em que as decisões foram tomadas, existindo causas significativas que excluem qualquer responsabilidade que possa ser assacada aos signatários membros dos **CA de 2006/2010**.

Toda esta factualidade – da máxima importância na delimitação da actuação dos membros do CA e das iniciativas por estes desenvolvidas relativamente ao problema escapou, porém, ao fino crivo dos Auditores do Tribunal de Contas....!

Ou seja, em suma, se, já à luz do que resulta vertido no desenvolvimento do relato de Auditoria, a única conclusão a retirar seria a de não se poder imputar qualquer responsabilidade aos membros do CA,

À luz dos presentes esclarecimentos e dos elementos de facto demonstrados, essa conclusão torna-se inabalável, ficando plenamente infirmadas as conclusões constantes de fls. 13 e ss., quando se afirma " o *deficiente controlo de execução do contrato é revelador da negligência na gestão dos recursos públicos" e (...) não existência de contadores para contagem dos consumos (...)*", no que aos membros do CA respeita.[20]

[20] Vide relato da auditoria pág. 13 *In fine*

34

IV- ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS SOBRE A GESTÃO IMPLEMENTADA E A SITUAÇÃO ECONOMICA E FINANCEIRA DO HSJ:

O teor do Relato da Auditoria, no que ao respondente respeita, quer no que tange à indiciada infracção "de não arrecadação de receitas...", à qual subjaz a ideia de dano para o erário público, quer à apontada "... não realização de procedimentos legalmente exigíveis", que não garante a afectação eficiente dos recursos públicos, alvitra uma gestão dos membros dos **CA de 2006/2010**, não consentânea com os resultados que a Instituição tem vindo a demonstrar e consolidar e que, senão passível de afectar a honorabilidade do órgão de gestão, composto pelos ora signatários, no mínimo desmerecida e susceptível de gerar o desalento, no empenho desmesurado que os signatários têm dedicado ao HSJ, no fito de assim contribuir para a tão almejada sustentabilidade do SNS.

Conforme se pode aferir do seguinte quadro, o HSJ, desde a sua constituição como Entidade Pública Empresarial, tem vindo a atingir e consolidar o equilíbrio económico – financeiro, caracterizado pela obtenção de resultados positivos, tanto ao nível do Resultado líquido como dos Resultados Operacionais.

RESULTADOS	2007	2008	2009
R. Operacionais	-5.533.862,87	-3.974.209,68	837.956,02
RLE	719.600,87	272.914,68	356.534,71

35

V – CONCLUSÕES

Atenta a factualidade carreada na presente pronuncia e bem assim os argumentos aduzidos pelos ora signatários, estão os mesmos em condições de formular as seguintes conclusões:

A. Não se verifica a imputação indiciária de responsabilidades aos membros do **CA 2007/2009**, pela *"não realização de procedimento de contratação legalmente exigível Setembro de 2007, para a instalação de uma central de cogeração no Hospital de S. João, E.P.E."*, porquanto, o único contrato celebrado pelo HSJ relativamente à central de co-geração foi com o SUCH, sendo que à época e como o próprio Tribunal reconhece não era exigível a abertura de qualquer procedimento pré-contratual;

B. O HSJ nunca manteve qualquer relação contratual com o ACE SUCH-DALKIA.

C. Existe uma contradição insanável entre a fundamentação expendida no relatório e as normas supostamente infringidas.

D. Sendo o SUCH uma entidade adjudicante é apenas a esta que cabe determinar os procedimento pré-contratuais a que se encontra adstrito, não podendo uma entidade terceira impor a escolha por este ou aquele procedimento;

E. Não existe qualquer norma que imponha o dever de fiscalização que o TC refere se impor ao HSJ, pelo que nunca poderia a administração ser responsabilizada sob pena de violação do princípio da legalidade na vertente *nula pena sine lege*;

F. Mesmo que houvesse o referido dever de fiscalização, dado que o caso concreto se subsume à escolha de um sócio e não de um fornecedor, nunca o CA do HSJ poderia ter agido com culpa, dado que grande parte da doutrina considerava que tal escolha era livre.

G. Não pode o imperioso cumprimento do Principio da Legalidade, constituir um óbice à eficácia e eficiência da Administração Pública, atenta a crescente importância que reveste o Princípio da Boa Gestão, na conjuntura actual.

H. Por outro lado, também não se verifica a imputação indiciária de responsabilidades aos membros dos sucessivos **CA 2006/2010**, da alegada "*não arrecadação de receitas devidas pelos consumos de água, energia eléctrica e vapor na lavandaria, de Outubro de 2006 a Março de 2010*", porquanto os signatários, no estrito cumprimento do seu dever, agiram como gestores criteriosos e ordenados, tendo em vista, exclusivamente, os interesses da EPE;

I. Os valores alegadamente não arrecadados que aqui estão em causa, não revestem grande materialidade, atento o volume de negócios do respondente, já que a verificar-se a não arrecadação da receita atempada de não mais de 1.044.403,27 €, no universo do volume de proveitos do respondente, não é de molde a constituir qualquer infracção financeira susceptível de responsabilizar financeiramente os signatários, tendo de ser outra a conclusão final do relato da auditoria.

J. É de todo verosímil que, face à diminuta quantia alegadamente não arrecadada, é perfeitamente razoável que aos **CA de 2006/2010** a mesma fosse

37

Imperceptível, tanto que o foi a todos os órgãos de fiscalização internos e às entidades auditoras externas.

K. Por último, ainda que admitindo que possa ter sido preterida alguma formalidade, o que não se concede, todas as infracções apontadas nunca foram praticadas com dolo, nem tão pouco negligência dos membros do **CA 2006-2010**, pelo que não colhe a imputação indiciária de responsabilidades sancionatórias que, a este respeito, lhe são efectuadas.

Nestes termos,

Devem ser consideradas totalmente improcedentes as imputações indiciárias de responsabilidade assacadas aos Signatários, por "eventuais infracções financeiras" identificadas no Relato de Auditoria, rogando-se que as mesmas sejam integralmente eliminadas em sede de Relatório Final.

Junta: 9 Documentos.

38

22. Jun. 2010 16:24 Nº. 0479 P. 40

Os Signatários,

(António Luís Trindade Sousa e Lobo Ferreira - Presidente do Conselho de Administração)

(João Porfírio Carvalho de Oliveira – Vogal do Conselho de Administração)

(Ana Luísa Seabra Coutinho Cardoso – Vogal do Conselho de Administração)

(António Joaquim Freitas de Oliveira e Sousa – Director Clínico)

(Euridice Maria Corrêa Portela Rodrigues Silva – Enfermeiro – Director)

(José Eduardo Torres Eckenroth Guimarães – Presidente do CA Outubro 2006/Março 2007)

(Pedro Brito Esteves – Vogal do CA Outubro 2006/Março 2007)

(António Duarte Araújo – Vogal do CA Outubro 2006/Abril de 2009)

39

XV. Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE

- Contraditório institucional –

Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E.

Exmo. Senhor
Auditor - Coordenador da
Direcção-Geral do Tribunal de Contas
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 LISBOA

466

301-PCA **14/06/2010**

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

Em resposta ao Vosso Ofício, com a referência DAVI Proc. Nº 27/09 – Audit e após a análise da exposição que consta do Vosso Relato, Capítulo III- Desenvolvimento" no ponto 10. "Regime de quotização e benefícios dos associados" relativamente à "Quota Extraordinária", bem como das conclusões e recomendações referidas no capítulo "I – Sumário", cumpre informar o seguinte:

a) O actual Conselho de Administração do CHTS, EPE tomou posse no dia 20 de Abril de 2010;
b) Sendo a subscrição da quota suplementar do SUCH por entidades públicas um acto nulo passível de configurar infracção financeira, o Conselho de Administração do CHTS EPE, tomou a decisão de revogar a deliberação de autorização da sua subscrição, aprovada na reunião do Conselho de Administração nº 71 em 26.8.2009 e solicitar ao SUCH a devolução do montante de € 81.301,50, correspondente ao seu pagamento.
c) Junto anexamos os seguintes documentos:
   1) Deliberação de revogação tomada, na reunião do CA nº 10, em 07.06.2010;
   2) Nosso Ofício nº 294 PCA, de 08.06.2010, enviado ao SUCH.

Como os melhores cumprimentos,

O Conselho de Administração

DGTC 15 06'10 11134

Presidente do C.A.
José Luís Catarino

C.H.T.S. EPE - MOD. 17

PENAFIEL - Lugar do Tapadinho - 4564-007 GUILHUFE - PENAFIEL - Telef.: 255 714 000 - Fax: 255 714 004

Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E.

CENTRO HOSPITALAR DO TÂMEGA E SOUSA, EPE
Conselho de Administração

DELIBERAÇÃO

O Conselho de Administração, deliberou, que face às conclusões constantes no documento enviado pelo Tribunal de Contas ao CHTS, e relativo à auditoria realizada ao SUCH, solicitar de imediato a esta entidade a devolução da quantia suplementar paga, em 29 de Outubro de 2009, no valor de 81.301,50 euros.

Penafiel, 07 de Junho de 2010

O Conselho de Administração

Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E.

Exmo. Senhor
Presidente do Conselho de Administração do
SUCH-Serviço de utilização Comum dos Hospitais
Parque de Saúde de Lisboa,
Av. do Brasil, nº 53, Pavilhão 33-A
1749-003 Lisboa

294-PCA **08/06/2010**

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

Na sequência da análise do Relato do Proc. Nº 27/09 – Audit emitido pelo Tribunal de Contas, sendo a subscrição da quota suplementar do SUCH por entidades públicas um acto nulo, passível de configurar de configurar infracção financeira, o Conselho de Administração do CHTS, EPE tomou a decisão de revogar a deliberação de autorização da sua subscrição e pagamento.

Assim, e face ao exposto, vimos solicitar a devolução do montante de € 81.301,50, correspondente ao pagamento da referida quota.

Informamos que a decisão tomada foi comunicada ao Tribunal de Contas, acompanhada por cópia dos documentos comprovativos da mesma.

Com os melhores cumprimentos,

O Conselho de Administração

Presidente do C.A.
José Luís Catarino

CHTS.EPE - MOD.17

PENAFIEL - Lugar do Tapadinho - 4564-007 GUILHUFE - PENAFIEL - Telef.: 255 714 000 - Fax: 255 714 004

Alegações do Enfermeiro-director

- Contraditório pessoal –

Exmos. Senhores
Tribunal de Contas – Direcção Geral
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069 – 045 Lisboa

C/AR

Penafiel, 14 de Junho de 2010

V/ Ref.: DA VI - Proc. N.º 27/09 – Audit

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa

António Jorge Ribeiro de Carvalho, Enfermeiro-director do Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E., notificado nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 13.º e 87.º, n.º 3, da Lei 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela n. 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, vem apresentar as competentes alegações, no exercício do direito do contraditório que lhe assiste, conforme melhor se alcança da leitura do documento anexo, relativo ao ponto 10 do processo supra referido.

Com os melhores cumprimentos,

O Enfermeiro-director

(António Jorge Ribeiro de Carvalho)

DGTC 16 06'10 11176

Proc. N.º 27/09 - AUDIT

ALEGAÇÕES apresentadas pelo Enfermeiro-director, do CHTS, E.P.E. ao Ponto 10 do Relato

Nota Prévia

Sem prejuízo das considerações tecidas no processo em epígrafe, gostaríamos de lembrar que a SUCH é uma associação privada sem fins lucrativos e de âmbito nacional, exclusivamente dedicada ao sector da saúde há mais de 40 anos, com único e exclusivo objectivo de assegurar, de forma adequada, eficaz e eficiente os interesses dos seus associados.
Pelo menos, esta é a visão que o CHTS, E.P.E. tem e a razão pela qual se constituiu como associado.

I

Após a análise da exposição que consta do V/ Relato, Capítulo III- Desenvolvimento" no ponto 10 - "Regime de quotização e benefícios dos associados" relativamente à "Quota Extraordinária" - bem como das conclusões e recomendações referidas no capítulo "I – Sumário", cumpre informar o seguinte:
"…a iniciativa da criação de uma quota suplementar foi do CA do SUCH, o que revela que o negócio foi celebrado, essencialmente no interesse daquele…"
Salvo melhor opinião, não podemos concordar com esta afirmação, pois como já foi referido o SUCH é uma associação sem fins lucrativos, que visa a prossecução dos interesses dos seus associados.
A criação de uma quota suplementar foi proposta pelo CA do SUCH, sujeita a discussão na Assembleia-Geral Extraordinária, e votada pelos respectivos associados, com 53 votos a favor, 24 votos contra, 10 votos brancos e 1 voto nulo.

II

Considerando, ainda, o definido nos Estatutos do SUCH, nomeadamente no que concerne às relações entre o SUCH e os seus associados, regendo-se

pelos procedimentos internos que regulam as relações entre o SUCH e os seus associados, no contexto do modelo em que este se baseia, de auto-organizacao de entidades do sistema de saúde associadas para um funcionamento mais ágil e eficiente dos seus membros, com uma matriz materialmente cooperativa, desenvolvida no interior de uma colectividade e para os membros desta, socorrendo-se dos meios nela organizados, fruindo-os em comum e retirando as potencialidades que é possível extrair da optimização do uso dos recursos disponíveis e partilhados.

Atento o exposto, foi na sequência desta linha de orientação que o Conselho de Administração do C.H.T.S., E.P.E., entendeu subscrever a referida Quota Suplementar.

A deliberação de subscrição da quota suplementar do SUCH, foi aprovada na reunião do Conselho de Administração nº 71, realizada em 26.08.2009, sendo a mesma tomada de boa fé, no âmbito de uma decisão corrente e como um acto de boa gestão, atendendo aos montantes envolvidos e à bonificação a obter, nunca tendo sido equacionada a hipótese de tal quota se vir consubstanciar num empréstimo dos associados, já que como supra referimos, a mesma foi aprovada em Assembleia Geral do SUCH e incluída no seu Regime de Quotização em vigor.

Assim, tratando-se de relações entre uma associação sem fins lucrativos e os seus associados, não configurámos que tal acto possa ser classificado como um "empréstimo", e muito menos, que esteja em causa a violação dos artigos 2.º, 3.º e 7.º do Decreto-Lei 233/2005, de 29 Dezembro, bem como o artigo 6.º, da Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto.

Reiteramos, por isso, tudo quanto dissemos, ressalvando que o Conselho de Administração do CHTS, E.P.E., agiu sempre de boa-fé, com a convicção de estar a defender os legítimos interesses da instituição.

III

Pese embora o supra referido, face às conclusões apresentadas no âmbito deste processo de auditoria, o Conselho de Administração já requereu junto do SUCH a anulação da subscrição da referida quota suplementar, bem como a devolução da respectiva quantia.

Conclusões:

Considerando o supra exposto, apelamos a V. Exas. que aceitem como válidas as razões apontadas, e neste sentido que seja relevada a proposta de aplicação de multa.

O Enfermeiro-director

António Jorge Ribeiro de Carvalho

Junto: 1 documento.

DGTC 16 06'10 11176

Alegações do Vogal-Executivo

- Contraditório pessoal –

Exmos. Senhores
Tribunal de Contas – Direcção Geral
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069 – 045 Lisboa

C/AR

Penafiel, 15 de Junho de 2010

V/ Ref.: DA VI - Proc. N.º 27/09 – Audit

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

Vitor Manuel da Silva Macedo, Vogal do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E., notificado nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 13.º e 87.º, n.º 3, da Lei 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela n. 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, vem apresentar as competentes alegações, no exercício do direito do contraditório que lhe assiste, conforme melhor se alcança da leitura do documento anexo, relativo ao ponto 10 do processo supra referido.

Com os melhores cumprimentos,

O Vogal do C.A.

(Vitor Manuel da Silva Macedo)

Junto: 1 documento.

DGTC 16 06'10 11175

Proc. N.º 27/09 - AUDIT

ALEGAÇÕES apresentadas pelo Vogal do C.A. do CHTS, E.P.E. ao Ponto 10 do Relato

Nota Prévia

Sem prejuízo das considerações tecidas no processo em epígrafe, gostaríamos de lembrar que o SUCH é uma associação privada sem fins lucrativos e de âmbito nacional, exclusivamente dedicada ao sector da saúde há mais de 40 anos, com o único e exclusivo objectivo de assegurar, de forma adequada, eficaz e eficiente os interesses dos seus associados.
Pelo menos, esta é a visão que o CHTS, E.P.E. tem e a razão pela qual se constituiu como associado.

I

Após a análise da exposição que consta do V/ Relato, "Capítulo III – Desenvolvimento" no ponto "10 – Regime de quotização e benefícios dos associados", relativamente à "Quota Extraordinária" – bem como das conclusões e recomendações referidas no "Capítulo I – Sumário", cumpre informar o seguinte:
"...a iniciativa da criação de uma quota suplementar foi do C.A. do SUCH, o que revela que o negócio foi celebrado, essencialmente no interesse daquele..."
Salvo melhor opinião, não podemos concordar com esta afirmação. Como já foi referido, o SUCH é uma associação sem fins lucrativos, que visa a prossecução dos interesses dos seus associados.
A criação de uma quota suplementar foi proposta pelo C.A. do SUCH, sujeita a discussão na Assembleia-Geral Extraordinária, e votada pelos respectivos associados, com 53 votos a favor, 24 votos contra, 10 votos brancos e 1 voto nulo.

II

Considerando, ainda, o definido nos Estatutos do SUCH, nomeadamente no que concerne às relações entre o SUCH e os seus associados, regendo-se pelos procedimentos internos que regulam as relações entre o SUCH e os seus associados, no contexto do modelo em que este se baseia, de auto-organizacao de entidades do sistema de saúde associadas para um funcionamento mais ágil e eficiente dos seus membros, com uma matriz materialmente cooperativa, desenvolvida no interior de uma colectividade e para os membros desta, socorrendo-se dos meios nela organizados, fruindo-os em comum e retirando as potencialidades que é possível extrair da optimização do uso dos recursos disponíveis e partilhados.

Atento o exposto, foi na sequência desta linha de orientação que o Conselho de Administração do C.H.T.S., E.P.E., entendeu subscrever a referida Quota Suplementar.

A deliberação de subscrição da quota suplementar do SUCH, foi aprovada na reunião do Conselho de Administração nº 71, realizada em 26.08.2009, sendo a mesma tomada de boa fé, no âmbito de uma decisão corrente e como um acto de boa gestão, atendendo aos montantes envolvidos e à bonificação a obter, nunca tendo sido equacionada a hipótese de tal quota se vir consubstanciar num empréstimo dos associados, já que como supra referimos, a mesma foi aprovada em Assembleia-Geral do SUCH e incluída no seu Regime de Quotização em vigor.

Assim, tratando-se de relações entre uma associação sem fins lucrativos e os seus associados, não configuramos que tal acto possa ser classificado como um "empréstimo", e muito menos, que esteja em causa a violação dos artigos 2.º, 3.º e 7.º do Decreto-Lei 233/2005, de 29 Dezembro, bem como o artigo 6.º, da Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto.

Reiteramos, por isso, tudo quanto dissemos, ressalvando que o Conselho de Administração do CHTS, E.P.E., agiu sempre de boa-fé, com a convicção de estar a defender os legítimos interesses da instituição.

III

Pese embora o supra referido, face às conclusões apresentadas no âmbito deste processo de auditoria, o Conselho de Administração já requereu junto da SUCH a anulação da subscrição da referida quota suplementar, bem como a devolução da respectiva quantia.

Conclusões:

Considerando o supra exposto, apelamos a V. Exas. que aceitem como válidas as razões apontadas, e neste sentido que seja relevada a proposta de aplicação de multa.

O Vogal do C.A.

(Vitor Manuel da Silva Macedo)

DGTC 16 06'10 11175

Alegações do Director-Clínico

- Contraditório pessoal –

Exmos. Senhores
Tribunal de Contas – Direcção Geral
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069 – 045 Lisboa

C/AR

Penafiel, 15 de Junho de 2010

V/ Ref.: DA VI - Proc. N.º 27/09 – Audit

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

Vitor Manuel da Silva Macedo, Vogal do Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E., notificado nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 13.º e 87.º, n.º 3, da Lei 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela n. 48/2006, de 29 de Agosto, e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, vem apresentar as competentes alegações, no exercício do direito do contraditório que lhe assiste, conforme melhor se alcança da leitura do documento anexo, relativo ao ponto 10 do processo supra referido.

Com os melhores cumprimentos,

O Vogal do C.A.

(Vitor Manuel da Silva Macedo)

Junto: 1 documento.

DGTC 16 06'10 11175

Proc. N.º 27/09 - AUDIT

ALEGAÇÕES apresentadas pelo Director Clinico, do CHTS, E.P.E. ao Ponto 10 do Relato

Nota Prévia

Sem prejuízo das considerações tecidas no processo em epígrafe, gostaríamos de lembrar que a SUCH é uma associação privada sem fins lucrativos e de âmbito nacional, exclusivamente dedicada ao sector da saúde há mais de 40 anos, com único e exclusivo objectivo de assegurar, de forma adequada, eficaz e eficiente os interesses dos seus associados.
Pelo menos, esta é a visão que o CHTS, E.P.E. tem e a razão pela qual se constituiu como associado.

I

Após a análise da exposição que consta do V/ Relato, Capítulo III- Desenvolvimento" no ponto 10 - "Regime de quotização e benefícios dos associados" relativamente à "Quota Extraordinária" - bem como das conclusões e recomendações referidas no capítulo "I – Sumário", cumpre informar o seguinte:
"…a iniciativa da criação de uma quota suplementar foi do CA do SUCH, o que revela que o negócio foi celebrado, essencialmente no interesse daquele…"
Salvo melhor opinião, não podemos concordar com esta afirmação, pois como já foi referido o SUCH é uma associação sem fins lucrativos, que visa a prossecução dos interesses dos seus associados.
A criação de uma quota suplementar foi proposta pelo CA do SUCH, sujeita a discussão na Assembleia-Geral Extraordinária, e votada pelos respectivos associados, com 53 votos a favor, 24 votos contra, 10 votos brancos e 1 voto nulo.

II

Considerando, ainda, o definido nos Estatutos do SUCH, nomeadamente no que concerne às relações entre o SUCH e os seus associados, regendo-se pelos procedimentos internos que regulam as relações entre o SUCH e os seus associados, no contexto do modelo em que este se baseia, de auto-organizacao de entidades do sistema de saúde associadas para um funcionamento mais ágil e eficiente dos seus membros, com uma matriz materialmente cooperativa, desenvolvida no interior de uma colectividade e para os membros desta, socorrendo-se dos meios nela organizados, fruindo-os em comum e retirando as potencialidades que é possível extrair da optimização do uso dos recursos disponíveis e partilhados.

Atento o exposto, foi na sequência desta linha de orientação que o Conselho de Administração do C.H.T.S., E.P.E., entendeu subscrever a referida Quota Suplementar.

A deliberação de subscrição da quota suplementar do SUCH, foi aprovada na reunião do Conselho de Administração nº 71, realizada em 26.08.2009, sendo a mesma tomada de boa fé, no âmbito de uma decisão corrente e como um acto de boa gestão, atendendo aos montantes envolvidos e à bonificação a obter, nunca tendo sido equacionada a hipótese de tal quota vir a consubstanciar-se num empréstimo dos associados, já que como supra referimos, a mesma foi aprovada em Assembleia Geral do SUCH e incluída no seu Regime de Quotização em vigor.

Assim, tratando-se de relações entre uma associação sem fins lucrativos e os seus associados, não configurámos que tal acto possa ser classificado como um "empréstimo", e muito menos, que esteja em causa a violação dos artigos 2.º, 3.º e 7.º do Decreto-Lei 233/2005, de 29 Dezembro, bem como o artigo 6.º, da Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto.

Reiteramos, por isso, tudo quanto dissemos, ressalvando que o Conselho de Administração do CHTS, E.P.E., agiu sempre de boa-fé, com a convicção de estar a defender os legítimos interesses da instituição.

III

Pese embora o supra referido, face às conclusões apresentadas no âmbito deste processo de auditoria, o Conselho de Administração já requereu junto do

SUCH a anulação da subscrição da referida quota suplementar, bem como a devolução da respectiva quantia.

Conclusões:

Considerando o supra exposto, apelamos a V. Exas. que aceitem como válidas as razões apontadas, e neste sentido que seja relevada a proposta de aplicação de multa.

(João M.A. Azeredo Lobo)

Junto: 1 documento.

DGTC 16 06'10 11174

Alegações do Ex-Presidente do Conselho de Administração

- Contraditório pessoal –

Ex.mo Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
Auditor Coordenador
Direcção Geral do Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage , n.º 61
1069- 045 Lisboa

Vª Referencia
DA Vª
Proc..n.º 27/09- Audit

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

Exmos Srs

Em resposta ao Vosso Ofício com a referência 8780, de 25.de Maio de 2010, e após a análise da exposição que consta do Vosso Relato, Capítulo III- Desenvolvimento" no ponto 10. "Regime de quotização e benefícios dos associados" relativamente à "Quota Extraordinária", bem como das conclusões e recomendações referidas no capítulo "I – Sumário", cumpre informar desde já e para os devidos efeitos:

I

1.º - Por despacho de Sua Excelência a Senhora Ministra da Saúde assinado em 16 de Abril de 2010 e comunicado em 19 de Abril, deste mesmo ano foram cessadas as funções da minha pessoa como Presidente do Conselho de

Administração do Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, pelo que se apresentam autonomamente as devidas alegações, nos termos e para os efeitos do disposto nos art. 13.º e 97.º n.º 3 da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 35/2007,

2.º - A deliberação de subscrição da quota suplementar do SUCH, aprovada na reunião do Conselho de Administração nº 71 em 26.8.2009, foi tomada de boa fé, no âmbito de uma decisão corrente e como um acto de boa gestão, atendendo aos montantes envolvidos e à bonificação a obter, no volume de facturação dos serviços adquiridos pelo CHTS, EPE, nunca tendo sido equacionada a hipótese de tal quota se vir consubstanciar num empréstimo dos associados, já que a mesma foi aprovada em Assembleia Geral do SUCH e incluída no seu Regime de Quotização em vigor.

3.º - Sendo a subscrição da quota suplementar do SUCH por entidades públicas um acto nulo passível de configurar infracção financeira (pág. 26 do referido Relato), o actual Conselho de Administração do CHTS, EPE , nomeado em 16 de Abril de 2010, tanto quanto podemos apurar, tomou a decisão de revogar a deliberação de autorização da sua subscrição e solicitar ao SUCH a devolução do montante de € 81.301,50, correspondente ao seu pagamento.

4.º - A decisão tomada, e referida no ponto anterior, terá sido comunicada pelo CHTS, EPE ao Tribunal de Contas, acompanhada por cópia dos documentos comprovativos da mesma, ao que nos foi dado saber informalmente.

5.º - Assim, a situação passível de configurar eventual infracção financeira, fica devidamente regularizada, não se consolidando o acto, fundamento de facto que sustenta a suposta infracção, atenta a reposição das prestações das partes que naturalmente emergirá do pedido, atenta a nulidade do acto.

6.º - Acresce ainda que o Conselho de Administração ao tomar a deliberação de subscrição da quota suplementar do SUCH, o fez de total boa fé quanto à legalidade da mesma, atendendo à idoneidade/ legitimidade do órgão do SUCH que a propôs, na total convicção de que estava a proceder a coberto de toda a

legalidade, num contexto de necessidade de se garantir a regularidade dos fornecimentos dos serviços hospitalares essenciais, prestados por este Organismo, e a evitar o suposto risco de eminente ruptura de funcionamento da actividade deste com o consequente prejuízo na actividade assistencial dos Hospitais do CHTS,EPE.

O CHTS, EPE adquiria em 2009 ao SUCH os serviços de limpeza, fornecimento e tratamento de roupa hospitalar, bem como de tratamento de resíduos.

7.º - O Conselho de Administração em Julho de 2009, desconhecia em concreto a situação económico financeira do SUCH/ SOMOS, pelo que de total boa fé, tomou a decisão em causa na suporta legalidade da mesma, tanto assim que face à diligência e cuidado subjacentes a todos os seus actos de gestão, é a primeira vez que ocorre uma situação passível de configurar infracção financeira, decorrente de um acto de gestão.

II

Sem prescindir, e subsidiariamente,

8º - Entende-se, respeitosamente, não poder ser juridicamente qualificada como empréstimo a quota extraordinária a que se referem os nºs 10 do Relato do Processo nº 27/09 – Auditoria, como se alcança a fls 86 e 87 do mesmo;

9º - Com efeito, o contrato de empréstimo ou de mútuo está legalmente definido como aquele pelo qual «uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segundo obrigada a restituir outro tanto de mesmo género e quantidade» (do art 1142º do Código Civil);

10º - Ora, as quotizações do Hospitais associados do SUCH e a estes entregues não possuem tal natureza; e existindo há várias décadas, nunca foram questionadas, nem nos períodos de tempo em que os Hospitais intervinham no contexto do Serviço Nacional de Saúde enquanto institutos públicos;

11º - Nem as quotizações regulares, nem as extraordinárias.

12º - Que têm uma natureza própria (como resulta, actualmente, da norma social consagrada no artigo 8º dos Estatutos do SUCH (in DR 2ª Série nº 249, de 29-12-2006)

13º - Por outro lado, sendo certo que a capacidade das pessoas colectivas públicas, designadamente das entidades EPE's está constrangida, ou limitada, ao seu objecto próprio, definido pelas suas atribuições, ou seja, é uma capacidade especial (tal como, aliás, para a generalidade das pessoas colectivas)

14º - Importa averiguar se o exercício e adopção de tais compromissos está fora, numa interpretação extensiva daquela norma do art 7º do DL 23/2005, de 29-12.

15º - Tal averiguação remete-nos para a ponderação da própria natureza jurídica do SUCH, da sua função, da sua ligação e articulação com o próprio Serviço Nacional de saúde;

16º - Nesse contexto, entende-se, respeitosamente, que subsistem aplicáveis, mesmo à luz do actual Código dos Contratos Públicos, a doutrina consagrada nos Pareceres da Procuradoria Geral da República nº1/95, de 9 de Março de 1995 e 145/2001, de de 7 de Novembro de 2002.

17º - De onde resulta, como têm defendido Ilustres juristas, dever a intervenção do SUCH ser considerada como contratação «in house» para efeitos de contratação pública, ao abrigo do novo Código dos Contratos Públicos. (entre tais juristas contam-se o Prof Sérvulo Correia, o Prof Rui Medeiros).

18º - Ora, toda esta sustentação jurídica, pela sua densidade e merecimento, associadas à aceitação do SUCH como uma emanação da Administração Pública,

19º - Teve o efeito de consagrar como inteiramente legal e «interna» qualquer transferência de quotização que será absorvida pela contratação pública privilegiada e «in house» que os hospitais desenvolvem;

20º - Com efeitos sobre a verdadeira consubstanciação de uma causa de justificação a que se refere a norma do art 16º do Código Penal, aplicável ex vi da norma do art 32º do 'Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social' (DL 356/99, de 17-10 na redacção em vigor)

Nos melhores termos de direito e face à fundamentação de facto apresentada vem requerer junto de V.a Ex.a que seja acolhida a fundamentação de facto apresentada, dando sem efeito a proposta de eventual cometimento de infracção por violação dos art. 2.º, 3.º e 7.º do Decreto Lei n.º 233/05 de 29 de Dezembro, afastando assim a aplicação da norma sancionatória constante do art. 65.º, n.º 1, al.i), e n.ºs 2 a 5, da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006 de 29 de Agosto e pela lei n.º 35/2007.

Requer igualmente que lhe seja extensiva a defesa/ fundamentação apresentada pelo órgão de gestão/ Conselho de Administração em exercício de funções no Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE igualmente notificado para o efeito, beneficiando assim do despacho de arquivamento que sobre esta matéria venha a recair.

Com os respeitosos cumprimentos,

Espera Deferimento

Guimarães, 8 de Junho de 2010

José Alberto Cardoso Marques

Alegações da Ex-Vogal Executiva

- Contraditório pessoal –

Ex.mo Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
Auditor Coordenador
Direcção Geral do Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage , n.º 61
1069- 045 Lisboa

V| Referencia
DA VI
Proc..n.º 27/09- Audit

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

Exmos Srs

Em resposta ao Vosso Ofício com a referência 8776 de 25.de Maio de 2010, e após a análise da exposição que consta do Vosso Relato, Capítulo III- Desenvolvimento" no ponto 10. "Regime de quotização e benefícios dos associados" relativamente à "Quota Extraordinária", bem como das conclusões e recomendações referidas no capítulo "I – Sumário", cumpre informar desde já e para os devidos efeitos:

I

1.º - Por despacho de Sua Excelência a Senhora Ministra da Saúde assinado em 16 de Abril de 2010 e comunicado em 19 de Abril, deste mesmo ano foram cessadas as funções da minha pessoa como vogal executiva do

Conselho de Administração do Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, pelo que se apresentam autonomamente as devidas alegações, nos termos e para os efeitos do disposto nos art. 13.º e 97.º n.º 3 da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei 48/2005 de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, (Doc . 1 anexo).

2.º - A deliberação de subscrição da quota suplementar do SUCH, aprovada na reunião do Conselho de Administração nº 71 em 26.8.2009, foi tomada de boa fé, no âmbito de uma decisão corrente e como um acto de boa gestão, atendendo aos montantes envolvidos e à bonificação a obter, no volume de facturação dos serviços adquiridos pelo CHTS, EPE, nunca tendo sido equacionada a hipótese de tal quota se vir consubstanciar num empréstimo dos associados, já que a mesma foi aprovada em Assembleia Geral do SUCH e incluída no seu Regime de Quotização em vigor.

3.º - Sendo a subscrição da quota suplementar do SUCH por entidades públicas um acto nulo passível de configurar infracção financeira (pág. 26 do referido Relato), o actual Conselho de Administração do CHTS, EPE , tanto quanto podemos apurar, tomou a decisão de revogar a deliberação de autorização da sua subscrição e solicitar ao SUCH a devolução do montante de € 81.301,50, correspondente ao seu pagamento, facto que se subscreve e que seria proposto caso ainda estivesse a minha pessoa em exercício do cargo, tanto mais que decorre dos necessários efeitos legais de um acto considerando nulo.

4.º - A decisão tomada, e referida no ponto anterior, foi comunicada pelo CHTS, EPE ao Tribunal de Contas, acompanhada por cópia dos documentos comprovativos da mesma, ao que nos foi dado saber informalmente, actuação que se subscreve em toda a sua extensão.

5.º - Assim, a situação passível de configurar eventual infracção financeira, fica devidamente regularizada, não se consolidando o acto, fundamento de facto

que sustenta a suposta infracção, atenta a reposição das prestações das partes que naturalmente emergirá do pedido, atenta a nulidade do acto.

6.º - Acresce ainda que o Conselho de Administração ao tomar a deliberação de subscrição da quota suplementar do SUCH, o fez de total boa fé quanto à legalidade da mesma, atendendo à idoneidade/ legitimidade do órgão do SUCH que a propôs, na total convicção de que estava a proceder a coberto de toda a legalidade, num contexto de necessidade de garantir a regularidade dos fornecimentos dos serviços hospitalares essenciais, prestados por este Organismo e a evitar a ruptura de funcionamento da actividade assistencial hospitalar.
O CHTS, EPE adquiria em 2009 ao SUCH os serviço de limpeza, fornecimento e tratamento de roupa, bem como de tratamento de resíduos.

7.º - O Conselho de Administração em Julho de 2009, (e como elemento integrante deste órgão), desconhecia em concreto a situação económico financeira do SUCH/ SOMOS, pelo que de total boa fé, tomou a decisão em causa na suporta legalidade da mesma, tanto assim que face à diligência e cuidado subjacentes a todos os seus actos de gestão, é a primeira vez que ocorre uma situação passível de configurar infracção financeira, decorrente de um acto de gestão.

II

Sem prescindir, e subsidiariamente,

8º Entende-se, respeitosamente, não poder ser juridicamente qualificada como empréstimo a quota extraordinária a que se referem os nºs 10 do Relato do Processo nº 27/09 – Auditoria, como se alcança a fls 86 e 87 do mesmo;

9º Com efeito, o contrato de empréstimo ou de mútuo está legalmente definido como aquele pelo qual «uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segundo obrigada a restituir

outro tanto de mesmo género e quantidade» (do art 1142º do Código Civil);

10º Ora, as quotizações do Hospitais associados do SUCH e a estes entregues não possuem tal natureza; e existindo há várias décadas, nunca foram questionadas, nem nos períodos de tempo em que os Hospitais intervinham no contexto do Serviço Nacional de Saúde enquanto institutos públicos;

11º Nem as quotizações regulares, nem as extraordinárias.

12º Que têm uma natureza própria (como resulta, actualmente, da norma social consagrada no artigo 8º dos Estatutos do SUCH (in DR 2ª Série nº 249, de 29-12-2006)

13º Por outro lado, sendo certo que a capacidade das pessoas colectivas públicas, designadamente das entidades EPE's está constrangida, ou limitada, ao seu objecto próprio, definido pelas suas atribuições, ou seja, é uma capacidade especial (tal como, aliás, para a generalidade das pessoas colectivas)

14º Importa averiguar se o exercício e adopção de tais compromissos está fora, numa interpretação extensiva daquela norma do art 7º do DL 23/2005, de 29-12.

15º Tal averiguação remete-nos para a ponderação da própria natureza jurídica do SUCH, da sua função, da sua ligação e articulação com o próprio Serviço Nacional de saúde;

16º Nesse contexto, entende-se, respeitosamente, que subsistem aplicáveis, mesmo à luz do actual Código dos Contratos Públicos, a doutrina consagrada nos Pareceres da Procuradoria Geral da República nº1/95, de 9 de Março de 1995 e 145/2001, de de 7 de Novembro de 2002.

17º De onde resulta, como têm defendido Ilustres juristas, dever a intervenção do SUCH ser considerada como contratação «in house» para efeitos de contratação pública, ao abrigo do novo Código dos Contratos Públicos. (entre tais juristas contam-se o Prof Sérvulo Correia, o Prof Rui Medeiros).

18º Ora, toda esta sustentação jurídica, pela sua densidade e merecimento, associadas à aceitação do SUCH como uma emanação da Administração Pública,

19º Teve o efeito de consagrar como inteiramente legal e «interna» qualquer transferência de quotização que será absorvida pela contratação pública privilegiada e «in house» que os hospitais desenvolvem;

20º Com efeitos sobre a verdadeira consubstanciação de uma causa de justificação a que se refere a norma do art 16º do Código Penal, aplicável ex vi da norma do art 32º do 'Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social' (DL 356/99, de 17-10 na redacção em vigor)

Nos melhores termos de direito e face à fundamentação de facto apresentada vem requerer junto de V.a Ex.a que seja acolhida a fundamentação de facto apresentada, dando sem efeito a proposta de eventual cometimento de infracção por violação dos art. 2.º, 3.º e 7.º do Decreto Lei n.º 233/05 de 29 de Dezembro, afastando assim a aplicação da norma sancionatória constante do art. 65.º, n.º 1, al.i), e n.ºs 2 a 5, da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 48/2006 de 29 de Agosto e pela lei n.º 35/2007.

Requer igualmente que lhe seja extensiva a defesa/ fundamentação apresentada pelo órgão de gestão/ Conselho de Administração em exercício de funções no Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE igualmente notificado para o efeito, beneficiando assim do despacho de arquivamento que sobre esta matéria venha a recair.

Com os respeitosos cumprimentos,

Espera Deferimento

Anabela da Conceição Pinelo do Rêgo

Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE, 04 de Junho de 2010

DGTC 07 06'10 10685

XVI. Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra

- Contraditório institucional e pessoal –

(As alegações dos responsáveis, apresentadas individualmente, são de teor coincidente)

Alegações do Presidente do Conselho de Administração

Centro Hospitalar Psiquiátrico
C H P
COIMBRA

REGISTADO C/A.R.

Exm.º Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
M.D. Auditor - Coordenador da
Direcção-Geral do Tribunal de Contas

Av. Barbosa do Bocage, 61

1069 – 045 Lisboa

Sua referência	Data	Nossa referência	Data
DA VI Proc. N.º 27/09 – Audit.	Ofício n.º 08810 de 25-05-10	CACHPC/96	22-06-2010

ASSUNTO: **ALEGAÇÕES PRODUZIDAS NO ÂMBITO DA AUDITORIA ORIENTADA ÀS AQUISIÇÕES DE BENS E SERVIÇOS DAS INSTITUIÇÕES DO SNS ATRAVÉS DO SUCH E DE AGRUPAMENTOS COMPLEMENTARES DE EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDOS.**

Na resposta indicar a "nossa referência". Em cada ofício tratar só de um assunto.

Na sequência da notificação que me foi dirigida no âmbito da Auditoria referenciada em epígrafe, remeto, em anexo, as alegações que entendi produzir em relação ao salientado no respectivo relato, no que concerne à minha pessoa e à Instituição em que me integro.

Com os melhores cumprimentos

O Presidente do Conselho de Administração

(Fernando José Lopes de Almeida, Dr.)

Anexo: Doc. citado no texto.

APARTADO 1, 3031-801 CEIRA | Telefone: 239 796 400 | Fax: 239 796 499
geral@chpc.min-saude.pt

DA VI
Proc. N.º 27/09 – Audit

Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídas.

FERNANDO JOSÉ RAMOS LOPES DE ALMEIDA, presidente do Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, notificado do relato da auditoria supra identificada, vem, nesse âmbito, contribuindo para a análise e esclarecimento das questões suscitadas, promover as suas **alegações** nos termos e com os fundamentos seguintes:

1 – O ora alegante integra o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra desde 1 de Abril de 2008, na qualidade de presidente, cargo para que foi nomeado, em comissão de serviço, por despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde de 26 de Março de 2008, publicado no Diário da República 2.ª Série, n.º 68, de 7 de Abril ***(Doc. n.º1)***.

2 – Encontra-se o alegante indiciado, enquanto membro do citado Conselho de Administração, da prática de acto violador do disposto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, decorrente da deliberação de subscrição e realização, em 2009, de uma Quota Suplementar prevista no regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, consubstanciando tal facto, de acordo com o relatado, um empréstimo sem suporte legal e, como, tal susceptível de integrar infracção financeira sancionada com multa.

O que contesta, por inteiro, fundado no que segue, a saber:

3 – Importa precisar, antes do mais, que a proposta de alteração dos estatutos do SUCH, com a introdução de um Aditamento ao Regime de Quotização definido no seu artigo 9.º, implicando a subscrição de uma Quota Extraordinária e uma alteração dos benefícios dos Associados, foi antecedida de uma apresentação prévia, em tempo oportuno, por parte do Conselho de Administração do SUCH, de um designado Documento Enquadrador da Proposta ***(Doc. n.º2)***.

4 – Ora, em Assembleia Geral realizada em 3 de Julho de 2009, foi a referida proposta do Conselho de Administração do SUCH aprovada, através de votação secreta, com cinquenta e três votos a favor, vinte e quatro votos contra, dez votos em branco e um voto nulo ***(cfr. fls. 87 do relato da auditoria)***.

5 – Nessa mesma Assembleia Geral, em momento algum foi manifestada, pelos Associados presentes, em relação à proposta de Aditamento em apreço, qualquer questão a respeito da sua regularidade processual ou suscitada qualquer dúvida quanto à respectiva legalidade ou sequer dos actos deliberatórios subjacentes à subscrição da Quota Suplementar.

6 - Assim, na aprovação do referido Aditamento aos estatutos, prevaleceu, em geral, o ***princípio da boa fé,*** num contexto em que ficou expresso um forte sentido de solidariedade institucional por parte dos associados presentes, fossem Hospitais EPE e SPA, fossem ARS´s, IPSS (Misericórdias) ou Institutos Públicos (ACSS), para com a sua Associação, num momento de particular dificuldade da vida desta.

7 – Por outro lado, foi igualmente na convicção do rigoroso cumprimento e respeito pelo ***princípio da legalidade*** (que o mesmo é dizer, em observância escrupulosa das competências que lhe estão cometidas no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º188/2003, de 20 de Agosto, delas não extravasando), como adiante se procurará demonstrar, actuando **sem culpa** e com a diligência que lhe era exigida, que o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, em reunião realizada em 28 de Julho de 2009, considerando as disponibilidades orçamentais da Instituição e a garantia da dedução, nas facturas a emitir posteriormente pelo SUCH, do valor em causa, tal qual, aliás, sucede, há anos, em relação ao montante das ditas quotas ordinárias, deliberou autorizar a subscrição e realização da Quota Extraordinária em apreço.

8 – Assim, a presumível infracção financeira de que estou indiciado, na interpretação dos factos expressa no relato da auditoria, a qual, todavia, e sem prejuízo do respeito devido, merece toda a minha contestação, resultaria não da aprovação da alteração dos estatutos numa Assembleia Geral em que tomou parte um conjunto significativo de associados, com dimensão e natureza jurídica bem diferenciados, mas tão só da circunstância de o Conselho de Administração que integro ter assumido, em termos efectivos e, reafirma-se, na total convicção da legalidade do acto praticado, a alteração em causa, subscrevendo a referida Quota Extraordinária.

9 – Ora, em apoio do entendimento perfilhado de que o acto de subscrição e realização, em 2009, da Quota Suplementar em causa, não constitui facto susceptível de integrar infracção financeira sancionada com multa, permito-me invocar o Parecer Jurídico que constitui o ***Doc. n.º 3***, que aqui dou por integralmente reproduzido para os devidos e legais efeitos.

Termos em que deve o entendimento proferido no relato da auditoria ser reformado no sentido da consideração, como perfeitamente legal e cumpridor do preceituado no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º188/2003, o acto de subscrição e realização da Quota Suplementar prevista no regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, por o mesmo não configurar a figura de empréstimo.

Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, 21 de Junho de 2010

O Alegante

(Fernando José Ramos Lopes de Almeida, Dr.)
Presidente do Conselho de Administração

Alegações do Vogal Executivo

Centro Hospitalar Psiquiátrico
CHP
COIMBRA

REGISTADO C/A.R.

Exm.º Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
M.D. Auditor - Coordenador da
Direcção-Geral do Tribunal de Contas

Av. Barbosa do Bocage, 61

1069 – 045 Lisboa

Sua referência	Data	Nossa referência	Data
DA VI Proc. N.º 27/09 – Audit.	Ofício n.º 08809 de 25-05-10	CACHPC/97	22-06-2010

ASSUNTO: **ALEGAÇÕES PRODUZIDAS NO ÂMBITO DA AUDITORIA ORIENTADA ÀS AQUISIÇÕES DE BENS E SERVIÇOS DAS INSTITUIÇÕES DO SNS ATRAVÉS DO SUCH E DE AGRUPAMENTOS COMPLEMENTARES DE EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDOS.**

Na resposta indicar a "nossa referência". Em cada ofício tratar só de um assunto.

Na sequência da notificação que me foi dirigida no âmbito da Auditoria referenciada em epígrafe, remeto, em anexo, as alegações que entendi produzir em relação ao salientado no respectivo relato, no que concerne à minha pessoa e à Instituição em que me integro.

Com os melhores cumprimentos

O Vogal Executivo do Conselho de Administração

(Luís Militão Cabral, Dr.)

Anexo: Doc. citado no texto.

APARTADO 1, 3031-801 CEIRA | Telefone: 239 796 400 | Fax: 239 796 499
geral@chpc.min-saude.pt

DA VI
Proc. N.º 27/09 – Audit

Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídas.

LUIS MANUEL MILITÃO MENDES CABRAL, vogal executivo do Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, notificado do relato da auditoria supra identificada, vem, nesse âmbito, contribuindo para a análise e esclarecimento das questões suscitadas, promover as suas **alegações** nos termos e com os fundamentos seguintes:

1 – O ora alegante integra o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra desde 1 de Abril de 2008, na qualidade de vogal executivo, cargo para que foi nomeado, em comissão de serviço, por despacho do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde de 26 de Março de 2008, publicado no Diário da República 2.ª Série, n.º 68, de 7 de Abril ***(Doc. n.º1)***.

2 – Encontra-se o alegante indiciado, enquanto membro do citado Conselho de Administração, da prática de acto violador do disposto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, decorrente da deliberação de subscrição e realização, em 2009, de uma Quota Suplementar prevista no regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, consubstanciando tal facto, de acordo com o relatado, um empréstimo sem suporte legal e, como, tal susceptível de integrar infracção financeira sancionada com multa.

O que contesta, por inteiro, fundado no que segue, a saber:

3 – Importa precisar, antes do mais, que a proposta de alteração dos estatutos do SUCH, com a introdução de um Aditamento ao Regime de Quotização definido no seu artigo 9.º, implicando a subscrição de uma Quota Extraordinária e uma alteração dos benefícios dos Associados, foi antecedida de uma apresentação prévia, em tempo oportuno, por parte do Conselho de Administração do SUCH, de um designado Documento Enquadrador da Proposta ***(Doc. n.º2)***.

4 – Ora, em Assembleia Geral realizada em 3 de Julho de 2009, foi a referida proposta do Conselho de Administração do SUCH aprovada, através de votação secreta, com cinquenta e três votos a favor, vinte e quatro votos contra, dez votos em branco e um voto nulo ***(cfr. fls. 87 do relato da auditoria)***.

5 – Nessa mesma Assembleia Geral, em momento algum foi manifestada, pelos Associados presentes, em relação à proposta de Aditamento em apreço, qualquer questão a respeito da sua regularidade processual ou suscitada qualquer dúvida quanto à respectiva legalidade ou sequer dos actos deliberatórios subjacentes à subscrição da Quota Suplementar.

6 - Assim, na aprovação do referido Aditamento aos estatutos, prevaleceu, em geral, o ***princípio da boa fé,*** num contexto em que ficou expresso um forte sentido de solidariedade institucional por parte dos associados presentes, fossem Hospitais EPE e SPA, fossem ARS´s, IPSS (Misericórdias) ou Institutos Públicos (ACSS), para com a sua Associação, num momento de particular dificuldade da vida desta.

7 – Por outro lado, foi igualmente na convicção do rigoroso cumprimento e respeito pelo ***princípio da legalidade*** (que o mesmo é dizer, em observância escrupulosa das competências que lhe estão cometidas no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º188/2003, de 20 de Agosto, delas não extravasando), como adiante se procurará demonstrar, actuando **sem culpa** e com a diligência que lhe era exigida, que o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, em reunião realizada em 28 de Julho de 2009, considerando as disponibilidades orçamentais da Instituição e a garantia da dedução, nas facturas a emitir posteriormente pelo SUCH, do valor em causa, tal qual, aliás, sucede, há anos, em relação ao montante das ditas quotas ordinárias, deliberou autorizar a subscrição e realização da Quota Extraordinária em apreço.

8 – Assim, a presumível infracção financeira de que estou indiciado, na interpretação dos factos expressa no relato da auditoria, a qual, todavia, e sem prejuízo do respeito devido, merece toda a minha contestação, resultaria não da aprovação da alteração dos estatutos numa Assembleia Geral em que tomou parte um conjunto significativo de associados, com dimensão e natureza jurídica bem diferenciados, mas tão só da circunstância de o Conselho de Administração que integro ter assumido, em termos efectivos e, reafirma-se, na total convicção da legalidade do acto praticado, a alteração em causa, subscrevendo a referida Quota Extraordinária.

9 – Ora, em apoio do entendimento perfilhado de que o acto de subscrição e realização, em 2009, da Quota Suplementar em causa, não constitui facto susceptível de integrar infracção financeira sancionada com multa, permito-me invocar o Parecer Jurídico que constitui o ***Doc. n.º 3***, que aqui dou por integralmente reproduzido para os devidos e legais efeitos.

Termos em que deve o entendimento proferido no relato da auditoria ser reformado no sentido da consideração, como perfeitamente legal e cumpridor do preceituado no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º188/2003, o acto de subscrição e realização da Quota Suplementar prevista no regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, por o mesmo não configurar a figura de empréstimo.

Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, 21 de Junho de 2010

O Alegante

(Luís Manuel Militão Mendes Cabral, Dr.)
Vogal Executivo do Conselho de Administração

Alegações do Director Clínico

Centro Hospitalar Psiquiátrico
C H P
COIMBRA

REGISTADO C/A.R.

Exm.º Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
M.D. Auditor - Coordenador da
Direcção-Geral do Tribunal de Contas

Av. Barbosa do Bocage, 61

1069 – 045 Lisboa

Sua referência	Data	Nossa referência	Data
DA VI Proc. N.º 27/09 – Audit.	Ofício n.º 08808 de 25-05-10	CACHPC/98	22-06-2010

ASSUNTO: ALEGAÇÕES PRODUZIDAS NO ÂMBITO DA AUDITORIA ORIENTADA ÀS AQUISIÇÕES DE BENS E SERVIÇOS DAS INSTITUIÇÕES DO SNS ATRAVÉS DO SUCH E DE AGRUPAMENTOS COMPLEMENTARES DE EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDOS.

Na resposta indicar a "nossa referência". Em cada ofício tratar só de um assunto.

Na sequência da notificação que me foi dirigida no âmbito da Auditoria referenciada em epígrafe, remeto, em anexo, as alegações que entendi produzir em relação ao salientado no respectivo relato no que concerne à minha pessoa e à Instituição em que me integro.

Com os melhores cumprimentos

O Director Clínico

(António José Pires Preto, Dr.)

Anexo: Doc. citado no texto

APARTADO 1, 3031-801 CEIRA | Telefone: 239 796 400 | Fax: 239 796 499
geral@chpc.min-saude.pt

DA VI
Proc. N.º 27/09 – Audit

Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídas.

ANTÓNIO JOSÉ PIRES PRETO, director clínico do Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, notificado do relato da auditoria supra identificada, vem, nesse âmbito, contribuindo para a análise e esclarecimento das questões suscitadas, promover as suas **alegações** nos termos e com os fundamentos seguintes:

1 – O ora alegante integra o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra desde 2 de Maio de 2008, na qualidade de director clínico, cargo para que foi nomeado, em comissão de serviço, por despacho da Ministra da Saúde de 1 de Abril de 2008, publicado no Diário da República 2.ª Série, n.º 82, de 28 de Abril ***(Doc. n.º1)***.

2 – Encontra-se o alegante indiciado, enquanto membro do citado Conselho de Administração, da prática de acto violador do disposto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, decorrente da deliberação de subscrição e realização, em 2009, de uma Quota Suplementar prevista no regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, consubstanciando tal facto, de acordo com o relatado, um empréstimo sem suporte legal e, como, tal susceptível de integrar infracção financeira sancionada com multa.

O que contesta, por inteiro, fundado no que segue, a saber:

3 – Importa precisar, antes do mais, que a proposta de alteração dos estatutos do SUCH, com a introdução de um Aditamento ao Regime de Quotização definido no seu artigo 9.º, implicando a subscrição de uma Quota Extraordinária e uma alteração dos benefícios dos Associados, foi antecedida de uma apresentação prévia, em tempo oportuno, por parte do Conselho de Administração do SUCH, de um designado Documento Enquadrador da Proposta ***(Doc. n.º2)***.

4 – Ora, em Assembleia Geral realizada em 3 de Julho de 2009, foi a referida proposta do Conselho de Administração do SUCH aprovada, através de votação secreta, com cinquenta e três votos a favor, vinte e quatro votos contra, dez votos em branco e um voto nulo ***(cfr. fls. 87 do relato da auditoria)***.

5 – Nessa mesma Assembleia Geral, em momento algum foi manifestada, pelos Associados presentes, em relação à proposta de Aditamento em apreço, qualquer questão a respeito da sua regularidade processual ou suscitada qualquer dúvida quanto à respectiva legalidade ou sequer dos actos deliberatórios subjacentes à subscrição da Quota Suplementar.

6 - Assim, na aprovação do referido Aditamento aos estatutos, prevaleceu, em geral, o ***princípio da boa fé,*** num contexto em que ficou expresso um forte sentido de solidariedade institucional por parte dos associados presentes, fossem Hospitais EPE e SPA, fossem ARS´s, IPSS (Misericórdias) ou Institutos Públicos (ACSS), para com a sua Associação, num momento de particular dificuldade da vida desta.

7 – Por outro lado, foi igualmente na convicção do rigoroso cumprimento e respeito pelo ***princípio da legalidade*** (que o mesmo é dizer, em observância escrupulosa das competências que lhe estão cometidas no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º188/2003, de 20 de Agosto, delas não extravasando), como adiante se procurará demonstrar, actuando **sem culpa** e com a diligência que lhe era exigida, que o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, em reunião realizada em 28 de Julho de 2009, considerando as disponibilidades orçamentais da Instituição e a garantia da dedução, nas facturas a emitir posteriormente pelo SUCH, do valor em causa, tal qual, aliás, sucede, há anos, em relação ao montante das ditas quotas ordinárias, deliberou autorizar a subscrição e realização da Quota Extraordinária em apreço.

8 – Assim, a presumível infracção financeira de que estou indiciado, na interpretação dos factos expressa no relato da auditoria, a qual, todavia, e sem prejuízo do respeito devido, merece toda a minha contestação, resultaria não da aprovação da alteração dos estatutos numa Assembleia Geral em que tomou parte um conjunto significativo de associados, com dimensão e natureza jurídica bem diferenciados, mas tão só da circunstância de o Conselho de Administração que integro ter assumido, em termos efectivos e, reafirma-se, na total convicção da legalidade do acto praticado, a alteração em causa, subscrevendo a referida Quota Extraordinária.

9 – Ora, em apoio do entendimento perfilhado de que o acto de subscrição e realização, em 2009, da Quota Suplementar em causa, não constitui facto susceptível de integrar infracção financeira sancionada com multa, permito-me invocar o Parecer Jurídico que constitui o ***Doc. n.º 3***, que aqui dou por integralmente reproduzido para os devidos e legais efeitos.

Termos em que deve o entendimento proferido no relato da auditoria ser reformado no sentido da consideração, como perfeitamente legal e cumpridor do preceituado no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º188/2003, o acto de subscrição e realização da Quota Suplementar prevista no regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, por o mesmo não configurar a figura de empréstimo.

Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, 21 de Junho de 2010

O Alegante

(António José Pires Preto, Dr.)
Director Clínico do Conselho de Administração

Alegações do Enfermeiro-Director

Centro Hospitalar Psiquiátrico
CHP
COIMBRA

REGISTADO C/A.R.

Exm.º Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
M.D. Auditor - Coordenador da
Direcção-Geral do Tribunal de Contas

Av. Barbosa do Bocage, 61

1069 – 045 Lisboa

Sua referência	Data	Nossa referência	Data
DA VI Proc. N.º 27/09 – Audit.	Ofício n.º 08807 de 25-05-10	CACHPC/99	22-06-2010

ASSUNTO: **ALEGAÇÕES PRODUZIDAS NO ÂMBITO DA AUDITORIA ORIENTADA ÀS AQUISIÇÕES DE BENS E SERVIÇOS DAS INSTITUIÇÕES DO SNS ATRAVÉS DO SUCH E DE AGRUPAMENTOS COMPLEMENTARES DE EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDOS.**

Na resposta indicar a "nossa referência". Em cada ofício tratar só de um assunto.

Na sequência da notificação que me foi dirigida no âmbito da Auditoria referenciada em epígrafe, remeto, em anexo, as alegações que entendi produzir em relação ao salientado no respectivo relato no que concerne à minha pessoa e à Instituição em que me integro.

Com os melhores cumprimentos

O Enfermeiro Director

(António José de Sousa Matos, Enf.)

Anexo: Doc. citado no texto.

APARTADO 1, 3031-801 CEIRA | Telefone: 239 796 400 | Fax: 239 796 499
geral@chpc.min-saude.pt

DA VI
Proc. N.º 27/09 – Audit

Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídas.

ANTÓNIO JOSÉ DE SOUSA MATOS, enfermeiro-director do Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, notificado do relato da auditoria supra identificada, vem, nesse âmbito, contribuindo para a análise e esclarecimento das questões suscitadas, promover as suas **alegações** nos termos e com os fundamentos seguintes:

1 – O ora alegante integra o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra desde 2 de Maio de 2008, na qualidade de enfermeiro--director, cargo para que foi nomeado, em comissão de serviço, por despacho da Ministra da Saúde de 1 de Abril de 2008, publicado no Diário da República 2.ª Série, n.º 82, de 28 de Abril ***(Doc. n.º1)***.

2 – Encontra-se o alegante indiciado, enquanto membro do citado Conselho de Administração, da prática de acto violador do disposto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto, decorrente da deliberação de subscrição e realização, em 2009, de uma Quota Suplementar prevista no regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, consubstanciando tal facto, de acordo com o relatado, um empréstimo sem suporte legal e, como, tal susceptível de integrar infracção financeira sancionada com multa.

O que contesta, por inteiro, fundado no que segue, a saber:

3 – Importa precisar, antes do mais, que a proposta de alteração dos estatutos do SUCH, com a introdução de um Aditamento ao Regime de Quotização definido no seu artigo 9.º, implicando a subscrição de uma Quota Extraordinária e uma alteração dos benefícios dos Associados, foi antecedida de uma apresentação prévia, em tempo oportuno, por parte do Conselho de Administração do SUCH, de um designado Documento Enquadrador da Proposta ***(Doc. n.º2)***.

4 – Ora, em Assembleia Geral realizada em 3 de Julho de 2009, foi a referida proposta do Conselho de Administração do SUCH aprovada, através de votação secreta, com cinquenta e três votos a favor, vinte e quatro votos contra, dez votos em branco e um voto nulo ***(cfr. fls. 87 do relato da auditoria)***.

5 – Nessa mesma Assembleia Geral, em momento algum foi manifestada, pelos Associados presentes, em relação à proposta de Aditamento em apreço, qualquer questão a respeito da sua regularidade processual ou suscitada qualquer dúvida quanto à respectiva legalidade ou sequer dos actos deliberatórios subjacentes à subscrição da Quota Suplementar.

6 - Assim, na aprovação do referido Aditamento aos estatutos, prevaleceu, em geral, o ***princípio da boa fé,*** num contexto em que ficou expresso um forte sentido de solidariedade institucional por parte dos associados presentes, fossem Hospitais EPE e SPA, fossem ARS´s, IPSS (Misericórdias) ou Institutos Públicos (ACSS), para com a sua Associação, num momento de particular dificuldade da vida desta.

7 – Por outro lado, foi igualmente na convicção do rigoroso cumprimento e respeito pelo ***princípio da legalidade*** (que o mesmo é dizer, em observância escrupulosa das competências que lhe estão cometidas no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º188/2003, de 20 de Agosto, delas não extravasando), como adiante se procurará demonstrar, actuando **sem culpa** e com a diligência que lhe era exigida, que o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, em reunião realizada em 28 de Julho de 2009, considerando as disponibilidades orçamentais da Instituição e a garantia da dedução, nas facturas a emitir posteriormente pelo SUCH, do valor em causa, tal qual, aliás, sucede, há anos, em relação ao montante das ditas quotas ordinárias, deliberou autorizar a subscrição e realização da Quota Extraordinária em apreço.

8 – Assim, a presumível infracção financeira de que estou indiciado, na interpretação dos factos expressa no relato da auditoria, a qual, todavia, e sem prejuízo do respeito devido, merece toda a minha contestação, resultaria não da aprovação da alteração dos estatutos numa Assembleia Geral em que tomou parte um conjunto significativo de associados, com dimensão e natureza jurídica bem diferenciados, mas tão só da circunstância de o Conselho de Administração que integro ter assumido, em termos efectivos e, reafirma-se, na total convicção da legalidade do acto praticado, a alteração em causa, subscrevendo a referida Quota Extraordinária.

9 – Ora, em apoio do entendimento perfilhado de que o acto de subscrição e realização, em 2009, da Quota Suplementar em causa, não constitui facto susceptível de integrar infracção financeira sancionada com multa, permito-me invocar o Parecer Jurídico que constitui o ***Doc. n.º 3***, que aqui dou por integralmente reproduzido para os devidos e legais efeitos.

Termos em que deve o entendimento proferido no relato da auditoria ser reformado no sentido da consideração, como perfeitamente legal e cumpridor do preceituado no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º188/2003, o acto de subscrição e realização da Quota Suplementar prevista no regime de quotização e benefícios dos associados do SUCH, por o mesmo não configurar a figura de empréstimo.

Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra, 21 de Junho de 2010

O Alegante

(António José de Sousa Matos, Enf.º.)
Enfermeiro-Director do Conselho de Administração

XVII. Hospital do Arcebispo João Crisóstomo

- Contraditório institucional e pessoal –

(As alegações dos responsáveis, apresentadas individualmente, são de teor coincidente)

Alegações do Presidente do Concelho de Administração

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

HAJC Saida 01093 22 06 '10

Exmº Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
M.I. Auditor Coordenador do
Tribunal de Contas
Avª Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

Assunto: Auditora orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos.
V/Refª : DA VI - Proc. nº 27/09 - Audit

VICTOR MANUEL COSTA LEONARDO, Presidente do Conselho de Administração do Hospital Arcebispo João Crisóstomo, sito na Rua Padre Américo, em Cantanhede e notificado no âmbito do processo acima referenciado, vem apresentar as suas alegações:

1 – Como se lê na página 25 do Relatório deste Tribunal - *Regime de quotização e benefícios dos associados – cfr. ponto 10* - os *"associados escolhem livremente o escalão de quotização em que pretendam situar-se, tendo direito a que os SUCH deduza nas facturas emitidas o valor integral da quota, sob a forma de desconto de associado"*.

Mais se lê no dito Relatório que foi criada *" uma quota suplementar de adesão livre "* a qual *" consubstancia um empréstimo dos associados ao SUCH "* e no caso concreto a este Hospital.

Com todo o respeito que é muito, discorda-se de tal entendimento pois que tal quota suplementar consubstancia não um empréstimo, mas antes uma entrega ou adiantamento a ser levado à conta corrente e creditado faseadamente, a abater no saldo negativo que a mesma apresenta, resultante dos fornecimentos efectuados e a efectuar, devidamente facturados pelo SUCH a este Hospital.

Na verdade, a função económica do mútuo ou empréstimo, como se queira, realiza-se quando o dinheiro é entregue ao mutuário para que este lhe dê a utilização que bem entenda, o que não é o caso da quantia da dita quota suplementar. Com a receita proveniente de tal quota, o SUCH não a pode utilizar como bem entende, pois terá de a destinar ao pagamento para aquisição de bens e serviços que posteriormente vem a fornecer aos seus associados, e no caso concreto a este Hospital, fornecimento este que é facturado.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

Assim, a quantia correspondente ao pagamento efectuado de tal quota, em caso de incumprimento por parte do SUCH, o seu reembolso sempre estaria subordinado em última análise, ao regime jurídico do instituto de enriquecimento sem causa (cfr. artº 473º do Código Civil) e nunca ao do mútuo (cfr. artº 1142º do Código Civil).

E foi com este sentido, interpretação e qualificação jurídica de entrega por conta ou adiantamento, que este Hospital subscreveu a quota suplementar.

2 – Ademais, aduz-se aqui todo o melhor entendimento que resulta do parecer jurídico que versa sobre a matéria em questão e que aqui se junta e transcreve:

§1.º

LEGITIMIDADE DA QUOTA SUPLEMENTAR

1.1 INTRODUÇÃO

1. *No Relato ora em análise, o Tribunal de Contas considera que a quota suplementar paga por alguns dos associados do SUCH constitui um empréstimo, pelo que a decisão tomada pelos órgãos de administração de alguns dos associados do SUCH de pagar tal quota suplementar seria ilegal.*

2. *Todavia, como se confirmará de seguida, uma tal posição desconsidera manifestamente a natureza jurídica da quota em causa, bem como adopta uma interpretação incorrecta quanto à capacidade jurídica das entidades em causa, questões que serão analisadas seguidamente.*

1.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA QUOTA SUPLEMENTAR

3. *Note-se, antes de mais, a manifesta impossibilidade de considerar a quota suplementar prevista no regime de quotização do SUCH como um empréstimo.*

4. *O SUCH é, como já se referiu, uma associação de direito privado, declarada como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.*

A matriz substantiva desta entidade é, assim, uma matriz associativa, razão pela qual o regime jurídico que lhe é aplicável é, antes do mais, o regime previsto no Código Civil para as associações (artigos 167.º a 184.º do Código Civil). Ou seja, o substrato das pessoas colectivas associativas é "constituído por uma agremiação de pessoas, que juntam os seus esforços para um objectivo comum"[1].

Tal não significa, contudo, que as associações sejam desprovidas de qualquer património. A realização dos fins associativos implica, as mais das vezes, a necessidade de constituição de um património próprio e autónomo, que habilite a estrutura associativa a prosseguir os seus fins.

[1] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo III, Almedina, 2004, pág. 546.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

5. *Não impondo o regime legal quaisquer soluções específicas quanto ao contributo dos associados para o património de uma associação, a prática mais comum vem sendo a da fixação de "quotas" periódicas a pagar pelos associados. A generalização de tal prática leva a doutrina a considerá-la mesmo uma prática seguida "universalmente"[2].*

A mesma doutrina caracteriza claramente a natureza jurídica de tais "quotas" de forma manifestamente incompatível com o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Contas.

De facto, as contribuições que os associados fazem para o património de uma associação resultam na integração dessas mesmas contribuições no património da associação. A contribuição do associado deixa mesmo "de estar na disponibilidade daquele", de tal modo que "o associado que (…) deixe de pertencer à associação não pode reclamar os bens com que tenha contribuído"[3].

Deste modo, é forçoso concluir que o contributo realizado por um associado para o património associativo constitui uma contribuição "a fundo perdido", não lhe conferindo qualquer direito à restituição dos bens assim prestados em favor da associação.

6. *O Tribunal de Contas, contudo, atribui à "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH a natureza de um empréstimo, o que pressupõe, naturalmente, a assunção pela associação de um dever de restituição da quantia entregue.*

Apesar da escassa fundamentação de tal caracterização, parece que tal entendimento do Tribunal resulta do facto de tal "quota suplementar" conferir ao associado o direito a que lhe sejam atribuídos descontos nos serviços que lhe sejam futuramente prestados pelo SUCH.

Ora, salvo o devido respeito, tal característica da "quota suplementar" não é, de modo algum, suficiente para que lhe seja atribuída a natureza de empréstimo. Vejamos:

7. *Em primeiro lugar, é manifestamente comum que as quotas pagas pelos associados lhes confiram, em contrapartida, direito a descontos na aquisição de serviços junto da respectiva associação.*

A doutrina inclui tal tipo de benefícios entre as "vantagens puramente internas" que podem decorrer da qualidade de associado, designadamente o direito de utilizar bens ou serviços da associação com "descontos ou em condições preferenciais"[4]. Sendo perfeitamente inédito que, por causa de tais descontos, se conclua que as quotas pagas pelos associados constituem empréstimos.

É igualmente corrente a aceitação de que, para além da contribuição devida no momento da adesão (usualmente denominada "jóia") e da contribuição periódica (usualmente denominada "quota"), os estatutos ou regulamentos prevejam outras contribuições, sejam elas "devidas em certas ocasiões ou como contrapartida de determinadas vantagens".[5]

Esse é o caso presente: os associados do SUCH podem contribuir para o património associativo de outra forma para além da quota regular. Ao pagarem a "quota suplementar", os associados do SUCH têm acesso à aquisição de serviços em condições preferenciais (o referido desconto).

Pode discutir-se se as vantagens obtidas em consequência do pagamento da "quota suplementar" são suficientes para compensar o dispêndio correspondente, mas essa é uma discussão puramente ao nível gestionário, sem qualquer relevância ao nível jurídico.

Juridicamente, a "quota suplementar" é um modo relativamente típico de contribuição para o património de uma associação, não sendo descaracterizada pelo facto de conferir determinadas vantagens aos associados que a realizem.

---

[2] Cfr. Manuel Vilar de Macedo, As Associações no Direito Civil, Coimbra Editora, 2007, pág. 49.

[3] Cfr. ANTÓNIO VILAR DE MACEDO, op. cit., pág. 48.

[4] Cfr. MENEZES CORDEIRO, op.cit., págs. 664-665.

[5] Cfr. MENEZES CORDEIRO, op.cit., pág. 665.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

8. *Em segundo lugar, é inexorável constatar que a natureza jurídica das "quotas" pagas pelos associados é totalmente insusceptível de ser enquadrada no instituto do mútuo.*

Um dos elementos essenciais do contrato de mútuo é o dever de restituição a que o mutuário fica obrigado (nos termos do artigo 1142.º do Código Civil, o dever de "restituir outro tanto do mesmo género e qualidade").

Ora, com o pagamento da "quota suplementar", o SUCH não assume qualquer dever de restituição da mesma quantia, nem o associado fica titular do direito ao respectivo reembolso. O associado que contribua para o património associativo mediante o pagamento da "quota suplementar" beneficiará, apenas, do direito a adquirir determinados serviços junto do SUCH, em condições preferenciais, ou seja, com desconto. O montante de tal desconto pode, ou não, atingir o montante da contribuição em causa.

Estamos, assim, perante uma situação relativamente vulgar no âmbito das contribuições para o património de uma associação (uma quota extraordinária), assim como perante uma vantagem comummente atribuída aos associados (um desconto) e não perante um mútuo. Quer do lado dos deveres dos associados, quer do lado dos direitos dos associados, tal situação corresponde a uma situação perfeitamente típica no universo associativo.

As contribuições realizadas pelos associados do SUCH a título de "quota suplementar" constituem, assim, uma forma de esses associados contribuírem (a fundo perdido) para o património associativo, com o objectivo de dotar a associação dos meios necessários para a prossecução dos respectivos fins (no essencial, a prestação de serviços aos respectivos associados).

O pagamento de tal contribuição constitui uma mera decorrência da qualidade de associado do SUCH, qualidade essa de que deriva o dever de contribuir para o património associativo (a doutrina chega mesmo a considerá-la "a principal obrigação dos associados"[6]).

No Relato do Tribunal de Contas, confunde-se, portanto, financiamento com empréstimo: naturalmente o pagamento da quota suplementar visa financiar o SUCH, tal como qualquer outra contribuição para o património de uma associação; contudo, tal financiamento não reveste a forma de empréstimo. De facto, esta forma de financiamento não reveste qualquer natureza creditícia pois não cria, a favor do associado, qualquer direito de crédito à restituição da quantia em causa.

9. *Em terceiro lugar, a conclusão, a nosso ver precipitada, de que a "quota suplementar" é um empréstimo, conduziria, por identidade de razões, a considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH também o é.*

De facto, também o pagamento da quota ordinária confere aos associados do SUCH o direito a descontos na aquisição de serviços junto deste (cfr. artigo 5.º do Regime de Quotização e Benefícios dos Associados do SUCH).

Pelo que, a ser tal característica um elemento decisivo no sentido de tornar a "quota" um empréstimo, tal característica também se verifica quanto à quota ordinária paga pelos associados do SUCH.

Ora, por todas as razões já expostas, também aqui não faz sentido considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH constitui um empréstimo destes à associação.

É natural que alguns associados possam encará-la, do ponto de vista económico, como uma forma de "adiantamento" por conta dos benefícios que a qualidade de associado lhes trará (nomeadamente os descontos). Contudo, juridicamente, é totalmente claro que o negócio jurídico em causa não é um mútuo, mas sim uma prestação a fundo perdido, que não confere ao associado qualquer direito à restituição da quantia prestada, que se integra ou dilui, definitivamente, no património associativo[7].

---

[6] Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.ª edição, Universidade Católica Editora, 2001, pág. 627.

[7] O património associativo só poderá reverter em benefício dos associados em caso de liquidação. Cfr., *a contrario sensu*, o disposto no artigo 181.º do Código Civil e António Vilar de Macedo, op.cit., págs. 28-29. É esta uma das características diferenciadoras da contribuição para o património de uma associação face às entradas dos sócios numa sociedade comercial.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

1.3 DA CAPACIDADE JURÍDICA DAS ENTIDADES DO SNS ENVOLVIDAS

10. *Após se ter demonstrado que o negócio jurídico atinente ao pagamento da "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH não poderá, em caso algum, ser considerado um contrato de empréstimo, passar-se-á a analisar a questão de saber se as entidades do SNS em questão teriam, ou não, capacidade jurídica para a prática de tal acto.*

Segundo o Relato, a "quota suplementar" foi paga por quatro entidades hospitalares, duas deles Entidade Públicas Empresariais e outras duas do Sector Público Administrativo, que não seriam dotadas da capacidade jurídica necessária para a prática de tal acto.

Analisemos separadamente a capacidade jurídica de cada um deste tipo de entidades.

11. *Os hospitais E.P.E. são pessoas colectivas de direito público de natureza empresarial dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (cfr. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro).*

Os hospitais E. P. E. regem-se pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais, com as especificidades constantes do diploma supra referido, dos seus Estatutos, bem como dos respectivos regulamentos internos e das normas em vigor para o Serviço Nacional de Saúde.

Nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, "a capacidade jurídica dos hospitais E. P. E. abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objecto e das suas atribuições".

A norma em causa mais não é do que uma adaptação do princípio da especialidade, princípio geral de direito civil, constante do artigo 160.º do Código Civil, segundo o qual "A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.".

A doutrina de há muito ultrapassou a visão restritiva que limitava a capacidade das pessoas colectivas, em benefício de uma visão mais aberta, em que se permite às pessoas colectivas o gozo da generalidade dos direitos[8]. No direito civil, a discussão restringe-se hoje à capacidade das pessoas colectivas com fim lucrativo para a prática de actos gratuitos, ainda assim admitidos em determinados casos.

No que especificamente se refere às pessoas colectivas públicas, é sabido que estas também gozam de capacidade jurídica de direito privado. É o escopo estatutário que serve de medida do âmbito dessa capacidade, visto que, no Direito português, o princípio da especialidade vigora para as pessoas colectivas em geral e, assim sendo, também, para as pessoas colectivas públicas (artigo 160.º do Código Civil). A capacidade de gozo de direito privado das pessoas colectivas públicas modela-se, portanto, sobre as respectivas atribuições.

A sujeição das pessoas colectivas públicas ao princípio da especialidade não constitui razão suficiente para concluir que a celebração por elas de negócios jurídicos de direito privado se processe fora do âmbito do princípio da autonomia privada. O princípio da especialidade não é incompatível com a autonomia privada visto que ele não acarreta a substituição da vontade do autor da declaração negocial pelo comando normativo no que toca à determinação do fim do acto. Da especialidade apenas resulta a ilicitude daqueles fins que não correspondam ao escopo estatutário da pessoa colectiva (ou seja, às atribuições da pessoa colectiva pública). Para aquém dessa delimitação negativa de fins susceptíveis de ser prosseguidos, ou seja, enquanto se mantenha no âmbito do acervo dos fins estatutários, o momento em que o órgão da pessoa colectiva individualiza o fim concreto de um negócio específico escapa ao controlo do Direito. E é nessa ausência de enquadramento normativo directo da escolha do conteúdo e do fim da conduta que consiste a autonomia privada[9]. Esta consiste na permissão

[8] PIRES DE LIMA /ANTUNES VARELA afirmam que "consagra-se, por conseguinte, o princípio da especialização, mas com larga atenuação do seu rigor" (Código Civil Anotado, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1987, pág. 165), enquanto MENEZES CORDEIRO é mais afirmativo ao declarar que "*o denominado princípio da especialidade não restringe, hoje, a capacidade das pessoas colectivas*" (op.cit., pág. 597).

[9] Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, pp. 525 e sgs..

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e na titularidade e exercício do correspondente poder[10].

A autonomia privada compreende na sua essência a ideia de uma esfera de liberdade. Ela não faria pois sentido se não presidisse a um tráfego jurídico predominantemente participado por seres humanos e por pessoas colectivas privadas. Na medida, porém, em que se justifique que a Administração também tome parte no tráfego jurídico indiscriminadamente aberto a todos e regido por normas que a todos são aplicáveis, é inevitável que se verifique quanto a ela um "efeito de arrastamento". Para que a Administração Pública se sirva de institutos do Direito privado, não é necessário que os fundamentos destes lhe sejam também a ela dirigidos na sua qualidade específica de portadora dos interesses colectivos. É preciso, isso sim, que as virtualidades técnico jurídicas desses institutos também possam ser postas ao serviço das atribuições da pessoa colectiva pública.

No caso presente, verifica-se que os hospitais EPE têm como objecto estatutário a "prestação de cuidados de saúde à população". Como já se demonstrou, os hospitais EPE dispõem de capacidade jurídica de direito privado, ou seja, podem prosseguir o seu objecto utilizando para tal institutos de direito privado, desde que os mesmos se revelem aptos para a prossecução do respectivo objecto social.

Ora, constata-se, antes de mais, que os hospitais EPE em causa são associados do SUCH de há longa data, decisão que não está agora a ser sindicada.

Sendo titulares da qualidade de associado do SUCH, os hospitais EPE serão certamente dotados da capacidade jurídica necessária para gerir tal posição jurídica, salvo se se concluísse que tais actos não são necessários ou convenientes para a prossecução das atribuições de tais hospitais EPE.

Sendo o SUCH uma associação que prossegue, como fim principal, "tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus próprios associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão" (cfr. artigo 2.º dos respectivos Estatutos), parece claro que os actos praticados pelos hospitais EPE na qualidade de associados do SUCH são susceptíveis de contribuir para a prossecução das atribuições dos hospitais EPE.

De entre os actos atinentes à qualidade de associado do SUCH conta-se, naturalmente, o dever de contribuir para o património da associação, seja através do pagamento da quota ordinária ou da quota suplementar, actos para os quais os referidos hospitais EPE estão dotados de capacidade jurídica.

Em conclusão: os hospitais EPE têm uma capacidade de gozo de direitos que abrange, potencialmente, qualquer acto de direito privado que se mostre necessário ou conveniente à prossecução das suas atribuições, o que, à partida, lhe confere uma capacidade de gozo da generalidade dos direitos. Qualquer acto pode, potencialmente, contribuir para a prossecução das atribuições de um hospital EPE, só podendo afirmar-se que estão excluídos da capacidade de gozo de direitos os actos que manifestamente não contribuam para aquela prossecução. Ora, o exercício de direitos e o cumprimento de deveres na qualidade de associado do SUCH são actos jurídicos que claramente concorrem para a prossecução das atribuições dos hospitais EPE, na medida em que tal associação visa apoiar as entidades hospitalares na melhoria da eficiência na prestação de cuidados de saúde.

12. *As conclusões extraídas acima quanto aos hospitais EPE são basicamente extrapoláveis para a realidade dos hospitais incluídos no Sector Público Administrativo, sujeitos ao regime do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto.*

De facto, também a estes hospitais é reconhecida personalidade jurídica, abrangendo a respectiva capacidade jurídica "a universalidade dos direitos e obrigações necessários à prossecução dos seus fins." (cfr. artigo 2.º do referido diploma).

Assim, e pelas mesmas razões já apontadas, nada parece restringir a capacidade destes hospitais para praticarem actos relacionados com a gestão da qualidade de associado do SUCH.

Como já se constatou, não só o princípio da especialidade é, actualmente, entendido de forma bastante atenuada, como a actividade do SUCH se integra claramente no âmbito das atribuições prosseguidas por tais hospitais. Por essas razões, nada parece confirmar a posição adoptada no Relato

10 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 432.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Conselho de Administração

segundo a qual o pagamento da "quota suplementar" corresponderia à prática de acto para o qual os referidos hospitais não disporiam de capacidade jurídica.

1.4 CONCLUSÃO QUANTO À EVENTUAL RESPONSABILIDADE FINANCEIRA RESULTANTE DO PAGAMENTO DE QUOTA SUPLEMENTAR

13. *Compulsados todos os argumentos supra expendidos, afigura-se seguro concluir não existirem condições para imputação de qualquer responsabilidade financeira, nos termos do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 46/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto).*

14. *De facto, sugere-se no Relato que foi praticada a infracção prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 65.º daquela Lei, que prevê que Tribunal de Contas pode aplicar multas caso se verifique "a utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista".*

Ora, não se vislumbra que a "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH se destine a uma finalidade diversa daquela que se encontra prevista na lei para os fundos administrados pelos hospitais EPE ou pelos hospitais integrados no Sector Público Administrativo.

O património de qualquer uma das entidades deste tipo, ambas dotadas de personalidade jurídica, destina-se a satisfazer as atribuições legalmente estabelecidas, que são, no essencial, a da prestação de cuidados de saúde aos cidadãos utentes do SNS.

Constatando-se que os hospitais em questão (Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE, Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE, Hospital do Arcebispo João Crisóstomo e Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra) são associados do SUCH e que o SUCH prossegue fins de apoio à actividade destes, será forçoso concluir que as contribuições feitas por aqueles para o património desta associação não constituem qualquer desvio à finalidade legalmente estabelecida para os fundos geridos por aqueles hospitais.

15. *A imputação do pretenso desvio para finalidade diversa resulta, no essencial, do entendimento de que o pagamento da quota suplementar constituiria um empréstimo dos associados ao SUCH, tese que, juridicamente, não revela qualquer procedência, pois as contribuições para o património associativo não conferem qualquer direito a restituição, integrando-se definitivamente no património da associação.*

1.5 DA NÃO TRIBUTAÇÃO, EM SEDE DE IVA, DOS DESCONTOS DE QUE BENEFICIAM OS ASSOCIADOS DO SUCH

16. *O Relato ora em análise questiona ainda o facto de o SUCH não fazer incidir IVA sobre os descontos de que os associados beneficiam, em contrapartida do pagamento das respectivas quotizações, considerando que esse comportamento é susceptível de distorção da concorrência.*

17. *Ora, não só a prática do SUCH se conforma claramente com a legislação fiscal vigente, como a mesma foi já objecto de concordância por parte da Administração Fiscal em casos semelhantes.*

Na realidade, e antes de mais, note-se que o SUCH liquida IVA sobre o montante cobrado aos seus associados pelos serviços que lhes presta. De facto, a isenção prevista no n.º 19 do artigo 9.º do Código do IVA não abrange estas prestações de serviços, uma vez que o SUCH cobra aos associados uma contrapartida que excede as quotas estatutariamente pagas pelos associados.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo

Conselho de Administração

Contudo, como já se viu acima, o preço pelo qual o SUCH cobra tais serviços é diferente consoante o destinatário dos mesmos seja um associado ou um não associado. Quando se trate de um associado, este poderá beneficiar de um desconto. Sobre tal desconto, o SUCH não liquida IVA, tal como legalmente previsto no n.º 6 do artigo 16.º do Código do IVA.

18. *Sobre a licitude de tal comportamento restam muito poucas dúvidas, pois tal é a interpretação directa e literal da supra citada disposição legal.*

19. *Acresce que a Administração Fiscal já teve oportunidade de se pronunciar sobre, pelo menos, um caso em tudo semelhante, tendo concluído que a actuação do SUCH é, de facto, a mais correcta.*

Afirmaram os serviços da Administração Fiscal que "As prestações de serviços efectuadas aos associados, e não só, são remuneradas segundo uma tabela de preços e pelas quais vem sendo liquidado IVA, tornando-se evidente que os descontos concedidos aos associados mais não são que a correspondência à quota por ele paga. Isto é, a quota funcionará como um desconto nos serviços remunerados, o que leva a concluir que a mesma não deverá ser passível de IVA" (cfr. Despacho de 2-12-1986, Proc. 30, E.N. 5079186, citado por E. PINTO FERNANDES et al., em Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado Anotado e Comentado, Editora Rei dos Livros, 4.ª Edição, 1997).

Este entendimento da Administração Fiscal vem confirmar o bem fundado da actuação do SUCH, actuação essa insusceptível de provocar qualquer distorção da concorrência. Tal é evidente se constatarmos que o montante dos descontos atribuídos aos associados do SUCH não ultrapassou 3,6% do valor total da facturação do SUCH no ano de 2009 (total de facturação de cerca de € 91.670.000,00, confrontada com quotas cobradas no montante de apenas € 3.326.420,00), proporção essa perfeitamente condicente com um típico desconto comercial.

20. *Em qualquer caso, por razões de transparência e para evitar qualquer controvérsia, o SUCH, numa gestão exemplar, cuidou de solicitar à Administração Fiscal, em 6 de Março de 2010, uma informação vinculativa sobre a questão específica das quotas suplementares, resultantes de alteração recente do regime de quotizações do SUCH.*

21. *Por todas estas razões, o SUCH não tem quaisquer dúvidas de que cumpre integralmente as exigências da lei fiscal, estranhando por que razão esta questão é, sequer, suscitada, neste Relato, pois é uma questão de todo alheia às competências do Tribunal de Contas.*

3 - Quanto às demais recomendações, para além de se afirmar que este Hospital vem adoptando nas suas aquisições de bens e serviços o regime estabelecido no Código dos Contratos Públicos, pugnará igualmente na qualidade de associado dos SUCH por igual procedimento e bem assim adoptará a revisão do regime de quotização que vier a ser deliberado na Assembleia Geral do SUCH como é recomendado por esse Tribunal.

Com os melhores cumprimentos e consideração.

O Presidente do C. A.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Alegações da Enfermeira-Directora

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

Exmº Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
M.I. Auditor Coordenador do
Tribunal de Contas
Avª Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

HAJC Saída 01094 22/06/10

Assunto: Auditora orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos.
V/Refª : DA VI - Proc. nº 27/09 - Audit

ÁUREA DA CRUZ FLAMINO DE ANDRADE, Enfermeira Directora do Conselho de Administração do Hospital Arcebispo João Crisóstomo, sito na Rua Padre Américo, em Cantanhede e notificado no âmbito do processo acima referenciado, vem apresentar as suas alegações:

1 – Como se lê na página 25 do Relatório deste Tribunal - *Regime de quotização e benefícios dos associados – cfr. ponto 10* - os *"associados escolhem livremente o escalão de quotização em que pretendam situar-se, tendo direito a que os SUCH deduza nas facturas emitidas o valor integral da quota, sob a forma de desconto de associado"*.

Mais se lê no dito Relatório que foi criada *" uma quota suplementar de adesão livre "* a qual *" consubstancia um empréstimo dos associados ao SUCH "* e no caso concreto a este Hospital.

Com todo o respeito que é muito, discorda-se de tal entendimento pois que tal quota suplementar consubstancia não um empréstimo, mas antes uma entrega ou adiantamento a ser levado à conta corrente e creditado faseadamente, a abater no saldo negativo que a mesma apresenta, resultante dos fornecimentos efectuados e a efectuar, devidamente facturados pelo SUCH a este Hospital.

Na verdade, a função económica do mútuo ou empréstimo, como se queira, realiza-se quando o dinheiro é entregue ao mutuário para que este lhe dê a utilização que bem entenda, o que não é o caso da quantia da dita quota suplementar. Com a receita proveniente de tal quota, o SUCH não a pode utilizar como bem entende, pois terá de a destinar ao pagamento para aquisição de bens e

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

serviços que posteriormente vem a fornecer aos seus associados, e no caso concreto a este Hospital, fornecimento este que é facturado.

Assim, a quantia correspondente ao pagamento efectuado de tal quota, em caso de incumprimento por parte do SUCH, o seu reembolso sempre estaria subordinado em última análise, ao regime jurídico do instituto de enriquecimento sem causa (cfr. artº 473º do Código Civil) e nunca ao do mútuo (cfr. artº 1142º do Código Civil).

E foi com este sentido, interpretação e qualificação jurídica de entrega por conta ou adiantamento, que este Hospital subscreveu a quota suplementar.

2 – Ademais, aduz-se aqui todo o melhor entendimento que resulta do parecer jurídico que versa sobre a matéria em questão e que aqui se junta e transcreve:

§1.º
LEGITIMIDADE DA QUOTA SUPLEMENTAR

1.1 INTRODUÇÃO

1. *No Relato ora em análise, o Tribunal de Contas considera que a quota suplementar paga por alguns dos associados do SUCH constitui um empréstimo, pelo que a decisão tomada pelos órgãos de administração de alguns dos associados do SUCH de pagar tal quota suplementar seria ilegal.*

2. *Todavia, como se confirmará de seguida, uma tal posição desconsidera manifestamente a natureza jurídica da quota em causa, bem como adopta uma interpretação incorrecta quanto à capacidade jurídica das entidades em causa, questões que serão analisadas seguidamente.*

1.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA QUOTA SUPLEMENTAR

3. *Note-se, antes de mais, a manifesta impossibilidade de considerar a quota suplementar prevista no regime de quotização do SUCH como um empréstimo.*

4. *O SUCH é, como já se referiu, uma associação de direito privado, declarada como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.*

A matriz substantiva desta entidade é, assim, uma matriz associativa, razão pela qual o regime jurídico que lhe é aplicável é, antes do mais, o regime previsto no Código Civil para as associações (artigos 167.º a 184.º do Código Civil). Ou seja, o substrato das pessoas colectivas associativas é "constituído por uma agremiação de pessoas, que juntam os seus esforços para um objectivo comum"[1].

[1] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo III, Almedina, 2004, pág. 546.

Tal não significa, contudo, que as associações sejam desprovidas de qualquer património. A realização dos fins associativos implica, as mais das vezes, a necessidade de constituição de um património próprio e autónomo, que habilite a estrutura associativa a prosseguir os seus fins.

5. *Não impondo o regime legal quaisquer soluções específicas quanto ao contributo dos associados para o património de uma associação, a prática mais comum vem sendo a da fixação de "quotas" periódicas a pagar pelos associados. A generalização de tal prática leva a doutrina a considerá-la mesmo uma prática seguida "universalmente"[2].*

A mesma doutrina caracteriza claramente a natureza jurídica de tais "quotas" de forma manifestamente incompatível com o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Contas.

De facto, as contribuições que os associados fazem para o património de uma associação resultam na integração dessas mesmas contribuições no património da associação. A contribuição do associado deixa mesmo "de estar na disponibilidade daquele", de tal modo que "o associado que (...) deixe de pertencer à associação não pode reclamar os bens com que tenha contribuído"[3].

Deste modo, é forçoso concluir que o contributo realizado por um associado para o património associativo constitui uma contribuição "a fundo perdido", não lhe conferindo qualquer direito à restituição dos bens assim prestados em favor da associação.

6. *O Tribunal de Contas, contudo, atribui à "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH a natureza de um empréstimo, o que pressupõe, naturalmente, a assunção pela associação de um dever de restituição da quantia entregue.*

Apesar da escassa fundamentação de tal caracterização, parece que tal entendimento do Tribunal resulta do facto de tal "quota suplementar" conferir ao associado o direito a que lhe sejam atribuídos descontos nos serviços que lhe sejam futuramente prestados pelo SUCH.

Ora, salvo o devido respeito, tal característica da "quota suplementar" não é, de modo algum, suficiente para que lhe seja atribuída a natureza de empréstimo. Vejamos:

7. *Em primeiro lugar, é manifestamente comum que as quotas pagas pelos associados lhes confiram, em contrapartida, direito a descontos na aquisição de serviços junto da respectiva associação.*

A doutrina inclui tal tipo de benefícios entre as "vantagens puramente internas" que podem decorrer da qualidade de associado, designadamente o direito de utilizar bens ou serviços da associação com "descontos ou em condições preferenciais"[4]. Sendo perfeitamente inédito que, por causa de tais descontos, se conclua que as quotas pagas pelos associados constituem empréstimos.

É igualmente corrente a aceitação de que, para além da contribuição devida no momento da adesão (usualmente denominada "jóia") e da contribuição periódica (usualmente denominada "quota"), os estatutos ou regulamentos prevejam outras contribuições, sejam elas "devidas em certas ocasiões ou como contrapartida de determinadas vantagens".[5]

Esse é o caso presente: os associados do SUCH podem contribuir para o património associativo de outra forma para além da quota regular. Ao pagarem a "quota suplementar", os associados do SUCH têm acesso à aquisição de serviços em condições preferenciais (o referido desconto).

Pode discutir-se se as vantagens obtidas em consequência do pagamento da "quota suplementar" são suficientes para compensar o dispêndio correspondente, mas essa é uma discussão puramente ao nível gestionário, sem qualquer relevância ao nível jurídico.

---

[2] Cfr. Manuel Vilar de Macedo, As Associações no Direito Civil, Coimbra Editora, 2007, pág. 49.

[3] Cfr. ANTÓNIO VILAR DE MACEDO, op. cit., pág. 48.

[4] Cfr. MENEZES CORDEIRO, op.cit., págs. 664-665.

[5] Cfr. MENEZES CORDEIRO, op.cit., pág. 665.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Juridicamente, a "quota suplementar" é um modo relativamente típico de contribuição para o património de uma associação, não sendo descaracterizada pelo facto de conferir determinadas vantagens aos associados que a realizem.

8. *Em segundo lugar, é inexorável constatar que a natureza jurídica das "quotas" pagas pelos associados é totalmente insusceptível de ser enquadrada no instituto do mútuo.*

Um dos elementos essenciais do contrato de mútuo é o dever de restituição a que o mutuário fica obrigado (nos termos do artigo 1142.º do Código Civil, o dever de "restituir outro tanto do mesmo género e qualidade").

Ora, com o pagamento da "quota suplementar", o SUCH não assume qualquer dever de restituição da mesma quantia, nem o associado fica titular do direito ao respectivo reembolso. O associado que contribua para o património associativo mediante o pagamento da "quota suplementar" beneficiará, apenas, do direito a adquirir determinados serviços junto do SUCH, em condições preferenciais, ou seja, com desconto. O montante de tal desconto pode, ou não, atingir o montante da contribuição em causa.

Estamos, assim, perante uma situação relativamente vulgar no âmbito das contribuições para o património de uma associação (uma quota extraordinária), assim como perante uma vantagem comummente atribuída aos associados (um desconto) e não perante um mútuo. Quer do lado dos deveres dos associados, quer do lado dos direitos dos associados, tal situação corresponde a uma situação perfeitamente típica no universo associativo.

As contribuições realizadas pelos associados do SUCH a título de "quota suplementar" constituem, assim, uma forma de esses associados contribuírem (a fundo perdido) para o património associativo, com o objectivo de dotar a associação dos meios necessários para a prossecução dos respectivos fins (no essencial, a prestação de serviços aos respectivos associados).

O pagamento de tal contribuição constitui uma mera decorrência da qualidade de associado do SUCH, qualidade essa de que deriva o dever de contribuir para o património associativo (a doutrina chega mesmo a considerá-la "a principal obrigação dos associados"[6]).

No Relato do Tribunal de Contas, confunde-se, portanto, financiamento com empréstimo: naturalmente o pagamento da quota suplementar visa financiar o SUCH, tal como qualquer outra contribuição para o património de uma associação; contudo, tal financiamento não reveste a forma de empréstimo. De facto, esta forma de financiamento não reveste qualquer natureza creditícia pois não cria, a favor do associado, qualquer direito de crédito à restituição da quantia em causa.

9. *Em terceiro lugar, a conclusão, a nosso ver precipitada, de que a "quota suplementar" é um empréstimo, conduziria, por identidade de razões, a considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH também o é.*

De facto, também o pagamento da quota ordinária confere aos associados do SUCH o direito a descontos na aquisição de serviços junto deste (cfr. artigo 5.º do Regime de Quotização e Benefícios dos Associados do SUCH).

Pelo que, a ser tal característica um elemento decisivo no sentido de tornar a "quota" um empréstimo, tal característica também se verifica quanto à quota ordinária paga pelos associados do SUCH.

Ora, por todas as razões já expostas, também aqui não faz sentido considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH constitui um empréstimo destes à associação.

É natural que alguns associados possam encará-la, do ponto de vista económico, como uma forma de "adiantamento" por conta dos benefícios que a qualidade de associado lhes trará (nomeadamente os descontos). Contudo, juridicamente, é totalmente claro que o negócio jurídico em causa não é um mútuo, mas sim uma prestação a fundo perdido, que não confere ao associado qualquer

[6] Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.ª edição, Universidade Católica Editora, 2001, pág. 627.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

direito à restituição da quantia prestada, que se integra ou dilui, definitivamente, no património associativo[7].

1.3 DA CAPACIDADE JURÍDICA DAS ENTIDADES DO SNS ENVOLVIDAS

10. *Após se ter demonstrado que o negócio jurídico atinente ao pagamento da "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH não poderá, em caso algum, ser considerado um contrato de empréstimo, passar-se-á a analisar a questão de saber se as entidades do SNS em questão teriam, ou não, capacidade jurídica para a prática de tal acto.*

Segundo o Relato, a "quota suplementar" foi paga por quatro entidades hospitalares, duas deles Entidade Públicas Empresariais e outras duas do Sector Público Administrativo, que não seriam dotadas da capacidade jurídica necessária para a prática de tal acto.

Analisemos separadamente a capacidade jurídica de cada um deste tipo de entidades.

11. *Os hospitais E.P.E. são pessoas colectivas de direito público de natureza empresarial dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (cfr. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro).*

Os hospitais E. P. E. regem-se pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais, com as especificidades constantes do diploma supra referido, dos seus Estatutos, bem como dos respectivos regulamentos internos e das normas em vigor para o Serviço Nacional de Saúde.

Nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, "a capacidade jurídica dos hospitais E. P. E. abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objecto e das suas atribuições".

A norma em causa mais não é do que uma adaptação do princípio da especialidade, princípio geral de direito civil, constante do artigo 160.º do Código Civil, segundo o qual "A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.".

A doutrina de há muito ultrapassou a visão restritiva que limitava a capacidade das pessoas colectivas, em benefício de uma visão mais aberta, em que se permite às pessoas colectivas o gozo da generalidade dos direitos[8]*. No direito civil, a discussão restringe-se hoje à capacidade das pessoas colectivas com fim lucrativo para a prática de actos gratuitos, ainda assim admitidos em determinados casos.*

No que especificamente se refere às pessoas colectivas públicas, é sabido que estas também gozam de capacidade jurídica de direito privado. É o escopo estatutário que serve de medida do âmbito dessa capacidade, visto que, no Direito português, o princípio da especialidade vigora para as pessoas colectivas em geral e, assim sendo, também, para as pessoas colectivas públicas (artigo 160.º do Código Civil). A capacidade de gozo de direito privado das pessoas colectivas públicas modela-se, portanto, sobre as respectivas atribuições.

A sujeição das pessoas colectivas públicas ao princípio da especialidade não constitui razão suficiente para concluir que a celebração por elas de negócios jurídicos de direito privado se processe fora do âmbito do princípio da autonomia privada. O princípio da especialidade não é incompatível com a autonomia privada visto que ele não acarreta a substituição da vontade do autor da declaração

[7] O património associativo só poderá reverter em benefício dos associados em caso de liquidação. Cfr., *a contrario sensu*, o disposto no artigo 181.º do Código Civil e António Vilar de Macedo, op.cit., págs. 28-29. É esta uma das características diferenciadoras da contribuição para o património de uma associação face às entradas dos sócios numa sociedade comercial.

[8] PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA afirmam que "consagra-se, por conseguinte, o princípio da especialização, mas com larga atenuação do seu rigor" (Código Civil Anotado, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1987, pág. 165), enquanto MENEZES CORDEIRO é mais afirmativo ao declarar que "*o denominado princípio da especialidade não restringe, hoje, a capacidade das pessoas colectivas*" (op.cit., pág. 597).

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

negocial pelo comando normativo no que toca à determinação do fim do acto. Da especialidade apenas resulta a ilicitude daqueles fins que não correspondam ao escopo estatutário da pessoa colectiva (ou seja, às atribuições da pessoa colectiva pública). Para aquém dessa delimitação negativa de fins susceptíveis de ser prosseguidos, ou seja, enquanto se mantenha no âmbito do acervo dos fins estatutários, o momento em que o órgão da pessoa colectiva individualiza o fim concreto de um negócio específico escapa ao controlo do Direito. E é nessa ausência de enquadramento normativo directo da escolha do conteúdo e do fim da conduta que consiste a autonomia privada[9]*. Esta consiste na permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e na titularidade e exercício do correspondente poder*[10]*.*

A autonomia privada compreende na sua essência a ideia de uma esfera de liberdade. Ela não faria pois sentido se não presidisse a um tráfego jurídico predominantemente participado por seres humanos e por pessoas colectivas privadas. Na medida, porém, em que se justifique que a Administração também tome parte no tráfego jurídico indiscriminadamente aberto a todos e regido por normas que a todos são aplicáveis, é inevitável que se verifique quanto a ela um "efeito de arrastamento". Para que a Administração Pública se sirva de institutos do Direito privado, não é necessário que os fundamentos destes lhe sejam também a ela dirigidos na sua qualidade específica de portadora dos interesses colectivos. É preciso, isso sim, que as virtualidades técnico jurídicas desses institutos também possam ser postas ao serviço das atribuições da pessoa colectiva pública.

No caso presente, verifica-se que os hospitais EPE têm como objecto estatutário a "prestação de cuidados de saúde à população". Como já se demonstrou, os hospitais EPE dispõem de capacidade jurídica de direito privado, ou seja, podem prosseguir o seu objecto utilizando para tal institutos de direito privado, desde que os mesmos se revelem aptos para a prossecução do respectivo objecto social.

Ora, constata-se, antes de mais, que os hospitais EPE em causa são associados do SUCH de há longa data, decisão que não está agora a ser sindicada.

Sendo titulares da qualidade de associado do SUCH, os hospitais EPE serão certamente dotados da capacidade jurídica necessária para gerir tal posição jurídica, salvo se se concluísse que tais actos não são necessários ou convenientes para a prossecução das atribuições de tais hospitais EPE.

Sendo o SUCH uma associação que prossegue, como fim principal, "tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus próprios associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão" (cfr. artigo 2.º dos respectivos Estatutos), parece claro que os actos praticados pelos hospitais EPE na qualidade de associados do SUCH são susceptíveis de contribuir para a prossecução das atribuições dos hospitais EPE.

De entre os actos atinentes à qualidade de associado do SUCH conta-se, naturalmente, o dever de contribuir para o património da associação, seja através do pagamento da quota ordinária ou da quota suplementar, actos para os quais os referidos hospitais EPE estão dotados de capacidade jurídica.

Em conclusão: os hospitais EPE têm uma capacidade de gozo de direitos que abrange, potencialmente, qualquer acto de direito privado que se mostre necessário ou conveniente à prossecução das suas atribuições, o que, à partida, lhe confere uma capacidade de gozo da generalidade dos direitos. Qualquer acto pode, potencialmente, contribuir para a prossecução das atribuições de um hospital EPE, só podendo afirmar-se que estão excluídos da capacidade de gozo de direitos os actos que manifestamente não contribuam para aquela prossecução. Ora, o exercício de direitos e o cumprimento de deveres na qualidade de associado do SUCH são actos jurídicos que claramente concorrem para a prossecução das atribuições dos hospitais EPE, na medida em que tal associação visa apoiar as entidades hospitalares na melhoria da eficiência na prestação de cuidados de saúde.

12. *As conclusões extraídas acima quanto aos hospitais EPE são basicamente extrapoláveis para a realidade dos hospitais incluídos no Sector Público Administrativo, sujeitos ao regime do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto.*

9 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*..., pp. 525 e sgs..
10 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*..., p. 432.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE
Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo

Conselho de Administração

De facto, também a estes hospitais é reconhecida personalidade jurídica, abrangendo a respectiva capacidade jurídica "a universalidade dos direitos e obrigações necessários à prossecução dos seus fins." (cfr. artigo 2.º do referido diploma).

Assim, e pelas mesmas razões já apontadas, nada parece restringir a capacidade destes hospitais para praticarem actos relacionados com a gestão da qualidade de associado do SUCH.

Como já se constatou, não só o princípio da especialidade é, actualmente, entendido de forma bastante atenuada, como a actividade do SUCH se integra claramente no âmbito das atribuições prosseguidas por tais hospitais. Por essas razões, nada parece confirmar a posição adoptada no Relato segundo a qual o pagamento da "quota suplementar" corresponderia à prática de acto para o qual os referidos hospitais não disporiam de capacidade jurídica.

1.4 CONCLUSÃO QUANTO À EVENTUAL RESPONSABILIDADE FINANCEIRA RESULTANTE DO PAGAMENTO DE QUOTA SUPLEMENTAR

13. *Compulsados todos os argumentos supra expendidos, afigura-se seguro concluir não existirem condições para imputação de qualquer responsabilidade financeira, nos termos do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 46/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto).*

14. *De facto, sugere-se no Relato que foi praticada a infracção prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 65.º daquela Lei, que prevê que Tribunal de Contas pode aplicar multas caso se verifique "a utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista".*

Ora, não se vislumbra que a "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH se destine a uma finalidade diversa daquela que se encontra prevista na lei para os fundos administrados pelos hospitais EPE ou pelos hospitais integrados no Sector Público Administrativo.

O património de qualquer uma das entidades deste tipo, ambas dotadas de personalidade jurídica, destina-se a satisfazer as atribuições legalmente estabelecidas, que são, no essencial, a da prestação de cuidados de saúde aos cidadãos utentes do SNS.

Constatando-se que os hospitais em questão (Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE, Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE, Hospital do Arcebispo João Crisóstomo e Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra) são associados do SUCH e que o SUCH prossegue fins de apoio à actividade destes, será forçoso concluir que as contribuições feitas por aqueles para o património desta associação não constituem qualquer desvio à finalidade legalmente estabelecida para os fundos geridos por aqueles hospitais.

15. *A imputação do pretenso desvio para finalidade diversa resulta, no essencial, do entendimento de que o pagamento da quota suplementar constituiria um empréstimo dos associados ao SUCH, tese que, juridicamente, não revela qualquer procedência, pois as contribuições para o património associativo não conferem qualquer direito a restituição, integrando-se definitivamente no património da associação.*

[redacted]

1.5 DA NÃO TRIBUTAÇÃO, EM SEDE DE IVA, DOS DESCONTOS DE QUE BENEFICIAM OS ASSOCIADOS DO SUCH

16. *O Relato ora em análise questiona ainda o facto de o SUCH não fazer incidir IVA sobre os descontos de que os associados beneficiam, em contrapartida do pagamento das respectivas quotizações, considerando que esse comportamento é susceptível de distorção da concorrência.*

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo

Conselho de Administração

17. *Ora, não só a prática do SUCH se conforma claramente com a legislação fiscal vigente, como a mesma foi já objecto de concordância por parte da Administração Fiscal em casos semelhantes.*

Na realidade, e antes de mais, note-se que o SUCH liquida IVA sobre o montante cobrado aos seus associados pelos serviços que lhes presta. De facto, a isenção prevista no n.º 19 do artigo 9.º do Código do IVA não abrange estas prestações de serviços, uma vez que o SUCH cobra aos associados uma contrapartida que excede as quotas estatutariamente pagas pelos associados.

Contudo, como já se viu acima, o preço pelo qual o SUCH cobra tais serviços é diferente consoante o destinatário dos mesmos seja um associado ou um não associado. Quando se trate de um associado, este poderá beneficiar de um desconto. Sobre tal desconto, o SUCH não liquida IVA, tal como legalmente previsto no n.º 6 do artigo 16.º do Código do IVA.

18. *Sobre a licitude de tal comportamento restam muito poucas dúvidas, pois tal é a interpretação directa e literal da supra citada disposição legal.*

19. *Acresce que a Administração Fiscal já teve oportunidade de se pronunciar sobre, pelo menos, um caso em tudo semelhante, tendo concluído que a actuação do SUCH é, de facto, a mais correcta.*

Afirmaram os serviços da Administração Fiscal que "As prestações de serviços efectuadas aos associados, e não só, são remuneradas segundo uma tabela de preços e pelas quais vem sendo liquidado IVA, tornando-se evidente que os descontos concedidos aos associados mais não são que a correspondência à quota por ele paga. Isto é, a quota funcionará como um desconto nos serviços remunerados, o que leva a concluir que a mesma não deverá ser passível de IVA" (cfr. Despacho de 2-12-1986, Proc. 30, E.N. 5079186, citado por E. PINTO FERNANDES et al., em Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado Anotado e Comentado, Editora Rei dos Livros, 4.ª Edição, 1997).

Este entendimento da Administração Fiscal vem confirmar o bem fundado da actuação do SUCH, actuação essa insusceptível de provocar qualquer distorção da concorrência. Tal é evidente se constatarmos que o montante dos descontos atribuídos aos associados do SUCH não ultrapassou 3,6% do valor total da facturação do SUCH no ano de 2009 (total de facturação de cerca de € 91.670.000,00, confrontada com quotas cobradas no montante de apenas € 3.326.420,00), proporção essa perfeitamente condicente com um típico desconto comercial.

20. *Em qualquer caso, por razões de transparência e para evitar qualquer controvérsia, o SUCH, numa gestão exemplar, cuidou de solicitar à Administração Fiscal, em 6 de Março de 2010, uma informação vinculativa sobre a questão específica das quotas suplementares, resultantes de alteração recente do regime de quotizações do SUCH.*

21. *Por todas estas razões, o SUCH não tem quaisquer dúvidas de que cumpre integralmente as exigências da lei fiscal, estranhando por que razão esta questão é, sequer, suscitada, neste Relato, pois é uma questão de todo alheia às competências do Tribunal de Contas.*

3 - Quanto às demais recomendações, para além de se afirmar que este Hospital vem adoptando nas suas aquisições de bens e serviços o regime estabelecido no Código dos Contratos Públicos, pugnará igualmente na qualidade de associado dos SUCH por igual procedimento e bem assim adoptará a revisão do regime de quotização que vier a ser deliberado na Assembleia Geral do SUCH como é recomendado por esse Tribunal.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

Com os melhores cumprimentos e consideração.

A Enfermeira Directora

Aurea Andrade

[redacted]

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Alegações da Directora-Clínica

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

Exmº Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
M.I. Auditor Coordenador do
Tribunal de Contas
Avª Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

HAJC Saida 01095 22/06/10

Assunto: Auditora orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos.
V/Refª : DA VI - Proc. nº 27/09 - Audit

MARIA CRISTINA GOMES RAMOS, Directora Clínica do Conselho de Administração do Hospital Arcebispo João Crisóstomo, até 31 de Maio de 2010, sito na Rua Padre Américo, em Cantanhede e notificado no âmbito do processo acima referenciado, vem apresentar as suas alegações:

1 – Como se lê na página 25 do Relatório deste Tribunal - *Regime de quotização e benefícios dos associados – cfr. ponto 10* - os *"associados escolhem livremente o escalão de quotização em que pretendam situar-se, tendo direito a que os SUCH deduza nas facturas emitidas o valor integral da quota, sob a forma de desconto de associado"*.

Mais se lê no dito Relatório que foi criada *" uma quota suplementar de adesão livre "* a qual *" consubstancia um empréstimo dos associados ao SUCH "* e no caso concreto a este Hospital.

Com todo o respeito que é muito, discorda-se de tal entendimento pois que tal quota suplementar consubstancia não um empréstimo, mas antes uma entrega ou adiantamento a ser levado à conta corrente e creditado faseadamente, a abater no saldo negativo que a mesma apresenta, resultante dos fornecimentos efectuados e a efectuar, devidamente facturados pelo SUCH a este Hospital.

Na verdade, a função económica do mútuo ou empréstimo, como se queira, realiza-se quando o dinheiro é entregue ao mutuário para que este lhe dê a utilização que bem entenda, o que não é o caso da quantia da dita quota suplementar. Com a receita proveniente de tal quota, o SUCH não a pode utilizar como bem entende, pois terá de a destinar ao pagamento para aquisição de bens e

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

serviços que posteriormente vem a fornecer aos seus associados, e no caso concreto a este Hospital, fornecimento este que é facturado.

Assim, a quantia correspondente ao pagamento efectuado de tal quota, em caso de incumprimento por parte do SUCH, o seu reembolso sempre estaria subordinado em última análise, ao regime jurídico do instituto de enriquecimento sem causa (cfr. artº 473º do Código Civil) e nunca ao do mútuo (cfr. artº 1142º do Código Civil).

E foi com este sentido, interpretação e qualificação jurídica de entrega por conta ou adiantamento, que este Hospital subscreveu a quota suplementar.

2 – Ademais, aduz-se aqui todo o melhor entendimento que resulta do parecer jurídico que versa sobre a matéria em questão e que aqui se junta e transcreve:

§1.º
LEGITIMIDADE DA QUOTA SUPLEMENTAR

1.1 INTRODUÇÃO

1. *No Relato ora em análise, o Tribunal de Contas considera que a quota suplementar paga por alguns dos associados do SUCH constitui um empréstimo, pelo que a decisão tomada pelos órgãos de administração de alguns dos associados do SUCH de pagar tal quota suplementar seria ilegal.*

2. *Todavia, como se confirmará de seguida, uma tal posição desconsidera manifestamente a natureza jurídica da quota em causa, bem como adopta uma interpretação incorrecta quanto à capacidade jurídica das entidades em causa, questões que serão analisadas seguidamente.*

1.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA QUOTA SUPLEMENTAR

3. *Note-se, antes de mais, a manifesta impossibilidade de considerar a quota suplementar prevista no regime de quotização do SUCH como um empréstimo.*

4. *O SUCH é, como já se referiu, uma associação de direito privado, declarada como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.*

A matriz substantiva desta entidade é, assim, uma matriz associativa, razão pela qual o regime jurídico que lhe é aplicável é, antes do mais, o regime previsto no Código Civil para as associações (artigos 167.º a 184.º do Código Civil). Ou seja, o substrato das pessoas colectivas associativas é "constituído por uma agremiação de pessoas, que juntam os seus esforços para um objectivo comum"[1].

[1] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo III, Almedina, 2004, pág. 546.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

Tal não significa, contudo, que as associações sejam desprovidas de qualquer património. A realização dos fins associativos implica, as mais das vezes, a necessidade de constituição de um património próprio e autónomo, que habilite a estrutura associativa a prosseguir os seus fins.

5. *Não impondo o regime legal quaisquer soluções específicas quanto ao contributo dos associados para o património de uma associação, a prática mais comum vem sendo a da fixação de "quotas" periódicas a pagar pelos associados. A generalização de tal prática leva a doutrina a considerá-la mesmo uma prática seguida "universalmente"[2].*

A mesma doutrina caracteriza claramente a natureza jurídica de tais "quotas" de forma manifestamente incompatível com o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Contas.

De facto, as contribuições que os associados fazem para o património de uma associação resultam na integração dessas mesmas contribuições no património da associação. A contribuição do associado deixa mesmo "de estar na disponibilidade daquele", de tal modo que "o associado que (...) deixe de pertencer à associação não pode reclamar os bens com que tenha contribuído"[3].

Deste modo, é forçoso concluir que o contributo realizado por um associado para o património associativo constitui uma contribuição "a fundo perdido", não lhe conferindo qualquer direito à restituição dos bens assim prestados em favor da associação.

6. *O Tribunal de Contas, contudo, atribui à "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH a natureza de um empréstimo, o que pressupõe, naturalmente, a assunção pela associação de um dever de restituição da quantia entregue.*

Apesar da escassa fundamentação de tal caracterização, parece que tal entendimento do Tribunal resulta do facto de tal "quota suplementar" conferir ao associado o direito a que lhe sejam atribuídos descontos nos serviços que lhe sejam futuramente prestados pelo SUCH.

Ora, salvo o devido respeito, tal característica da "quota suplementar" não é, de modo algum, suficiente para que lhe seja atribuída a natureza de empréstimo. Vejamos:

7. *Em primeiro lugar, é manifestamente comum que as quotas pagas pelos associados lhes confiram, em contrapartida, direito a descontos na aquisição de serviços junto da respectiva associação.*

A doutrina inclui tal tipo de benefícios entre as "vantagens puramente internas" que podem decorrer da qualidade de associado, designadamente o direito de utilizar bens ou serviços da associação com "descontos ou em condições preferenciais"[4]. Sendo perfeitamente inédito que, por causa de tais descontos, se conclua que as quotas pagas pelos associados constituem empréstimos.

É igualmente corrente a aceitação de que, para além da contribuição devida no momento da adesão (usualmente denominada "jóia") e da contribuição periódica (usualmente denominada "quota"), os estatutos ou regulamentos prevejam outras contribuições, sejam elas "devidas em certas ocasiões ou como contrapartida de determinadas vantagens".[5]

Esse é o caso presente: os associados do SUCH podem contribuir para o património associativo de outra forma para além da quota regular. Ao pagarem a "quota suplementar", os associados do SUCH têm acesso à aquisição de serviços em condições preferenciais (o referido desconto).

Pode discutir-se se as vantagens obtidas em consequência do pagamento da "quota suplementar" são suficientes para compensar o dispêndio correspondente, mas essa é uma discussão puramente ao nível gestionário, sem qualquer relevância ao nível jurídico.

---

[2] Cfr. Manuel Vilar de Macedo, As Associações no Direito Civil, Coimbra Editora, 2007, pág. 49.

[3] Cfr. ANTÓNIO VILAR DE MACEDO, op. cit., pág. 48.

[4] Cfr. MENEZES CORDEIRO, op.cit., págs. 664-665.

[5] Cfr. MENEZES CORDEIRO, op.cit., pág. 665.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Juridicamente, a "quota suplementar" é um modo relativamente típico de contribuição para o património de uma associação, não sendo descaracterizada pelo facto de conferir determinadas vantagens aos associados que a realizem.

8. *Em segundo lugar, é inexorável constatar que a natureza jurídica das "quotas" pagas pelos associados é totalmente insusceptível de ser enquadrada no instituto do mútuo.*

Um dos elementos essenciais do contrato de mútuo é o dever de restituição a que o mutuário fica obrigado (nos termos do artigo 1142.º do Código Civil, o dever de "restituir outro tanto do mesmo género e qualidade").

Ora, com o pagamento da "quota suplementar", o SUCH não assume qualquer dever de restituição da mesma quantia, nem o associado fica titular do direito ao respectivo reembolso. O associado que contribua para o património associativo mediante o pagamento da "quota suplementar" beneficiará, apenas, do direito a adquirir determinados serviços junto do SUCH, em condições preferenciais, ou seja, com desconto. O montante de tal desconto pode, ou não, atingir o montante da contribuição em causa.

Estamos, assim, perante uma situação relativamente vulgar no âmbito das contribuições para o património de uma associação (uma quota extraordinária), assim como perante uma vantagem comummente atribuída aos associados (um desconto) e não perante um mútuo. Quer do lado dos deveres dos associados, quer do lado dos direitos dos associados, tal situação corresponde a uma situação perfeitamente típica no universo associativo.

As contribuições realizadas pelos associados do SUCH a título de "quota suplementar" constituem, assim, uma forma de esses associados contribuírem (a fundo perdido) para o património associativo, com o objectivo de dotar a associação dos meios necessários para a prossecução dos respectivos fins (no essencial, a prestação de serviços aos respectivos associados).

O pagamento de tal contribuição constitui uma mera decorrência da qualidade de associado do SUCH, qualidade essa de que deriva o dever de contribuir para o património associativo (a doutrina chega mesmo a considerá-la "a principal obrigação dos associados"[6]).

No Relato do Tribunal de Contas, confunde-se, portanto, financiamento com empréstimo: naturalmente o pagamento da quota suplementar visa financiar o SUCH, tal como qualquer outra contribuição para o património de uma associação; contudo, tal financiamento não reveste a forma de empréstimo. De facto, esta forma de financiamento não reveste qualquer natureza creditícia pois não cria, a favor do associado, qualquer direito de crédito à restituição da quantia em causa.

9. *Em terceiro lugar, a conclusão, a nosso ver precipitada, de que a "quota suplementar" é um empréstimo, conduziria, por identidade de razões, a considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH também o é.*

De facto, também o pagamento da quota ordinária confere aos associados do SUCH o direito a descontos na aquisição de serviços junto deste (cfr. artigo 5.º do Regime de Quotização e Benefícios dos Associados do SUCH).

Pelo que, a ser tal característica um elemento decisivo no sentido de tornar a "quota" um empréstimo, tal característica também se verifica quanto à quota ordinária paga pelos associados do SUCH.

Ora, por todas as razões já expostas, também aqui não faz sentido considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH constitui um empréstimo destes à associação.

É natural que alguns associados possam encará-la, do ponto de vista económico, como uma forma de "adiantamento" por conta dos benefícios que a qualidade de associado lhes trará (nomeadamente os descontos). Contudo, juridicamente, é totalmente claro que o negócio jurídico em causa não é um mútuo, mas sim uma prestação a fundo perdido, que não confere ao associado qualquer

[6] Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.ª edição, Universidade Católica Editora, 2001, pág. 627.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

direito à restituição da quantia prestada, que se integra ou dilui, definitivamente, no património associativo[7].

1.3 DA CAPACIDADE JURÍDICA DAS ENTIDADES DO SNS ENVOLVIDAS

10. *Após se ter demonstrado que o negócio jurídico atinente ao pagamento da "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH não poderá, em caso algum, ser considerado um contrato de empréstimo, passar-se-á a analisar a questão de saber se as entidades do SNS em questão teriam, ou não, capacidade jurídica para a prática de tal acto.*

Segundo o Relato, a "quota suplementar" foi paga por quatro entidades hospitalares, duas deles Entidade Públicas Empresariais e outras duas do Sector Público Administrativo, que não seriam dotadas da capacidade jurídica necessária para a prática de tal acto.

Analisemos separadamente a capacidade jurídica de cada um deste tipo de entidades.

11. *Os hospitais E.P.E. são pessoas colectivas de direito público de natureza empresarial dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (cfr. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro).*

Os hospitais E. P. E. regem-se pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais, com as especificidades constantes do diploma supra referido, dos seus Estatutos, bem como dos respectivos regulamentos internos e das normas em vigor para o Serviço Nacional de Saúde.

Nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, "a capacidade jurídica dos hospitais E. P. E. abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objecto e das suas atribuições".

A norma em causa mais não é do que uma adaptação do princípio da especialidade, princípio geral de direito civil, constante do artigo 160.º do Código Civil, segundo o qual "A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.".

A doutrina de há muito ultrapassou a visão restritiva que limitava a capacidade das pessoas colectivas, em benefício de uma visão mais aberta, em que se permite às pessoas colectivas o gozo da generalidade dos direitos[8]*. No direito civil, a discussão restringe-se hoje à capacidade das pessoas colectivas com fim lucrativo para a prática de actos gratuitos, ainda assim admitidos em determinados casos.*

No que especificamente se refere às pessoas colectivas públicas, é sabido que estas também gozam de capacidade jurídica de direito privado. É o escopo estatutário que serve de medida do âmbito dessa capacidade, visto que, no Direito português, o princípio da especialidade vigora para as pessoas colectivas em geral e, assim sendo, também, para as pessoas colectivas públicas (artigo 160.º do Código Civil). A capacidade de gozo de direito privado das pessoas colectivas públicas modela-se, portanto, sobre as respectivas atribuições.

A sujeição das pessoas colectivas públicas ao princípio da especialidade não constitui razão suficiente para concluir que a celebração por elas de negócios jurídicos de direito privado se processe fora do âmbito do princípio da autonomia privada. O princípio da especialidade não é incompatível com a autonomia privada visto que ele não acarreta a substituição da vontade do autor da declaração

[7] O património associativo só poderá reverter em benefício dos associados em caso de liquidação. Cfr., *a contrario sensu*, o disposto no artigo 181.º do Código Civil e António Vilar de Macedo, op.cit., págs. 28-29. É esta uma das características diferenciadoras da contribuição para o património de uma associação face às entradas dos sócios numa sociedade comercial.

[8] PIRES DE LIMA /ANTUNES VARELA afirmam que "consagra-se, por conseguinte, o princípio da especialização, mas com larga atenuação do seu rigor" (Código Civil Anotado, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1987, pág. 165), enquanto MENEZES CORDEIRO é mais afirmativo ao declarar que "*o denominado princípio da especialidade não restringe, hoje, a capacidade das pessoas colectivas*" (op.cit., pág. 597).

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

negocial pelo comando normativo no que toca à determinação do fim do acto. Da especialidade apenas resulta a ilicitude daqueles fins que não correspondam ao escopo estatutário da pessoa colectiva (ou seja, às atribuições da pessoa colectiva pública). Para aquém dessa delimitação negativa de fins susceptíveis de ser prosseguidos, ou seja, enquanto se mantenha no âmbito do acervo dos fins estatutários, o momento em que o órgão da pessoa colectiva individualiza o fim concreto de um negócio específico escapa ao controlo do Direito. E é nessa ausência de enquadramento normativo directo da escolha do conteúdo e do fim da conduta que consiste a autonomia privada[9]. Esta consiste na permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e na titularidade e exercício do correspondente poder[10].

A autonomia privada compreende na sua essência a ideia de uma esfera de liberdade. Ela não faria pois sentido se não presidisse a um tráfego jurídico predominantemente participado por seres humanos e por pessoas colectivas privadas. Na medida, porém, em que se justifique que a Administração também tome parte no tráfego jurídico indiscriminadamente aberto a todos e regido por normas que a todos são aplicáveis, é inevitável que se verifique quanto a ela um "efeito de arrastamento". Para que a Administração Pública se sirva de institutos do Direito privado, não é necessário que os fundamentos destes lhe sejam também a ela dirigidos na sua qualidade específica de portadora dos interesses colectivos. É preciso, isso sim, que as virtualidades técnico jurídicas desses institutos também possam ser postas ao serviço das atribuições da pessoa colectiva pública.

No caso presente, verifica-se que os hospitais EPE têm como objecto estatutário a "prestação de cuidados de saúde à população". Como já se demonstrou, os hospitais EPE dispõem de capacidade jurídica de direito privado, ou seja, podem prosseguir o seu objecto utilizando para tal institutos de direito privado, desde que os mesmos se revelem aptos para a prossecução do respectivo objecto social.

Ora, constata-se, antes de mais, que os hospitais EPE em causa são associados do SUCH de há longa data, decisão que não está agora a ser sindicada.

Sendo titulares da qualidade de associado do SUCH, os hospitais EPE serão certamente dotados da capacidade jurídica necessária para gerir tal posição jurídica, salvo se se concluísse que tais actos não são necessários ou convenientes para a prossecução das atribuições de tais hospitais EPE.

Sendo o SUCH uma associação que prossegue, como fim principal, "tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus próprios associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão" (cfr. artigo 2.º dos respectivos Estatutos), parece claro que os actos praticados pelos hospitais EPE na qualidade de associados do SUCH são susceptíveis de contribuir para a prossecução das atribuições dos hospitais EPE.

De entre os actos atinentes à qualidade de associado do SUCH conta-se, naturalmente, o dever de contribuir para o património da associação, seja através do pagamento da quota ordinária ou da quota suplementar, actos para os quais os referidos hospitais EPE estão dotados de capacidade jurídica.

Em conclusão: os hospitais EPE têm uma capacidade de gozo de direitos que abrange, potencialmente, qualquer acto de direito privado que se mostre necessário ou conveniente à prossecução das suas atribuições, o que, à partida, lhe confere uma capacidade de gozo da generalidade dos direitos. Qualquer acto pode, potencialmente, contribuir para a prossecução das atribuições de um hospital EPE, só podendo afirmar-se que estão excluídos da capacidade de gozo de direitos os actos que manifestamente não contribuam para aquela prossecução. Ora, o exercício de direitos e o cumprimento de deveres na qualidade de associado do SUCH são actos jurídicos que claramente concorrem para a prossecução das atribuições dos hospitais EPE, na medida em que tal associação visa apoiar as entidades hospitalares na melhoria da eficiência na prestação de cuidados de saúde.

12. *As conclusões extraídas acima quanto aos hospitais EPE são basicamente extrapoláveis para a realidade dos hospitais incluídos no Sector Público Administrativo, sujeitos ao regime do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto.*

9 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, pp. 525 e sgs..
10 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 432.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

De facto, também a estes hospitais é reconhecida personalidade jurídica, abrangendo a respectiva capacidade jurídica "a universalidade dos direitos e obrigações necessários à prossecução dos seus fins." (cfr. artigo 2.º do referido diploma).

Assim, e pelas mesmas razões já apontadas, nada parece restringir a capacidade destes hospitais para praticarem actos relacionados com a gestão da qualidade de associado do SUCH.

Como já se constatou, não só o princípio da especialidade é, actualmente, entendido de forma bastante atenuada, como a actividade do SUCH se integra claramente no âmbito das atribuições prosseguidas por tais hospitais. Por essas razões, nada parece confirmar a posição adoptada no Relato segundo a qual o pagamento da "quota suplementar" corresponderia à prática de acto para o qual os referidos hospitais não disporiam de capacidade jurídica.

1.4 CONCLUSÃO QUANTO À EVENTUAL RESPONSABILIDADE FINANCEIRA RESULTANTE DO PAGAMENTO DE QUOTA SUPLEMENTAR

13. *Compulsados todos os argumentos supra expendidos, afigura-se seguro concluir não existirem condições para imputação de qualquer responsabilidade financeira, nos termos do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 46/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto).*

14. *De facto, sugere-se no Relato que foi praticada a infracção prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 65.º daquela Lei, que prevê que Tribunal de Contas pode aplicar multas caso se verifique "a utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista".*

Ora, não se vislumbra que a "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH se destine a uma finalidade diversa daquela que se encontra prevista na lei para os fundos administrados pelos hospitais EPE ou pelos hospitais integrados no Sector Público Administrativo.

O património de qualquer uma das entidades deste tipo, ambas dotadas de personalidade jurídica, destina-se a satisfazer as atribuições legalmente estabelecidas, que são, no essencial, a da prestação de cuidados de saúde aos cidadãos utentes do SNS.

Constatando-se que os hospitais em questão (Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE, Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE, Hospital do Arcebispo João Crisóstomo e Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra) são associados do SUCH e que o SUCH prossegue fins de apoio à actividade destes, será forçoso concluir que as contribuições feitas por aqueles para o património desta associação não constituem qualquer desvio à finalidade legalmente estabelecida para os fundos geridos por aqueles hospitais.

15. *A imputação do pretenso desvio para finalidade diversa resulta, no essencial, do entendimento de que o pagamento da quota suplementar constituiria um empréstimo dos associados ao SUCH, tese que, juridicamente, não revela qualquer procedência, pois as contribuições para o património associativo não conferem qualquer direito a restituição, integrando-se definitivamente no património da associação.*

1.5 DA NÃO TRIBUTAÇÃO, EM SEDE DE IVA, DOS DESCONTOS DE QUE BENEFICIAM OS ASSOCIADOS DO SUCH

16. *O Relato ora em análise questiona ainda o facto de o SUCH não fazer incidir IVA sobre os descontos de que os associados beneficiam, em contrapartida do pagamento das respectivas quotizações, considerando que esse comportamento é susceptível de distorção da concorrência.*

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo

Conselho de Administração

17. *Ora, não só a prática do SUCH se conforma claramente com a legislação fiscal vigente, como a mesma foi já objecto de concordância por parte da Administração Fiscal em casos semelhantes.*

Na realidade, e antes de mais, note-se que o SUCH liquida IVA sobre o montante cobrado aos seus associados pelos serviços que lhes presta. De facto, a isenção prevista no n.º 19 do artigo 9.º do Código do IVA não abrange estas prestações de serviços, uma vez que o SUCH cobra aos associados uma contrapartida que excede as quotas estatutariamente pagas pelos associados.

Contudo, como já se viu acima, o preço pelo qual o SUCH cobra tais serviços é diferente consoante o destinatário dos mesmos seja um associado ou um não associado. Quando se trate de um associado, este poderá beneficiar de um desconto. Sobre tal desconto, o SUCH não liquida IVA, tal como legalmente previsto no n.º 6 do artigo 16.º do Código do IVA.

18. *Sobre a licitude de tal comportamento restam muito poucas dúvidas, pois tal é a interpretação directa e literal da supra citada disposição legal.*

19. *Acresce que a Administração Fiscal já teve oportunidade de se pronunciar sobre, pelo menos, um caso em tudo semelhante, tendo concluído que a actuação do SUCH é, de facto, a mais correcta.*

Afirmaram os serviços da Administração Fiscal que "As prestações de serviços efectuadas aos associados, e não só, são remuneradas segundo uma tabela de preços e pelas quais vem sendo liquidado IVA, tornando-se evidente que os descontos concedidos aos associados mais não são que a correspondência à quota por ele paga. Isto é, a quota funcionará como um desconto nos serviços remunerados, o que leva a concluir que a mesma não deverá ser passível de IVA" (cfr. Despacho de 2-12-1986, Proc. 30, E.N. 5079186, citado por E. PINTO FERNANDES et al., em Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado Anotado e Comentado, Editora Rei dos Livros, 4.ª Edição, 1997).

Este entendimento da Administração Fiscal vem confirmar o bem fundado da actuação do SUCH, actuação essa insusceptível de provocar qualquer distorção da concorrência. Tal é evidente se constatarmos que o montante dos descontos atribuídos aos associados do SUCH não ultrapassou 3,6% do valor total da facturação do SUCH no ano de 2009 (total de facturação de cerca de € 91.670.000,00, confrontada com quotas cobradas no montante de apenas € 3.326.420,00), proporção essa perfeitamente condicente com um típico desconto comercial.

20. *Em qualquer caso, por razões de transparência e para evitar qualquer controvérsia, o SUCH, numa gestão exemplar, cuidou de solicitar à Administração Fiscal, em 6 de Março de 2010, uma informação vinculativa sobre a questão específica das quotas suplementares, resultantes de alteração recente do regime de quotizações do SUCH.*

21. *Por todas estas razões, o SUCH não tem quaisquer dúvidas de que cumpre integralmente as exigências da lei fiscal, estranhando por que razão esta questão é, sequer, suscitada, neste Relato, pois é uma questão de todo alheia às competências do Tribunal de Contas.*

3 - Quanto às demais recomendações, para além de se afirmar que este Hospital vem adoptando nas suas aquisições de bens e serviços o regime estabelecido no Código dos Contratos Públicos, pugnará igualmente na qualidade de associado dos SUCH por igual procedimento e bem assim adoptará a revisão do regime de quotização que vier a ser deliberado na Assembleia Geral do SUCH como é recomendado por esse Tribunal.

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

[redacted]
Hospital Cantanhede
Arcebispo João Crisóstomo

Hospital do Arcebispo João Crisóstomo
Conselho de Administração

Com os melhores cumprimentos e consideração.

Maria Cristina Gomes Ramos

Maria Cristina Gomes Ramos

[redacted]

Hospital Arcebispo João Crisóstomo
Rua Padre Américo
Apartado 61
3061-909 CANTANHEDE

Tel: 231 419 210
Fax: 231 419 219
administracao@hdcantanhede.min-saude.pt
www.hdcantanhede.min-saude.pt

XVIII. Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE

- Contraditório institucional e pessoal –

(Os responsáveis apresentaram alegações em conjunto e separado. Contudo porque o teor destas era totalmente coincidente com o das alegações apresentadas em conjunto, digitalizaram-se apenas as primeiras)

Centro Hospitalar Cova da Beira, E.P.E.

Exm. Senhor
Director Geral do Tribunal de Contas
Auditor-Coordenador
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

Registada com aviso de recepção

Sua referência	*Sua comunicação*	*Nossa referência*	*Data*
DA VI Proc. nº 27/09-Audit Ref. 05820	25-05-2010	*N.º* *P.º*	22/06/2010

ASSUNTO: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos.

Em reposta ao ofício de V. Exa., de 25 de Maio de 2010, referente ao assunto em epígrafe, dando cumprimento ao direito de contraditório previsto na Lei nº 98/97, de 26 de Agosto, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 48/2006, vem o Conselho de Administração do Centro Hospitalar Cova da Beira, E.P.E, apresentar, em anexo as suas alegações, referentes ao salientado no relatório de auditoria, em especial no que concerne às conclusões e recomendações e ao quadro de eventuais infracções financeiras, constante do anexo I.

Com os nossos melhores cumprimentos,

Capital Social: 19.950.000,00 € - Nº Contribuinte: 506 361 659 – C. R. C. Covilhã 2893

Sede: Quinta do Alvito 6200 – 251 Covilhã
Av. Adolfo Portela 6230 – 288 Fundão
☎ 275 330 000
☎ 275 330 000
Fax: 275 330 001
Fax: 275 751 057

O Conselho de Administração
Do Centro Hospitalar Cova da Beira, E.P.E.

O Presidente

(Dr. João José Casteleiro Alves)

A Vogal

(Dr.ª Maria Dulce Gomes Ribeiro Barata)

O Director Clínico

(Dr. António João Figueiredo Gomes)

O Enfermeiro Director

(Enf. João José Carvalhão Ramalhinho)

A Vogal

(Dr.ª Elsa Maria Baião Ferreira Airoso Banza)

Relatório de Auditoria nº 27/09

Em sede de contraditório, vêm João José Casteleiro Alves, Presidente do Conselho de Administração, João António Figueiredo Gomes, Director Clínico, João José Carvalhão Ramalhinho, Enfermeiro Director, Maria Dulce Barata Gomes e Elsa Maria Baião Ferreira Airoso Banza, Vogais do Conselho de Administração, do Centro Hospitalar Cova da Beira E.P.E., apresentar as suas alegações:

1- Subscrição da quota suplementar do SUCH pelo Centro Hospitalar Cova da Beira EPE e correspondente natureza jurídica.

O SUCH enviou no dia 14 de Julho de 2009 ofício dirigido ao Centro Hospitalar Cova da Beira EPE - Conselho de Administração – Documento nº 1, comunicando que, em Assembleia-Geral Extraordinária do SUCH de 3 de Julho de 2009, tinham sido elaboradas as seguintes propostas:

" 1- A alteração do regime de quotização, criando uma quota suplementar de subscrição livre " dedutível nas prestações contratadas ao SUCH e objecto de bonificação final sobre o seu montante" e uma que permitiriam " antever uma melhoria na autonomia financeira do SUCH, viabilizando a continuidade na realização do investimento previsto no plano estratégico 2007-2009, e possibilitando o acesso a financiamento pelo QREN das empresas maioritariamente detidas pela Associação.

2-Moção de compromisso na regularidade de pagamentos."

As alterações ao "Regime de quotização e Benefícios dos Associados do SUCH", foram aprovadas na Assembleia-Geral Extraordinária referida, sendo que o artigo 9º passou a ter a seguinte redacção:

"

Artigo 9º

Quota Suplementar

1. Os Associados poderão subscrever anualmente uma Quota Suplementar orientada para a consolidação de uma relação de longa duração entre o Associado e o SUCH.
2. A Quota Suplementar equivale ao pagamento de um montante correspondente a um dos seguintes valores, à escolha do associado:
    a. 1/1000 do orçamento global anual do associado;

1

b. O valor das prestações directamente contratadas e já facturadas no ano anterior pelo SUCH ao Associado, nos termos previstos no orçamento global inicial deste último.

3. Do valor apurado será efectuado o pagamento no respectivo ano económico, sendo dedutível nas prestações contratadas ao SUCH.

4. A dedução referida no número incide sobre a facturação dos serviços contratados ao SUCH até perfazer o montante global da Quota Suplementar, nos termos das alíneas seguintes:

a. 25% na facturação do ano seguinte à prestação da quota suplementar (ano n+1);

b. 25% na facturação do ano n+2;

c. 50% na facturação do ano n+3;

d. As deduções previstas nas alíneas anteriores serão efectuadas trimestralmente.

5. No último ano de dedução nos termos do número anterior o Associado beneficia ainda de uma bonificação de 2% ao ano, calculado sobre o montante total da quota suplementar.

6. A Quota Suplementar e respectivas contrapartidas não prejudicam nenhuma outra norma do presente regime de quotização.

7. No caso de se verificar um atraso no pagamento das facturas do SUCH que exceda 90 dias após a respectiva emissão, o SUCH terá de suspender até ao fim da mora as deduções e bónus previstos no presente artigo.

8. Os Associados deverão comunicar anualmente e por escrito ao SUCH até 31 de Janeiro a intenção de subscrição de quota suplementar"

O Conselho Administração do Centro Hospitalar Cova da Beira EPE reuniu no dia 22 de Setembro de 2009, a fim de analisar o teor da comunicação do SUCH, tendo proferido a seguinte deliberação:

" Tendo em conta os fundamentos apresentados pelo Conselho de Administração do SUCH, pese embora a nossa situação financeira não ser favorável, contudo, delibera-se pela subscrição da quota suplementar de 1 /1000 do orçamento global desta Instituição. O reembolso do valor da quota está acautelado pelas deduções na facturação das prestações contratadas nos próximos 3 anos bem como a bonificação prevista de 2% ano". A deliberação do Conselho de Administração, sobre a subscrição da quota

suplementar, foi precedida de parecer favorável do fiscal único, conforme Documento nº 2.

Da Fundamentação:

A opção pela subscrição da quota suplementar pelo Conselho de Administração foi concretizada por a mesma implicar a estruturação de uma forma de pagamento da dívida vencida do Centro Hospitalar ao SUCH, que conduzia benefícios para a nossa Instituição, facto este que se passa a explicar:

1- Em Agosto de 2009 a dívida vencida ao SUCH ascendia a 508.740,35 Euros;

2- O cumprimento a tempo e horas, do pagamento ao SUCH implicaria que, fosse realizada a entrega de 394.590,61 Euros, o que seria difícil de concretizar pelo facto de a disponibilidade orçamental de tesouraria existente ser de 715.092,06 Euros, estando esta verba afecta ao pagamento das obrigações legais à Segurança Social, enquanto entidade empregadora, à ADSE, entre outras; Situação esta que não é isolada relativamente a outros Hospitais E.P.E. e que tem sido acompanhada e do conhecimento da Direcção Geral da Finanças e da Administração Central do Sistema de Saúde.

3- O Centro Hospitalar Cova da Beira EPE somente iria obter a receita de 1/2 do duodécimo no dia 10 de Setembro, destinando-se este montante ao cumprimento dos pagamentos obrigatórios dos encargos com despesas de água, electricidade, combustíveis, comunicações e outros.

Perante a possibilidade de assegurar o cumprimento da obrigação legal de pagamento da dívida vencida ao SUCH, com a entrega de um adiantamento de pagamento, sob a forma de quota suplementar, que, por um lado, seria deduzido à dívida vencida e, por outro, afastaria a exigência de pagamento de juros de mora pelo SUCH, não vacilou o Conselho de Administração em tomar uma decisão que configurava uma poupança ao erário público.

Juridicamente esta situação enquadra-se na ***dação em cumprimento***, conforme art. 837.º do Código Civil. Esta figura corresponde a uma das formas de extinção das obrigações e consiste na realização de uma prestação diferente da devida com o fim de, mediante acordo do credor, extinguir imediatamente a obrigação, sendo que o carácter extintivo da obrigação por via da prestação diferente da devida resultou da vontade expressa das partes.

Ora, com a subscrição da quota suplementar, o Centro Hospitalar, assegurou em parte os créditos do SUCH, facto este que indubitavelmente se enquadra em dação em cumprimento, pois que, com esta prestação, deu-se a extinção parcial da obrigação pecuniária da dívida, como era intenção comum a ambas as partes, conforme o estipulado no nº 3 e nº 4 do artigo 9º do "Regime de quotização e Benefícios dos Associados do SUCH". A subscrição da quota suplementar consubstancia, em suma, a contraprestação (embora parcial e de diferente natureza da originariamente devida) da prestação dos serviços do SUCH.

Os Hospitais EPE, enquanto entidades públicas de natureza empresarial são regidos pelo Decreto – Lei nº 558/99 de 17 de Dezembro, com a versão introduzida pelo Decreto-Lei n.º 300/2007 de 23 de Agosto. Determina o artigo 37º deste diploma legal, aplicável por força do artigo 10º, alínea i), do Decreto Lei nº 233/2005, que" Sem prejuízo do disposto em legislação especial, a participação do Estado ou de outras entidades públicas estaduais, bem como das empresas públicas, na constituição de sociedades e na aquisição ou alienação de partes de capital está sujeita a autorização do Ministro das Finanças e do ministro responsável pelo sector, **excepto nas aquisições que decorram de dação em cumprimento**, doação, renúncia ou abandono". Ora, assim, o **Centro Hospitalar Cova da Beira, está plenamente legitimado para aceitar a dação em pagamento configurada pela subscrição da quota suplementar do SUCH.**

Ainda que assim não se possa entender, sempre se poderá dizer que:

Da manifesta impossibilidade de considerar a quota suplementar prevista no regime de quotização do SUCH como um empréstimo em virtude da sua natureza jurídica.

O SUCH é, como já se referiu, uma associação de direito privado, declarada como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

A matriz substantiva desta entidade é, assim, uma matriz associativa, razão pela qual o regime jurídico que lhe é aplicável é, antes do mais, o regime previsto no Código Civil para as associações (artigos 167.º a 184.º do Código Civil). Ou seja, o substrato das

pessoas colectivas associativas é "*constituído por uma agremiação de pessoas, que juntam os seus esforços para um objectivo comum*"[1].

Tal não significa, contudo, que as associações sejam desprovidas de qualquer património. A realização dos fins associativos implica, as mais das vezes, a necessidade de constituição de um património próprio e autónomo, que habilite a estrutura associativa a prosseguir os seus fins.

Não impondo o regime legal quaisquer soluções específicas quanto ao contributo dos associados para o património de uma associação, a prática mais comum vem sendo a da fixação de "quotas" periódicas a pagar pelos associados. A generalização de tal prática leva a doutrina a considerá-la mesmo uma prática seguida "*universalmente*"[2].
A mesma doutrina caracteriza claramente a natureza jurídica de tais "quotas" de forma manifestamente incompatível com o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Contas.
De facto, as contribuições que os associados fazem para o património de uma associação resultam na integração dessas mesmas contribuições no património da associação. A contribuição do associado deixa mesmo "*de estar na disponibilidade daquele*", de tal modo que "*o associado que (...) deixe de pertencer à associação não pode reclamar os bens com que tenha contribuído*"[3].

O Tribunal de Contas, contudo, atribui à "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH a natureza de um empréstimo, o que pressupõe, naturalmente, a assunção pela associação de um dever de restituição da quantia entregue.

Apesar da escassa fundamentação de tal caracterização, parece que tal entendimento do Tribunal resulta do facto de tal "quota suplementar" conferir ao associado o direito a que lhe sejam atribuídos descontos nos serviços que lhe sejam futuramente prestados pelo SUCH.
Ora, salvo o devido respeito, tal característica da "quota suplementar" não é, de modo algum, suficiente para que lhe seja atribuída a natureza de empréstimo. Vejamos:

Em primeiro lugar, é manifestamente comum que as quotas pagas pelos associados lhes confiram, em contrapartida, direito a descontos na aquisição de serviços junto da respectiva associação.

[1] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo III, Almedina, 2004, pág. 546.
[2] Cfr. Manuel Vilar de Macedo, As Associações no Direito Civil, Coimbra Editora, 2007, pág. 49.
[3] Cfr. ANTÓNIO VILAR DE MACEDO, op. cit., pág. 48.

A doutrina inclui tal tipo de benefícios entre as "*vantagens puramente internas*" que podem decorrer da qualidade de associado, designadamente o direito de utilizar bens ou serviços da associação com "*descontos ou em condições preferenciais*"[4]. Sendo perfeitamente inédito que, por causa de tais descontos, se conclua que as quotas pagas pelos associados constituem empréstimos.

É igualmente corrente a aceitação de que, para além da contribuição devida no momento da adesão (usualmente denominada "jóia") e da contribuição periódica (usualmente denominada "quota"), os estatutos ou regulamentos prevejam outras contribuições, sejam elas "*devidas em certas ocasiões ou como contrapartida de determinadas vantagens*".[5]

Esse é o caso presente: os associados do SUCH podem contribuir para o património associativo de outra forma para além da quota regular. Ao pagarem a "quota suplementar", os associados do SUCH têm acesso à aquisição de serviços em condições preferenciais (o referido desconto).

Pode discutir-se se as vantagens obtidas em consequência do pagamento da "quota suplementar" são suficientes para compensar o dispêndio correspondente, mas essa é uma discussão puramente ao nível gestionário, sem qualquer relevância ao nível jurídico.

Juridicamente, a "quota suplementar" é um modo relativamente típico de contribuição para o património de uma associação, não sendo descaracterizada pelo facto de conferir determinadas vantagens aos associados que a realizem.

Em segundo lugar, é inexorável constatar que a natureza jurídica das "quotas" pagas pelos associados é totalmente insusceptível de ser enquadrada no instituto do mútuo.

Um dos elementos essenciais do contrato de mútuo é o dever de restituição a que o mutuário fica obrigado (nos termos do artigo 1142.º do Código Civil, o dever de "*restituir outro tanto do mesmo género e qualidade*").

Ora, com o pagamento da "quota suplementar", o SUCH não assume qualquer dever de restituição da mesma quantia, nem o associado fica titular do direito ao respectivo reembolso. O associado que contribua para o património associativo mediante o pagamento da "quota suplementar" beneficiará, apenas, do direito a adquirir determinados serviços junto do SUCH, em condições preferenciais, ou seja, com

[4] Cfr. MENEZES CORDEIRO, op.cit., págs. 664-665.

[5] Cfr. MENEZES CORDEIRO, op.cit., pág. 665.

desconto. O montante de tal desconto pode, ou não, atingir o montante da contribuição em causa.

Estamos, assim, perante uma situação relativamente vulgar no âmbito das contribuições para o património de uma associação (uma quota extraordinária), assim como perante uma vantagem comummente atribuída aos associados (um desconto) e não perante um mútuo. Quer do lado dos deveres dos associados, quer do lado dos direitos dos associados, tal situação corresponde a uma situação perfeitamente típica no universo associativo.

Em terceiro lugar, a conclusão de que a "quota suplementar" é um empréstimo, conduziria, por identidade de razões, a considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH também o é.

De facto, também o pagamento da quota ordinária confere aos associados do SUCH o direito a descontos na aquisição de serviços junto deste (cfr. artigo 5.º do Regime de Quotização e Benefícios dos Associados do SUCH).

Pelo que, a ser tal característica um elemento decisivo no sentido de tornar a "quota" um empréstimo, tal característica também se verifica quanto à quota ordinária paga pelos associados do SUCH.

Ora, por todas as razões já expostas, também aqui não faz sentido considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH constitui um empréstimo destes à associação.

É natural que como associados e beneficiários dos serviços prestados, se encarasse a quota suplementar, do ponto de vista económico, como uma forma de "adiantamento" por conta dos benefícios que a qualidade de associado lhes trará (nomeadamente os descontos).

2- Da fundamentação jurídica das alegadas infracções financeiras constante no Relato

A constituição da participação através de uma quota na Associação SUCH encontra-se já constituída anteriormente à criação do Centro Hospitalar Cova da Beira, em 1999, tratando-se, por isso, apenas no caso em apreço de um reforço na quota de associado já vinculado, definida por uma alteração aos estatutos da entidade associada SUCH.

Não se trata, por isso, da constituição de uma nova relação jurídica, mas sim um reforço de uma já existente através de uma alteração aos termos da relação constituída contratualmente e transmitida por força do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 233/2005.
Não se percebe, assim, o porquê do entendimento do Tribunal de Contas, vertido no relato de auditoria, quanto à existência de uma violação deste artigo 2º.

No que se refere à violação do artigo 3º do Decreto-Lei nº 233/2005, em nada nos parece ter sido o mesmo afectado. Senão vejamos, não há na subscrição de uma quota suplementar qualquer alteração ao capital estatutário do Centro Hospitalar.
Relativamente ao artigo 7º, do Decreto – Lei nº 233/2005, referido como norma violada no relatório de auditoria, em nossa opinião, o legislador entendeu que deveriam ser abrangidos todos os direitos e obrigações, o que expressamente refere, sendo que esses direitos tem apenas como limitações as impostas por lei, nomeadamente no que respeita às competências dos órgão de gestão, no que respeita à tomada de decisões compreendidas nos fins previstos para a gestão hospitalar.

Ora, no Relatório de Auditoria, entende o Tribunal de Contas que, neste caso a subscrição de uma quota suplementar a uma quota já existente numa associação (direito e obrigação constituído anteriormente), extrapola e viola este artigo, uma vez que o Centro Hospitalar Cova da Beira, alegadamente estaria limitado no exercício deste direito.
Conforme o artigo 7.º, "a capacidade jurídica dos hospitais E. P. E. abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objecto e das suas atribuições", não podendo implicar qualquer restrição conceptual da sua abrangência, excepto as restrições legalmente impostas. No caso em apreço, as limitações são apenas as constantes dos artigos que regulam os Estatutos dos hospitais EPE e todas as outras determinadas por lei, no que se refere, nomeadamente às competências dos seus órgãos, para o exercício desses direitos e obrigações.

A norma em causa mais não é do que uma adaptação do princípio da especialidade, princípio geral de direito civil, constante do artigo 160.º do Código Civil, segundo o qual "*A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.*".
A doutrina de há muito ultrapassou a visão restritiva que limitava a capacidade das pessoas colectivas, em benefício de uma visão mais aberta, em que se permite às

pessoas colectivas o gozo da generalidade dos direitos[6]. No direito civil, a discussão restringe-se hoje à capacidade das pessoas colectivas com fim lucrativo para a prática de actos gratuitos, ainda assim admitidos em determinados casos.

No que especificamente se refere às pessoas colectivas públicas, é sabido que estas também gozam de capacidade jurídica de direito privado. É o escopo estatutário que serve de medida do âmbito dessa capacidade, visto que, no Direito português, o princípio da especialidade vigora para as pessoas colectivas em geral e, assim sendo, também, para as pessoas colectivas públicas (artigo 160.º do Código Civil). A capacidade de gozo de direito privado das pessoas colectivas públicas modela-se, portanto, sobre as respectivas atribuições.

A sujeição das pessoas colectivas públicas ao princípio da especialidade não constitui razão suficiente para concluir que a celebração por elas de negócios jurídicos de direito privado se processe fora do âmbito do princípio da autonomia privada. O princípio da especialidade não é incompatível com a autonomia privada visto que ele não acarreta a substituição da vontade do autor da declaração negocial pelo comando normativo no que toca à determinação do fim do acto. Da especialidade apenas resulta a ilicitude daqueles fins que não correspondam ao escopo estatutário da pessoa colectiva (ou seja, às atribuições da pessoa colectiva pública). Para aquém dessa delimitação negativa de fins susceptíveis de ser prosseguidos, ou seja, enquanto se mantenha no âmbito do acervo dos fins estatutários, o momento em que o órgão da pessoa colectiva individualiza o fim concreto de um negócio específico escapa ao controlo do Direito. E é nessa ausência de enquadramento normativo directo da escolha do conteúdo e do fim da conduta que consiste a autonomia privada[7]. Esta consiste na permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e na titularidade e exercício do correspondente poder[8].

A autonomia privada compreende na sua essência a ideia de uma esfera de liberdade. Ela não faria pois sentido se não presidisse a um tráfego jurídico predominantemente participado por seres humanos e por pessoas colectivas privadas. Na medida, porém, em que se justifique que a Administração também tome parte no tráfego jurídico

---

6 PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA afirmam que "consagra-se, por conseguinte, o princípio da especialização, mas com larga atenuação do seu rigor" (Código Civil Anotado, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1987, pág. 165), enquanto MENEZES CORDEIRO é mais afirmativo ao declarar que "*o denominado princípio da especialidade não restringe, hoje, a capacidade das pessoas colectivas*" (op.cit., pág. 597).

7 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, pp. 525 e sgs..

8 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 432.

indiscriminadamente aberto a todos e regido por normas que a todos são aplicáveis, é inevitável que se verifique quanto a ela um "efeito de arrastamento". Para que a Administração Pública se sirva de institutos do Direito privado, não é necessário que os fundamentos destes lhe sejam também a ela dirigidos na sua qualidade específica de portadora dos interesses colectivos. É preciso, isso sim, que as virtualidades técnico jurídicas desses institutos também possam ser postas ao serviço das atribuições da pessoa colectiva pública.

No caso presente, verifica-se que os hospitais EPE têm como objecto estatutário a "*prestação de cuidados de saúde à população*". Como já se demonstrou, os hospitais EPE dispõem de capacidade jurídica de direito privado, ou seja, podem prosseguir o seu objecto utilizando para tal institutos de direito privado, desde que os mesmos se revelem aptos para a prossecução do respectivo objecto social.

Ora, constata-se, antes de mais, que os hospitais EPE em causa são associados do SUCH de há longa data, decisão que não está agora a ser sindicada.

Sendo titulares da qualidade de associado do SUCH, os hospitais EPE serão certamente dotados da capacidade jurídica necessária para gerir tal posição jurídica, salvo se se concluísse que tais actos não são necessários ou convenientes para a prossecução das atribuições de tais hospitais EPE.

Sendo o SUCH uma associação que prossegue, como fim principal, "*tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus próprios associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão*" (cfr. artigo 2.º dos respectivos Estatutos), parece claro que os actos praticados pelos hospitais EPE na qualidade de associados do SUCH são susceptíveis de contribuir para a prossecução das atribuições dos hospitais EPE.

De entre os actos atinentes à qualidade de associado do SUCH conta-se, naturalmente, o dever de contribuir para o património da associação, seja através do pagamento da quota ordinária ou da quota suplementar, actos para os quais os referidos hospitais EPE estão dotados de capacidade jurídica.

Em conclusão: os hospitais EPE têm uma capacidade de gozo de direitos que abrange, potencialmente, qualquer acto de direito privado que se mostre necessário ou conveniente à prossecução das suas atribuições, o que, à partida, lhe confere uma capacidade de gozo da generalidade dos direitos. Qualquer acto pode, potencialmente, contribuir para a prossecução das atribuições de um hospital EPE, só podendo afirmar-se que estão excluídos da capacidade de gozo de direitos os actos que manifestamente não contribuam para aquela prossecução. Ora, o exercício de direitos e o cumprimento

de deveres na qualidade de associado do SUCH são actos jurídicos que claramente concorrem para a prossecução das atribuições dos hospitais EPE, na medida em que tal associação visa apoiar as entidades hospitalares na melhoria da eficiência na prestação de cuidados de saúde.

Pretende o Tribunal de Contas demonstrar ainda a extrapolação das competências do Órgão de gestão do Hospital EPE, com base na violação do preceito previsto no artigo 6º, do Decreto-Lei nº 188/2003, mas também não se vislumbra como atingir tal desiderato, pois o mesmo refere que o diploma legal "...se aplica aos hospitais do sector público administrativo (SPA) integrados na rede de prestação de cuidados de saúde, referidos na alínea a) do nº 1 do artigo 2º do regime jurídico da gestão hospitalar, aprovado pela Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro, sem prejuízo do disposto no artigo 41."

Ora, de acordo com o artigo 2.º da Lei nº 27/2002, "Os hospitais integrados na rede de prestação de cuidados de saúde podem revestir uma das seguintes figuras jurídicas:

a) Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, com ou sem autonomia patrimonial;

b) Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial;..."

Sendo o Centro Hospitalar Cova da Beira, EPE uma entidade prevista no âmbito da alínea b), não está por isso, por força do artigo 1º, do Decreto Lei nº 188/2003, abrangida por esse diploma, no que se refere ao seu âmbito de aplicação.

Poder-se-á entender que o artigo 6º se aplicaria por força do artigo 41º, deste diploma legal, uma vez que tal é imposto pelo artigo 1º in fine. Contudo, o artigo 41º define que "Sem prejuízo do disposto no artigo 1º, o presente diploma aplica-se subsidiariamente aos hospitais do SNS integrados na rede de prestação de cuidados de saúde referidos na alínea b) do nº 1 do artigo 2.º e nos termos do nº 1 do artigo 18º, bem como aos hospitais referidos no artigo 15º, todos do regime jurídico da gestão hospitalar, aprovado pela Lei nº 27/2002, de 8 de Novembro."

Devemos entender que, em sentido literal, e pensamos ser a única interpretação possível, este diploma poder-se-á aplicar, apenas subsidiariamente, em casos não

previstos e expressos pelo próprio diploma de criação dos Hospitais EPE e nomeadamente dos seus estatutos.

A própria Lei nº 27/2007 refere especificamente para os hospitais previstos nos termos do seu artigo 2º, nº 1 alínea b), que:

"SECÇÃO II - Estabelecimentos públicos com natureza empresarial

Artigo 18.º - Regime aplicável

1 - Os hospitais previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º regem-se pelo respectivo diploma de criação, pelos seus regulamentos internos, pelas normas em vigor para os hospitais do SNS que não sejam incompatíveis com a sua natureza jurídica e, subsidiariamente, pelo regime jurídico geral aplicável às entidades públicas empresariais, não estando sujeitos às normas aplicáveis aos institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados ou de fundos autónomos.

3 - Os hospitais que revistam a natureza jurídica de estabelecimentos públicos dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial constam de diploma próprio do Governo. "

Efectivamente, as competências próprias dos Conselhos de Administração dos Hospitais EPE, estão definidas nos seus estatutos, publicados em anexo ao Decreto-Lei nº 233/2005, assim como as respectivas limitações, nomeadamente no que se refere a competências específicas da tutela.

As competências definidas para o conselho de administração, constam, nomeadamente no Artigo 7.º dos Estatutos dos Hospitais EPE, sendo as seguintes:

"Competências do conselho de administração

1 - Compete ao conselho de administração garantir o cumprimento dos objectivos básicos, bem como o exercício de todos os poderes de gestão que não estejam reservados a outros órgãos, e em especial:

a) Propor os planos de acção anuais e plurianuais e respectivos orçamentos, bem como os demais instrumentos de gestão previsional legalmente previstos, e assegurar a respectiva execução;

q) Acompanhar a execução do orçamento, aplicando as medidas destinadas a corrigir os desvios em relação às previsões realizadas;

r) Assegurar a regularidade da cobrança das dívidas e autorizar a realização e o pagamento da despesa do hospital E. P. E.;

12

Tal como demonstrado no ponto 1 da presente resposta, a subscrição da quota suplementar referida foi considerada pelo Conselho de Administração uma forma de pagamento de uma divida existente a um credor SUCH, tendo inerentes as boas práticas de gestão, a saber:

- Redução de encargos e facilidades de pagamento, que em nada divergiam da quota anteriormente subscrita, uma vez que, de acordo com a acta da Assembleia-Geral, se tratava apenas da subscrição de uma quota suplementar, com vantagem em termos de cumprimento atempado, e redução por isso de respectivos juros de mora no valor de 16.501,14 Euros.

Considera o Tribunal de Contas que a quota suplementar poderia constituir ou configurar um empréstimo. Ora tal não deverá ser assim entendido, conforme ponto 1 da presente resposta.

Nos termos do artigo 10º dos Estatutos do Centro Hospitalar Cova da Beira publicados em anexo ao Decreto-lei nº 233/2005 os limites às competências do conselho de administração encontram-se previstos nas competências próprias da tutela a saber:

"Artigo 10º do Decreto-lei nº 233/2005

Compete aos Ministros das Finanças e da Saúde:

d) Autorizar a realização de investimentos, quando as verbas globais correspondentes não estejam previstas nos orçamentos aprovados e sejam de valor superior a 2% do capital estatutário, mediante parecer favorável do fiscal único;

e) Determinar os aumentos e reduções do capital estatutário;

g) Autorizar cedências de exploração de serviços hospitalares, bem como a constituição de associações com outras entidades públicas, para a melhor prossecução das atribuições dos hospitais E. P. E.;

h) Autorizar a participação dos hospitais E. P. E. em sociedades anónimas que tenham por objecto a prestação de cuidados de saúde cujo capital social seja por eles maioritariamente detido;

i) Autorizar, sem prejuízo do disposto na alínea anterior, para a prossecução dos pertinentes objectivos estratégicos, a participação dos hospitais E. P. E. no capital social de outras sociedades, nos termos do artigo 37.º do D.L. n.º 558/99, de 17/12.

13

Ora não nos parece ter sido excedida nenhuma destas competências, a saber:

- Apesar da alegada violação do artigo 3º, referido pelo Tribunal de Contas, não se vislumbra qualquer alteração do capital estatutário da entidade pública empresarial CHCB, logo não se extrapolou a competência da tutela, prevista em e);

- Não se trata de uma participação dos hospitais E. P. E. no capital social de outras sociedades, referidas na alínea i), nem sequer de uma sociedade anónima, referida na alínea h), já que, nos termos dos estatutos dos SUCH, trata-se de uma associação e não de uma sociedade;

- Não se trata de autorizar uma participação, mas sim o reforço de uma participação já detida anteriormente à constituição do Centro Hospitalar;

- Relativamente à alínea g), não estamos perante uma falta de autorização para a constituição de associações com outras entidades públicas, para a melhor prossecução das atribuições dos hospitais E. P. E., uma vez que a constituição dessa associação já decorre de uma direito anteriormente constituído.

Finalmente, de referir apenas por mera cautela que, ainda que por remota hipótese académica, se pudesse considerar a subscrição de uma quota suplementar um "investimento", tal investimento nunca seria superior a 2% do capital social como é referido na alínea d). Para tal acompanhado do parecer do Fiscal Único conforme Documento nº 2.

Conclusão quanto à eventual responsabilidade financeira resultante do pagamento de quota suplementar

Compulsados os argumentos supra expendidos, afigura-se seguro concluir não existirem condições para imputação de qualquer responsabilidade financeira, nos termos do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 46/2006, de 29 de Agosto e pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto).

De facto, sugere-se no Relato que foi praticada a infracção prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 65.º daquela Lei, que prevê que Tribunal de Contas pode aplicar multas caso se verifique "*a utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista*".

Ora, não se vislumbra que a "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH se destine a uma finalidade diversa daquela que se encontra prevista na lei para os fundos administrados pelos hospitais EPE.

O património de qualquer uma das entidades deste tipo, ambas dotadas de personalidade jurídica, destina-se a satisfazer as atribuições legalmente estabelecidas, que são, no essencial, a da prestação de cuidados de saúde aos cidadãos utentes do SNS.

A imputação do pretenso desvio para finalidade diversa resulta, no essencial, do entendimento de que o pagamento da quota suplementar constituiria um empréstimo dos associados ao SUCH, tese que, juridicamente, não revela qualquer procedência, pois as contribuições para o património associativo não conferem qualquer direito a restituição, integrando-se definitivamente no património da associação.

Parece-nos por tudo e exposto não serem de considerar violadas as normas referidas artigo 2º, 3º e 7º do Decreto-lei nº 233/2005, nem outras susceptíveis de integrar infracção punível.

Relativamente às recomendações referidas no V. relatório iremos atentamente proceder em conformidade diligenciando no sentido de verificar as situações existentes que possam ser susceptíveis de pontos de melhoria e de rectificação.

Não obstante não considerarmos que tenha ocorrido violação de lei ou de práticas de boa gestão, tendo em conta as questões e recomendações desse Tribunal, iremos nos próximos pagamentos, proceder ao pedido de reembolso de quota suplementar, através da dedução do valor da facturação, tornando nula tal subscrição.

O Conselho de Administração
Do Centro Hospitalar Cova da Beira, E.P.E.

O Presidente

(Dr. João José Casteleiro Alves)

A Vogal

(Dr.ª Maria Dulce Gomes Ribeiro Barata)

O Director Clínico

(Dr. António João Figueiredo Gomes)

O Enfermeiro Director

(Enf. João José Carvalhão Ramalhinho)

A Vogal

(Dr.ª Elsa Maria Balão Ferreira Airoso Banza)

XIX. Centro Hospitalar de Setúbal, EPE

- Contraditório institucional e pessoal –

Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E.
Hospital de São Bernardo
Hospital Ortopédico Sant'Iago do Outão

Exmo. Senhor
Dr. Abílio Augusto Pereira de Matos
Auditor Coordenador do Tribunal de Contas
Avª Barbosa du Bocage, nº 61
1069-045 LISBOA

V/Refª Ofº nº 8798 de: 25.05.2010 N/Refª 748/C.A. 2010.06.15

Assunto: *Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos. Processo nº 27/09 – Audit.*

Alfredo Afonso Lacerda Cabral, José Carlos Freixinho, Ricardo Alexandre Silva Santos, Maria da Conceição Martinho Rendeiro, Olga Maria dos Santos Ferreira, membros do Conselho de Administração à data dos factos, tendo sido notificados no processo supra mencionado, vêm apresentar as seguintes alegações

1. Quando iniciou funções no Centro Hospitalar de Setúbal, EPE (CHS), no dia 31.12.2005, o Conselho de Administração encontrou uma situação de elevada complexidade de gestão, com dívidas a fornecedores externos de cerca de 76 milhões de euros, uma antiguidade da dívida que remontava a 2002 e um défice económico anual de 25 milhões de euros (documento 1).

2. Neste contexto, elaborou planos de acção com acções estruturantes tendo em vista inverter a situação e reduzir gradualmente o desequilíbrio entre custos e proveitos.

3. De entre as acções de investimento estruturantes constou a instalação e exploração na principal unidade hospitalar do CHS, o Hospital de São Bernardo, de uma central de cogeração implicando a desactivação da actual central de vapor.

4. O Conselho de Administração teve conhecimento desta acção ter sido implementada em alguns hospitais, nomeadamente Hospital Pedro Hispano, Hospital de São José, Hospital de São Francisco Xavier e Hospital Garcia de Orta. E também de outros estarem a preparar a instalação de centrais de cogeração, nomeadamente o Hospital de São João e o Hospital de Santo André.

Rua Camilo Castelo Branco ı 2910-446 SETÚBAL ı Telefone: 265 549 000 ı Fax: 265 238 066

Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E.
Hospital de São Bernardo
Hospital Ortopédico Sant'Iago do Outão

5. Dada a especificidade da área objecto do investimento – sector energético – e não tendo meios técnicos internos que permitissem desenvolver o projecto, foi contactado o SUCH que manifestou interesse na realização de um protocolo para instalação e exploração do sistema de cogeração, à semelhança do modelo já existente noutros hospitais.
   Esta medida consubstancia-se na celebração do referido protocolo que, por estudos apresentados, suportados por anteriores projectos já em funcionamento, comprovaram ganhos de eficiência (documento 2).

6. Dos projectos executados na altura em que o Centro Hospitalar de Setúbal iniciou o seu, salienta-se o do Hospital Garcia de Orta que mereceu do Tribunal de Contas, em sede de recomendações no âmbito da Auditoria nº 18/09, Procº nº 32/08 – 2ª S, uma recomendação no sentido de eventual prorrogação do prazo de exploração.

7. A instalação e exploração de uma central de cogeração irá permitir reduzir os custos com a central de vapor que irá ser encerrada (documento 3) e obter ganhos pela venda de energia à rede eléctrica, bem como outros benefícios na área ambiental (documento 4), dando, assim, também, cumprimento ao preconizado na RCM nº 49/2007, Princípios de Bom Governo, em matéria de sustentabilidade económica, social e ambiental.

8. De evidenciar que o Conselho de Administração do Centro Hospitalar de Setúbal mantém com o SUCH contratos em áreas onde oferece garantias de qualidade e segurança em especial na manutenção de instalações e equipamentos, projectos e obras e gestão de resíduos.
   No caso do protocolo de cogeração, a opção pelo SUCH deveu-se ao facto de não termos conhecimento de haver no mercado outras entidades com experiência hospitalar capazes de celebrar com o Centro hospitalar de Setúbal este tipo de protocolo e haver um entendimento que face à legislação existente na altura, o procedimento poder ser o Ajuste Directo, o que se fundamenta no documento 5.

9. Noutras áreas onde existe concorrência no mercado hospitalar, o Centro Hospitalar de Setúbal procede à abertura de procedimentos concursais alargados, designadamente no fornecimento de alimentação, lavagem de roupa e limpeza de instalações, nos quais o SCUH

Rua Camilo Castelo Branco ı 2910-446 SETÚBAL ı Telefone: 265 549 000 ı Fax: 265 238 066

Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E.
Hospital de São Bernardo
Hospital Ortopédico Sant'Iago do Outão

se apresenta em igualdade de condições com outras empresas dos sectores respectivos. De evidenciar que, actualmente, nenhum destes serviços está adjudicado ao SUCH.

10. Mais parece ser de evidenciar que o Conselho de Administração seguiu nos processos de aquisição de bens e serviços o princípio de igualdade de oportunidades ao mercado, conforme regulamento aprovado, em 29.12.2005, com base na lei em vigor na altura da celebração do protocolo de cogeração com o SUCH (documento 6).

11. Face às alegações expostas, entendem os signatários ter agido em consciência de obtenção dos melhores resultados para a gestão deste Centro Hospitalar, tendo actuado de boa fé.

Os notificados:

Alfredo Afonso Lacerda Cabral, Presidente do Conselho de Administração desde 31.12.2005

José Carlos Freixinho, Vogal do Conselho de Administração desde 31.12.2005

Ricardo Alexandre Silva Santos, Vogal do Conselho de Administração de 31.12.2005 até 30.04.2009

Maria da Conceição Martinho Rendeiro, Directora Clínica de 31.12.2005 até 31.08.2008

Olga Maria dos Santos Ferreira, Enfermeira Directora desde 31.12.2005

DGTC 22 06'10 11557

Anexo: 6 documentos que fazem parte integrante dos autos

Rua Camilo Castelo Branco ı 2910-446 SETÚBAL ı Telefone: 265 549 000 ı Fax: 265 238 066

XX. Hospital de Santo André, EPE

- Contraditório institucional e pessoal –

HOSPITAL SANTO ANDRE LEIRIA

Exmo. Senhor
Director Geral do Tribunal de Contas
Av. Barbosa do Bocage, 61
1069 – 045 Lisboa

Conselho de Administração

Registada c/AR

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos.
Processo nº 27/09 - AUDIT

Helder Manuel Matias Roque, Licínio Oliveira de Carvalho, Fernanda Maria dos Santos Pinhal Baeta da Veiga, e Maria Emília Silva Fernandes Fael, todos membros do Conselho de Administração do Hospital de Santo André, E.P.E., nas qualidades, respectivamente, de Presidente, Vogal Executivo, Directora Clínica e Enfermeira Directora, vêm solicitar a V. Exa. a fineza de fazer juntar ao processo acima identificado, das alegações que, ao abrigo do disposto no artº 13º e 87º/3 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, anexam.

As alegações supra referidas, foram já nesta data remetidas a esse Tribunal, por meio de telecópia.

Gratos pela atenção dispensada.

(Helder Manuel Matias Roque)

(Licínio Oliveira de Carvalho)

(Fernanda M. S. Pinhal Baeta da Veiga)

(Maria Emília S. F. Fael)

DGTC 23 06'10 11595

N/Refª: 328/2010/AC
Rua das Olhalvas
Pousos 2410 – 197 Leiria

tel. 244817005 – fax. 244817080
email. secadm@hsaleiria.min-saude.pt

HOSPITAL SANTO ANDRE LEIRIA

Conselho de Administração

Exmo. Senhor
Juiz Conselheiro Relator da 2ª Secção do
Tribunal de Contas
Av. Barbosa do Bocage, 61
1069 – 045 Lisboa

Assunto: Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos.
Processo nº 27/09 - AUDIT

Helder Manuel Matias Roque, Licínio Oliveira de Carvalho, Fernanda Maria dos Santos Pinhal Baeta da Veiga, e Maria Emília Silva Fernandes Fael, todos membros do Conselho de Administração do Hospital de Santo André, EPE, nas qualidades, respectivamente, de Presidente, Vogal Executivo, Directora Clínica e Enfermeira Directora, notificados para, de acordo com disposto nos artº.s 13º e 87º/3 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, apresentaram as alegações tidas por convenientes no que concerne ao Relatório proferido no processo de auditoria acima referenciado, vêm fazê-lo, nos termos seguintes:

I - O RELATÓRIO, SUAS CONCLUSÕES E O CASO DO HOSPITAL DE SANTO ANDRÉ

1. O Relatório cujo teor foi notificado aos aqui alegantes, elaborado pelos Serviços de Apoio desse Tribunal, desenvolve uma avaliação da legalidade e da racionalidade económica da actividade do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, adiante SUCH, designadamente quanto às relações de fornecimentos por este – com recurso a entidades na sua esfera -, aos seus associados do Sector Público.
2. Aí são caracterizados genericamente os modelos das relações contratuais estabelecidas entre o SUCH e os seus associados do Sector Público.
3. Com base nesses modelos, concluiu-se pela ilicitude de algumas relações de fornecimento, de entre as quais, em particular, a relativa às parcerias estabelecidas com vista à instalação e exploração das centrais de co-geração.
4. Por se entender, que os respectivos contratos celebrados, atendendo à sua natureza, aos valores estimados do investimento e à natureza das entidades adjudicantes, não o poderiam ter sido sem o decurso de um procedimento público de escolha do co-contratante, ao abrigo do Código dos Contratos Públicos, por aplicação dos seus artº.s 2º/2 al. a), 6º/2 e 31º.
5. No quadro desse circunstancialismo concluiu-se então, também, pela eventualidade de existir responsabilidade financeira sancionatória para os membros dos conselhos directivos ou de administração das entidades públicas adjudicantes, nos termos do artº 65º/1 b) e 2 a 5, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas.
6. Com excepção daqueles relativamente aos quais eventual infracção se encontre prescrita, ou que hajam celebrado contrato na vigência dos regimes de contratação

N/Refª: 327/2010/AC
Rua das Olhalvas
Pousos 2410 – 197 Leiria

tel. 244817005 – fax. 244817080
email. secadm@hsaleiria.min-saude.pt

pública pré-vigentes ao CCP e hajam manifestado a intenção de não renovar a parceria em apreço, sem precedência de concurso público.

7. Deste modo se apontaram os membros do Conselho de Administração do Hospital de Santo André, EPE, adiante HSA, como eventuais autores de infracção susceptível de gerar responsabilidade financeira sancionatória.
8. Esta conclusão assenta, entre outras, nas seguintes premissas (vide, designadamente, ponto 7.2 do Relatório):
   a) O SUCH cedeu os direitos e obrigações decorrentes dos contratos referentes às centrais de co-geração ao SUCH-DALKIA, Serviços Hospitalares, ACE;
   b) Foram celebrados aditamentos aos contratos iniciais – nestes intervindo os associados do Sector Público -, nos quais estes autorizaram expressamente o SUCH a ceder os direitos e obrigações deles decorrentes, ao SUCH-DALKIA, ACE.;
   c) Os contratos celebrados com as entidades públicas adjudicantes estabeleciam desde logo a possibilidade de cedência;
   d) O SUCH atribuiu a uma entidade dele distinta e participada por um operador económico privado, sem precedência de qualquer procedimento de contratação pública, contratos públicos com ele celebrados ao abrigo de uma relação que se entendia excluída das regras da contratação pública.
9. Com base nesses pressupostos, concluiu-se por ser exigível aos associados do Sector Público adjudicantes, que junto do SUCH garantissem o cumprimento por este, dos princípios da concorrência e a aplicação das regras da contratação pública.
10. Ora, salvo o devido respeito e melhor opinião, o Relatório em apreço assenta em pressupostos comuns, dos quais alguns não se verificam no caso do HSA.
11. Sem prejuízo de outros que adiante se exporão, desde já se sublinham aqueles que de imediato decorrem do próprio Estudo em análise:
    a) O HSA, não celebrou qualquer aditamento ao protocolo que celebrou com o SUCH;
    b) O HSA desconhece se o Conselho de Administração do SUCH, garantiu o cumprimento, na eventual adjudicação a terceiros de direitos e obrigações para si emergentes do aludido protocolo, das regras da contratação pública.
12. Temos, pois, que não se verificam as aludidas premissas - pressupostos de ilicitude e de culpa - nas quais o Relatório assenta a declaração de eventual responsabilidade financeira sancionatória, por banda dos membros do Conselho de Administração do HSA.
13. Pelo que esta eventualidade não ocorre.
14. Acresce, quanto ao facto consignado em 8 c), que a eventual ilicitude da cláusula – no caso, 3ª/3 - não acarreta a ilicitude do protocolo/contrato de 8-Jan-2009 - vide, artº 292º do Código Civil.

II – DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DE CONTRATAR

15. Por ofício de 11-Ago-2005, o SUCH representado pelo seu Director Regional do Centro, propôs-se analisar a viabilidade de uma unidade de co-geração para o HSA.
16. Por deliberação de 20-Set-2005, o Conselho de Administração do HSA determinou a realização de tal estudo, tendo em vista a eventual instalação de uma central de co-geração.
17. No início do ano de 2008, o SUCH apresentou ao HSA um projecto, para que aquela entidade levasse a cabo a instalação e exploração da central de co-geração.
18. A proposta do SUCH compreende, designadamente:
    a) Redução dos custos das energias (vapor, água quente e água gelada) em 30%;
    b) Redução dos consumos energéticos globais;
    c) Redução das emissões de CO_2;
    d) Aumento da potência de frio instalada;
    e) Ausência de custo/investimento, por parte do HSA;
    f) O SUCH investe 2.700.000,00 € na instalação da central, equipamento que no termo do prazo de dez anos do contrato, reverte para o HSA.

19. O HSA tomou contacto com as experiências de outros hospitais públicos do SNS, como o Hospital Pedro Hispano, o Hospital Garcia da Horta, o Hospital de S. José e o Hospital S. Francisco Xavier.
20. E assim, por deliberação do seu Conselho de Administração de 08-Jan-2009, no âmbito do procedimento de contratação de direito privado assim iniciado em 2005, o HSA aprovou a celebração do protocolo em apreço com o SUCH, com vista à instalação por este, de uma central de co-geração, nas condições referidas em 17.
21. Ao aprovarem a celebração do referido protocolo, os membros do Conselho de Administração do HSA agiram na perspectiva de defenderem intransigentemente os interesses da Entidade Pública Empresarial que administram.
22. Dentro do estrito cumprimento da legalidade, designadamente quanto à contratação, em obediência às razões de direito que afastam os fornecimentos e estabelecimentos de parcerias com o SUCH, do recurso a procedimentos de contratação pública.
23. Razões de direito consabidamente adoptadas por todos os hospitais públicos associados do SUCH.
24. As quais estão expressas em dois pareceres da PGR e pelo menos num parecer jurídico, que estuda a adequação daqueles instrumentos vinculativos à nova realidade trazida ao ordenamento jurídico com o CCP, mantendo-se a doutrina da inaplicabilidade de procedimentos de contratação pública ao domínio das relações SUCH/associados, com base na sua caracterização como contratação "in house", excluída da Parte II do CCP, pelo seu artº 5º/2.
25. Os signatários actuaram em termos informados, sem qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial; vide, artº 7º/1, *ex vi* do artº 23º/1, artº 8º/1 e artº 25º/1, todos do Dec. Lei 558/99 de 17 de Dezembro.
26. Não se verificam, pois, neste sentido, quaisquer circunstâncias de culpa susceptíveis de fazer incorrer os membros do Conselho de Administração do HSA em responsabilidade financeira sancionatória.

III – DA LICITUDE DO PROTOCOLO CELEBRADO EM 08-JAN-2009 COM O SUCH

27. Sem conceder quanto à qualificação das relações contratuais, designadamente da parceria em apreço, no domínio da relações "in house" e por isso fora da aplicação da Parte II do CCP, matéria sobre a qual se segue o Parecer atrás referenciado e do conhecimento da Auditoria, importa verificar as circunstâncias concretas da contratação em apreço, para efeito do que aqui se dá por integralmente reproduzida a matéria de facto antecedentemente exposta de 15 a 20.
28. Ao que acresce, o seguinte: o investimento previsto para a implementação da central de co-geração no HSA, é de 2.700.000,00 €.
29. O artº 13º do Dec. Lei nº 233/2005 de 29 de Dezembro, dispõe que a aquisição de bens e serviços e a contratação de empreitadas pelos hospitais E. P. E. se rege pelas normas de direito privado, sem prejuízo da aplicação do regime do direito comunitário relativo à contratação pública.
30. Tal norma foi revogada com a entrada em vigor do CCP (cfr. artº 14º/1 o) do Dec. Lei nº 18/2008 de 29 de Janeiro).
31. Porém, o CCP só se aplica aos procedimentos de contratação iniciados após a sua entrada em vigor, conforme dispõe o artº 16º/1 do mesmo diploma.
32. Face à materialidade exposta, é manifesto que o HSA iniciou ainda em 2005, ou pelo menos no início de 2008, com a recepção da proposta do SUCH, um procedimento de direito privado com vista à adjudicação da contratação em apreço.
33. Pois bem: a tal procedimento, e por força da supra aludida disposição transitória, não seria, em qualquer circunstância aplicável o CCP.
34. Pelo que se não podem ter por violados os artº.s 2º/2, als. a), 6º/2 e 31º do CCP.

IV – OUTRA CIRCUNSTÂNCIA PARTICULAR AO HSA: O CONTRATO NÃO ESTÁ EXECUTADO

35. Como é reconhecido no Relatório, o protocolo com vista à instalação de uma central de co-geração no HSA, não está executado.
36. Pelo que, nos termos do disposto no nº 2 do artº 49º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, a concluir esse Tribunal pela ilegalidade do contrato em apreço, deverão o HSA e o SUCH, serem notificados para o remeterem à fiscalização prévia sem que lhe dêem execução antes do visto, sob pena, nesse caso, de responsabilidade financeira.
37. Temos, pois, que no caso em apreço, não é equacionável responsabilidade financeira dos signatários, sem que tenham lugar os pressupostos processuais consignados no referido artº 49º/2, o que não sucedeu.
38. Razão também pela qual, não se verifica a eventualidade da existência de responsabilidade financeira por parte dos signatários.

V – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROTECÇÃO CONFIANÇA E DA IRRECTROACTIVIDADE DA LEI PENAL

39. Até Julho de 2009, esse Tribunal de Contas veio a reconhecer da não sujeição da contratação da com a natureza da aqui em questão, a procedimentos de contratação pública.
40. No caso em apreço, estamos perante um procedimento desenvolvido com vista ao estabelecimento de uma parceria, cujo contrato veio a ser celebrado em 08-Jan-2009.
41. Ora, a qualificação de factos ocorridos até Julho de 2009 como infracções financeiras, designadamente as previstas no artº 65º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, consubstancia violação dos princípios constitucionais da protecção da confiança e da irrectroactividade da lei penal, emergentes dos artº.s 2º e 29º da Constituição da República Portuguesa.
42. Pelo que, e sem conceder quanto ao supra exposto, sempre tal qualificação padeceria de inconstitucionalidade.

EM CONCLUSÃO:

1ª - O HSA não celebrou qualquer aditamento ao protocolo que celebrou com o SUCH e desconhece se o Conselho de Administração deste garantiu o cumprimento, na eventual adjudicação a terceiros de direitos e obrigações para si emergentes do aludido protocolo, das regras da contratação pública.

2ª – No caso concreto do HSA não se verificam aqueles factos, atribuídos genericamente como caracterizadores de todos os casos auditados, e assim premissas conducentes à conclusão da eventual responsabilidade financeira, prevista no artº 65º/1b) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, pelo que não ocorre, desde logo, a eventualidade imputada.

3ª - Ao aprovarem, em 08-Jan-2009 - depois de um procedimento que compreendeu um análise ponderada e sustentada - a celebração do referido protocolo, os membros do Conselho de Administração do HSA agiram na perspectiva de defenderem intransigentemente os interesses da Entidade Pública Empresarial que administram, dentro do estrito cumprimento da legalidade, designadamente quanto à contratação, em obediência às razões de direito que afastam os fornecimentos e estabelecimentos de parcerias com o SUCH, do recurso a procedimentos de contratação pública. Razões de direito, aliás, consabidamente adoptadas por todos os hospitais públicos associados do SUCH.

4ª - Os signatários actuaram, pois, em termos informados, sem qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial; vide, artº 7º/1, *ex vi* do artº 23º/1, artº 8º/1 e artº 25º/1, todos do Dec. Lei 558/99 de 17 de Dezembro.

5ª - A contratação de bens e serviços ao SUCH pelo HSA, bem como as parcerias com aquele serviço estabelecidas, não se afiguram aos signatários estarem sujeitas a procedimentos de contratação pública.

6ª - Mesmo já no domínio da vigência do CCP, às contratações com a natureza da em apreço, não se aplica qualquer dos procedimentos previstos na Parte II daquele diploma, por se

verificarem os pressupostos consignados no artº 5º/2 do C.C.P., encontrando-nos, portanto, no domínio das relações "in house".

7ª – O procedimento de direito privado de contratação pelo HSA com vista ao estabelecimento da parceria relativa à instalação da central de co-geração nas suas instalações, que culminou em 08-Jan-2009 com a celebração do protocolo que fixou os termos do acordo nesse sentido concluído com o SUCH, teve início em 11-Ago-2005 ou, caso assim se não entenda, pelo menos no início de 2008.

8ª – Tal procedimento foi, assim, desenvolvido no quadro e ao abrigo da previsão do artº 13º do Dec. Lei nº 233/2005 de 29-Dez., não se aplicando á disciplina de tal relação jurídica o CCP, por força do estabelecido no artº 16º/1 do Dec. Lei nº 18/2008 de 29-Jan; Pelo que se não podem ter por violados os artº.s 2º/2, als. a), 6º/2 e 31º do CCP.

9ª – Mais: o referido protocolo de 08-Jan-2009, não está executado. Ora, a concluir esse Tribunal pela sua ilegalidade, deverão o HSA e o SUCH serem notificados para o remeterem à fiscalização prévia sem que lhe dêem execução antes do visto, sob pena, nesse caso, de responsabilidade financeira, conforme dispõe o nº 2 do artº 49º da L.O.P.T.C..

10ª- A notificação aludida na conclusão anterior é, pois, pressuposto do estabelecimento de responsabilidade financeira. Não tendo ocorrido tal notificação, não é equacionável a imputação de responsabilidade financeira dos signatários.

11ª- A qualificação de factos ocorridos até Julho de 2009 como infracções financeiras, como é o caso do protocolo em apreço, de 08-Jan-2009, reconduz-se a violação dos princípios constitucionais da protecção da confiança e da irretroactividade da lei penal emergentes dos artºs 2º e 29º da Constituição da República Portuguesa.

12ª – Considerando o exposto, quer quanto às particulares circunstâncias de facto que caracterizam o caso do HSA, quer quanto à sua particular qualificação jurídica, conclui-se pela inexistência de ilicitude na contratação levada a cabo e concretizada no protocolo de 08-Jan-2009.

13ª – Caso não se entenda conforme à conclusão anterior, sempre se tem por manifesto, que faltam pressupostos de ilicitude e de culpa, por forma a que se possa concluir pela responsabilização financeira dos signatários, nos termos da previsão do artº 65º/1b) da LOPTC.

Termos em que, deve concluir-se pela inexistência de eventual responsabilidade financeira sancionatória por parte dos signatários.

OS NOTIFICADOS,

(Helder Manuel Matias Roque)

(Licínio Oliveira de Carvalho)

(Fernanda M. S. Pinhal Baeta da Veiga)

(Maria Emília S. F. Fael)

DGTC 23 06'10 11595

5

XXI. Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE

- Contraditório institucional –

10 Anos Matosinhos Perto de si

Exmo. Senhor
Director-Geral
Tribunal de Contas

Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069 – 045 Lisboa

ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

UNIDADE LOCAL DE SAÚDE, EPE, entidade pública empresarial integrada no Serviço Nacional de Saúde (SNS), pessoa colectiva de direito público nº. 506 361 390, com sede na Rua Dr. Eduardo Torres, em Matosinhos,

Notificada para os efeitos do disposto nos art. 13º e 87º, n.º 3 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto,

Vem apresentar as suas

ALEGAÇÕES

O que faz, nos termos e com os seguintes fundamentos:

1

Unidade Local de Saúde de Matosinhos, epe
Rua Dr. Eduardo Torres - 4464-513 Senhora da Hora
Geral: 22 939 10 000 | Administração: 22 939 18 50 | Fax Admin.: 22 939 16 54
Email: correio.ulsm@ulsm.pt

Ministério da Saúde

www.ulsm.pt

1. Conforme resulta do teor do relatório ora em apreço, a não realização do procedimento de contratação legalmente exigível para a adjudicação de determinados contratos pela ULSM, EPE ao SUCH, poderia configurar a prática de eventuais infracções financeiras. Porém,

2. Encontra-se prescrito o procedimento para apuramento de eventual responsabilidade financeira sancionatória no que à actuação da ULSM, EPE e dos membros do seu Conselho de Administração, o que desde já se invoca, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 70º da Lei n.º 98/97.

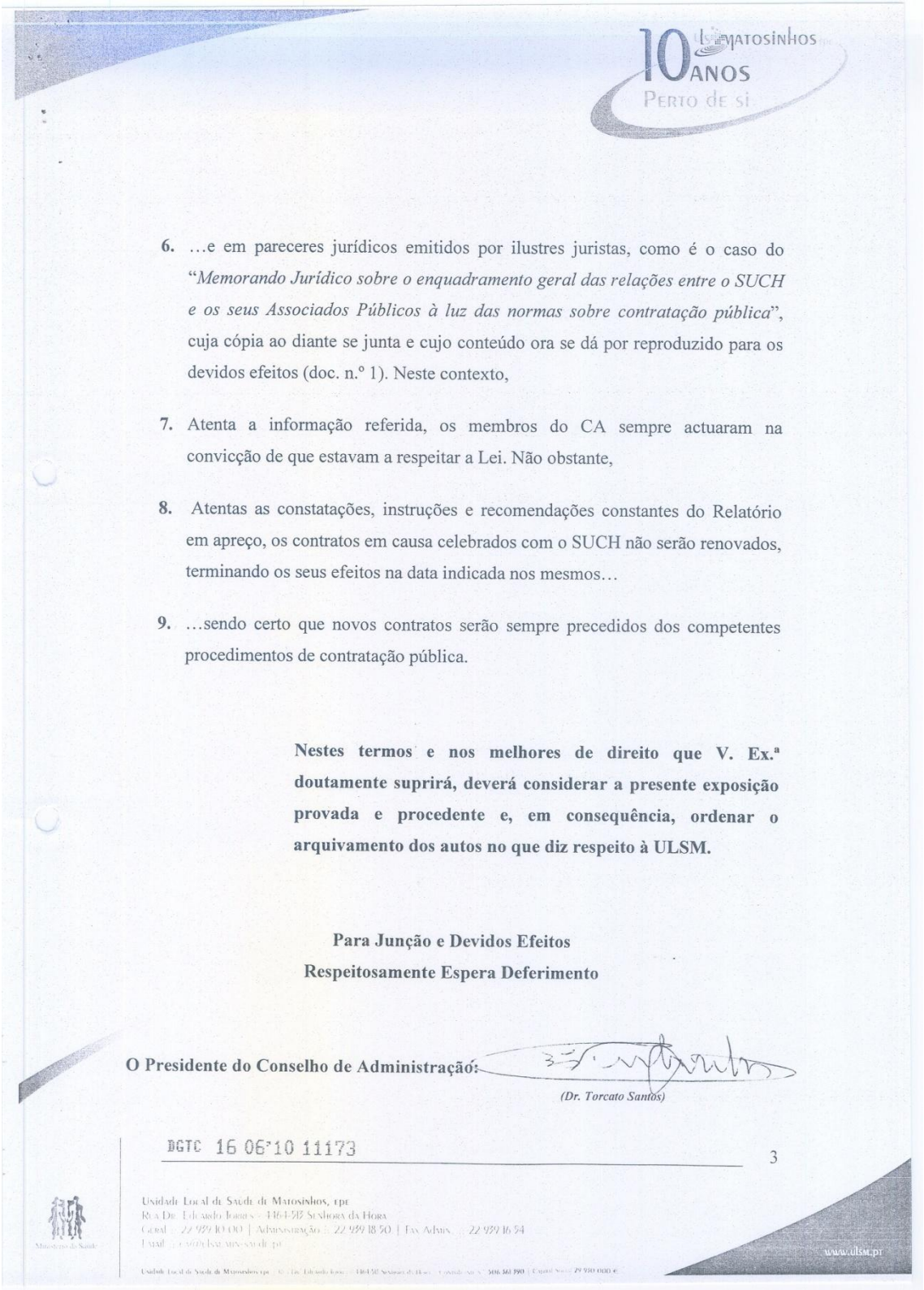
   Sem prescindir,

3. Sempre se diga, no entanto, que no que respeita aos contratos em causa, celebrados com o SUCH, para que se verificasse uma qualquer infracção financeira, seria necessário que, para além da violação das regras disciplinadoras da actuação financeira do Estado e das regras referentes à contratação pública, o facto ilícito fosse também culposo. Ora,

4. Tal como resulta do relatório em apreço, os membros do CA da ULSM, EPE actuaram sempre com a diligência que lhes era exigível. Na verdade,

5. A decisão de celebrar os contratos com o SUCH, fundamentou-se na interpretação que foi conferida por várias entidades oficiais à natureza jurídica do SUCH – caso dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 1/95 e 145/2001…

Unidade Local de Saúde de Matosinhos, epe
Rua Dr. Eduardo Torres s/n - 4464-513 Senhora da Hora
Central :: 22 939 10 00 | Administração :: 22 939 18 50 | Fax Admin. :: 22 939 16 54
Email :: geral@lsm.min-saude.pt
www.ulsm.pt



6. …e em pareceres jurídicos emitidos por ilustres juristas, como é o caso do "*Memorando Jurídico sobre o enquadramento geral das relações entre o SUCH e os seus Associados Públicos à luz das normas sobre contratação pública*", cuja cópia ao diante se junta e cujo conteúdo ora se dá por reproduzido para os devidos efeitos (doc. n.º 1). Neste contexto,

7. Atenta a informação referida, os membros do CA sempre actuaram na convicção de que estavam a respeitar a Lei. Não obstante,

8. Atentas as constatações, instruções e recomendações constantes do Relatório em apreço, os contratos em causa celebrados com o SUCH não serão renovados, terminando os seus efeitos na data indicada nos mesmos…

9. …sendo certo que novos contratos serão sempre precedidos dos competentes procedimentos de contratação pública.

Nestes termos e nos melhores de direito que V. Ex.ª doutamente suprirá, deverá considerar a presente exposição provada e procedente e, em consequência, ordenar o arquivamento dos autos no que diz respeito à ULSM.

Para Junção e Devidos Efeitos
Respeitosamente Espera Deferimento

O Presidente do Conselho de Administração:

(Dr. Torcato Santos)

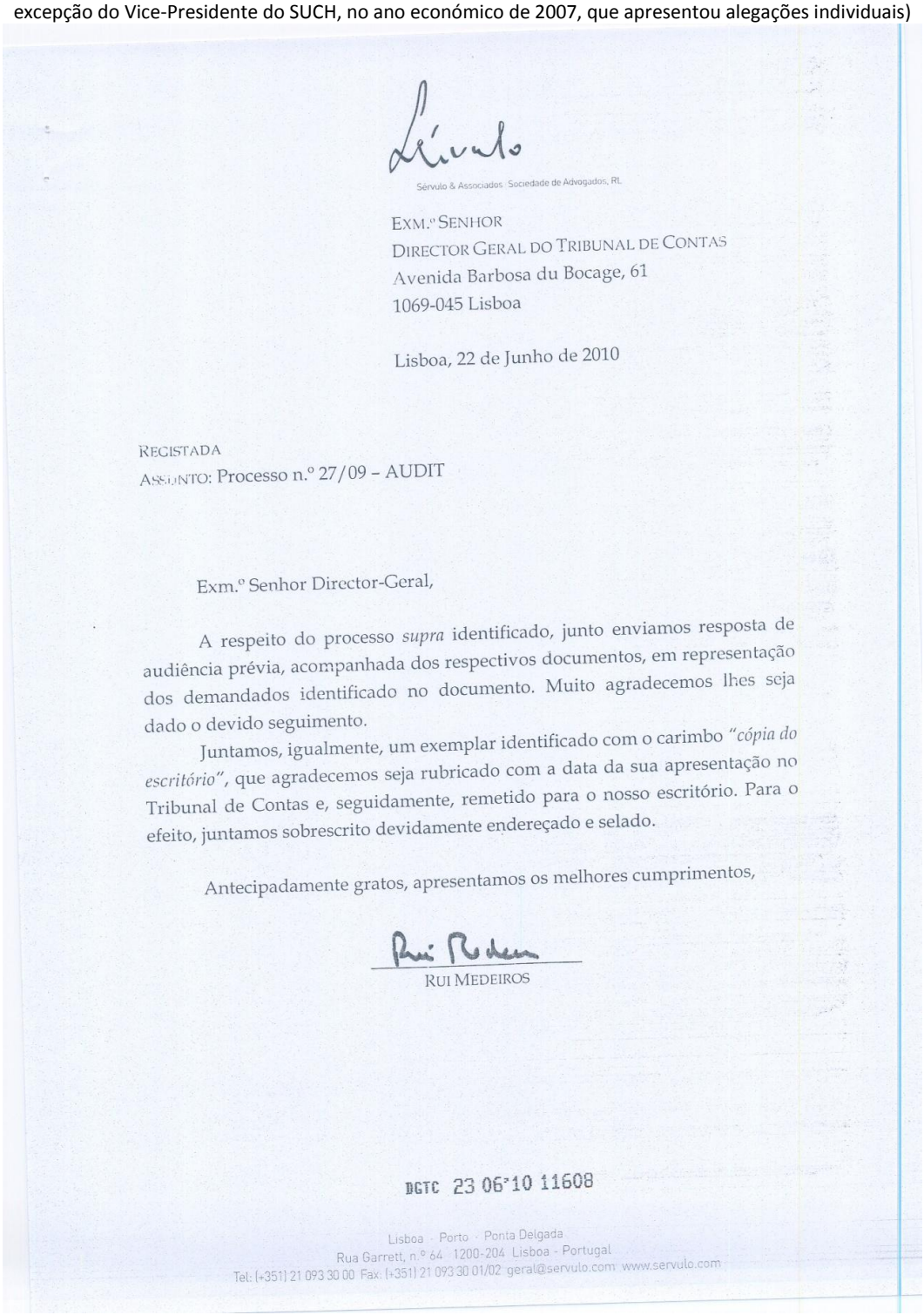
DGTC 16 06'10 11173

3

XXII. Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

- Contraditório institucional e pessoal -

(Quer o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais quer os responsáveis pela respectiva gestão no período auditado fizeram-se representar pela Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL, para o que juntaram procurações, com excepção do Vice-Presidente do SUCH, no ano económico de 2007, que apresentou alegações individuais)



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

EXM.º SENHOR
DIRECTOR GERAL DO TRIBUNAL DE CONTAS
Avenida Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

Lisboa, 22 de Junho de 2010

REGISTADA
ASSUNTO: Processo n.º 27/09 – AUDIT

Exm.º Senhor Director-Geral,

A respeito do processo *supra* identificado, junto enviamos resposta de audiência prévia, acompanhada dos respectivos documentos, em representação dos demandados identificado no documento. Muito agradecemos lhes seja dado o devido seguimento.

Juntamos, igualmente, um exemplar identificado com o carimbo "*cópia do escritório*", que agradecemos seja rubricado com a data da sua apresentação no Tribunal de Contas e, seguidamente, remetido para o nosso escritório. Para o efeito, juntamos sobrescrito devidamente endereçado e selado.

Antecipadamente gratos, apresentamos os melhores cumprimentos,

RUI MEDEIROS

DGTC 23 06°10 11608

Lisboa · Porto · Ponta Delgada
Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal
Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02 geral@servulo.com www.servulo.com

Sérvulo & Associados · Sociedade de Advogados, RL

COMENTÁRIOS
DE
PAULA MARIA MENDES NANITA LOPES DE OLIVEIRA
MARIA JOAQUINA RODRIGUES SOBRAL DE MATOS
GRAÇA ISABEL BESSONE PEREIRA RESENDES DO COUTO
LOURDES HILL GIMÉNEZ
E
JOÃO MANUEL VIDAL NABAIS

AO

ANTEPROJECTO DE RELATÓRIO DE AUDITORIA FINANCEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS

AQUISIÇÕES DE BENS E SERVIÇOS DAS INSTITUIÇÕES DO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE ATRAVÉS DO SUCH E DE AGRUPAMENTOS COMPLEMENTARES DE EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDOS

(PROC. N.º 27/09 – AUDIT)

Junho de 2010

Lisboa · Porto · Ponta Delgada
Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02
geral@servulo.com www.servulo.com

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

1. Em sessão de 11 de Dezembro 2008 do plenário da 2.ª Secção do Tribunal de Contas, vertida na Resolução n.º 7/08, foi aprovado o Programa de Fiscalização para o ano de 2009. De igual forma, um ano depois, em sessão de 3 de Dezembro de 2009, aquela secção aprovou o Programa de Fiscalização para o ano de 2010.

No quadro das acções previstas nos referidos Programas foi determinada, designadamente, a realização de uma auditoria ao SERVIÇO DE UTILIZAÇÃO COMUM DOS HOSPITAIS (de ora em diante, por simplicidade, "SUCH"), no exercício dos poderes que assistem ao Tribunal de Contas em matéria de fiscalização sucessiva, nos termos do n.º 1 do artigo 50.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas ("LOPTC")[1]. Concretamente, foi conduzida pela Direcção Geral do Tribunal de Contas uma auditoria com vista à avaliação dos procedimentos realizados pelas instituições do Serviço Nacional de Saúde (de ora em diante designado "SNS") relativos às aquisições de bens e serviços ao SUCH e aos agrupamentos complementares de empresa ("ACE") por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009, quer à luz das regras da contratação pública, quer das regras de realização de despesa, tendo sido, nesse quadro, apreciada a suficiência da fundamentação económico-financeira subjacente às respectivas decisões de autorização de despesa.

Neste âmbito foi ainda apreciada a legalidade e racionalidade económica da actividade desenvolvida pelo SUCH e por entidades por ele participadas em relação a entidades do Sector Público, alcançando-se um conjunto de conclusões com repercussões em termos de responsabilidade e de regularidade procedimental do Conselho de Administração do SUCH.

Para além do exposto, a auditoria em causa procedeu ainda à avaliação da estratégia e situação económico-financeira do SUCH, tendo-se pronunciado, nessa medida, sobre *(i)* os processos decisionais subjacentes à constituição de serviços

[1] Aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

partilhados integrados pelo SUCH; *(ii)* a rentabilidade do SUCH e das entidades por ele participadas por área de negócio, incluindo a análise das remunerações e outros benefícios dos membros dos órgãos sociais do SUCH e das pessoas colectivas por ele participadas; e *(iii)* a satisfação dos serviços prestados pelo SUCH às entidades do Sector Público.

Noutro plano, a Direcção Geral do Tribunal de Contas veio também apreciar a natureza jurídica do SUCH — em particular, o seu estatuto de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa —, bem como o regime de quotização e benefícios dos seus associados.

2. Em resultado dessa análise, foi produzido um anteprojecto de relatório (doravante "RELATO").

Nesse RELATO, o Tribunal de Contas considerou que da Auditoria em causa teriam resultado indícios que permitiriam, ao abrigo do artigo 65.º, n.º 1, alínea *b)*, da LOPTC, imputar aos ora Signatários Paula Maria Mendes Nanita Lopes de Oliveira, Maria Joaquina Rodrigues Sobral de Matos, Graça Bessone Pereira Resendes do Couto, Lourdes Hill Giménez e João Manuel Vidal Nabais, infracções ao disposto no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, ("Regime Jurídico da Realização de Despesas Públicas com Locação e Aquisição de Bens e Serviços"), e ao disposto no Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, por força de actos praticados na qualidade de membros do Conselho de Administração do SUCH, incorrendo estes em alegada responsabilidade financeira sancionatória.

3. Notificados, para, querendo, se pronunciarem sobre o teor do RELATO, os ora Signatários aderem integralmente à Resposta apresentada a este propósito pelo SUCH, sem prejuízo de se reservarem a faculdade de, na sede adequada, prestarem os esclarecimentos adicionais que se afigurem necessários. Mais esclarecem que sempre pautaram a sua actuação enquanto membros do Conselho de Administração do SUCH pelo estrito cumprimento das regras e princípios legais na matéria aplicáveis e pela prossecução dos melhores interesses do SUCH e

Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados, RL

do sistema de saúde português, devendo, por essa razão, este Tribunal concluir que, ao contrário do vertido no RELATO, inexistem quaisquer indícios de que hajam praticado qualquer acto violador das normas legais aplicáveis passível de os fazer incorrer em responsabilidade financeira sancionatória.

OS ADVOGADOS
(com procuração junta aos autos)

RUI MEDEIROS
ADVOGADO
Rua Garrett, n.º 64
1200-204 Lisboa
Tel. 21 093 30 00 – Fax. 21 093 30 01
Cont. n.º 136 068 995 Céd. Prof. 8468

GISELA ANDRADE
ADVOGADA-ESTAGIÁRIA
Rua Garrett, n.º 64
1200-204 Lisboa
Tel. 21 093 30 00 – Fax. 21 093 30 01
Cont. n.º 247 672 955 Céd. Prof. 30075L

DGTC 23 06'10 11608

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

COMENTÁRIOS DO SERVIÇO DE UTILIZAÇÃO COMUM DOS HOSPITAIS

AO

ANTEPROJECTO DE RELATÓRIO DE AUDITORIA FINANCEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS

AQUISIÇÕES DE BENS E SERVIÇOS DAS INSTITUIÇÕES DO SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE ATRAVÉS DO SUCH E DE AGRUPAMENTOS COMPLEMENTARES DE EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDOS

(PROC. N.º 27/09 – AUDIT)

Junho de 2010

Lisboa · Porto · Ponta Delgada
Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02
geral@servulo.com www.servulo.com

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

PLANO DA RESPOSTA

§ 1.º INTRODUÇÃO

§ 2.º UM RELATÓRIO ASSENTE NUM JUÍZO GLOBAL FORTEMENTE CRÍTICO DA ACTIVIDADE DO SUCH SEM QUALQUER JUSTIFICAÇÃO MATERIAL

2.1. Considerações preliminares

2.2. Da (alegada) falência estratégica de constituição dos novos serviços partilhados

2.2.1. A estratégia e as respectivas correcções identificadas como necessárias

2.2.2. Da (consequente) improcedência do juízo global tecido pelo Tribunal de Contas

2.2.3. Dos principais factores exógenos que comprometeram a execução do plano estratégico e, *em especial*, o contributo do Tribunal de Contas

2.2.4. Da criação da SPMS, E.P.E. como prova da *bondade* da solução de constituição de serviços partilhados

2.3. Das diversas incorrecções do relato do Tribunal de Contas quanto à avaliação da situação económico-financeira do SUCH

2.4. Aspectos específicos respeitantes a cada ACE

2.4.1. SOMOS PESSOAS, ACE

2.4.2. SOMOS CONTAS, ACE

2.4.3. SOMOS COMPRAS, ACE

§ 3.º A POSIÇÃO ASSUMIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS VIOLA OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA E DA NÃO RETROACTIVIDADE DOS ILÍCITOS SANCIONATÓRIOS

1

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

3.1. Considerações preliminares
3.2. Do princípio constitucional da protecção da confiança
3.3. Da não retroactividade dos ilícitos sancionatórios

§ 4.º UM EQUÍVOCO DE BASE: SUJEIÇÃO AO CONTROLO DO TRIBUNAL DE CONTAS NÃO SIGNIFICA SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DE GESTÃO PÚBLICA
4.1. Considerações preliminares
4.2. Da não sujeição do SUCH a regras de gestão pública
4.2.1. Da natureza privada do SUCH
4.2.2. Do âmbito de aplicação das regras de gestão pública
4.3. Das boas práticas de gestão do SUCH

§ 5.º ASSOCIAÇÃO PRIVADA E PESSOA COLECTIVA DE UTILIDADE PÚBLICA ADMINISTRATIVA
5.1. Considerações introdutórias
5.2. Do regime legal da cessação dos efeitos da declaração de utilidade pública e sua aplicação ao caso
5.3. A improcedência dos argumentos específicos utilizados pelo Tribunal de Contas

§ 6.º LEGITIMIDADE E BONDADE DO AJUSTE DIRECTO AO SUCH
6.1. Introdução
6.2. Dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República e da actualidade e da doutrina
6.3. Do preenchimento dos requisitos das relações *in house*
6.3.1. Considerações gerais
6.3.2. Do preenchimento do requisito do controlo análogo
6.3.3. Do preenchimento do requisito do essencial da actividade
6.3.4. Balanço final

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

6.3.5. Da não necessidade da qualificação do SUCH como entidade adjudicante

§ 7.º O RECURSO AO *OUTSOURCING* EM GERAL

7.1. Considerações preliminares

7.2. Do reconhecimento pelo SUCH da importância da adopção de boas práticas de contratação com terceiros

7.3. Em todo o caso: da inexistência de qualquer infracção financeira

7.3.1. Da não qualificação como *organismo de Direito Público* e da (consequente) inexistência de ilicitude

7.3.2. Da existência de um comportamento culposo e censurável

§ 8.º O PRECEDENTE DO SUCH-DALKIA

8.1. Introdução

8.2. Vantagens da cogeração

8.3. Crítica da argumentação constante do relato: aspectos gerais

8.4. Qualificação dos contratos celebrados com o SUCH-DALKIA, ACE como situações de subcontratação legitimas

8.5. Da não sujeição dos contratos celebrados com o SUCH-DALKIA, ACE às regras da contratação pública por força do regime particular aplicável nos sectores especiais

§ 9.º DOS NOVOS ACE

9.1. Identificação das infracções financeiras em causa

9.2. Da legitimidade na constituição dos ACE

9.3. Da legalidade no cometimento, pelo SUCH, da execução dos contratos celebrados com os seus associados aos ACE

9.4. DO (ALEGADO) NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS GERAIS PARA A AUTORIZAÇÃO DE DESPESA RESPEITANTE À AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE GESTÃO

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

DE RECURSOS HUMANOS

§ 10.º LEGITIMIDADE DA QUOTA SUPLEMENTAR

10.1. Introdução

10.2. Da natureza jurídica da quota suplementar

10.3. Da capacidade jurídica das entidades do SNS envolvidas

10.4. Conclusão quanto à eventual responsabilidade financeira resultante do pagamento de quota suplementar

10.5. Da não tributação, em sede de IVA, dos descontos de que beneficiam os associados do SUCH

§ 11.º OUTRAS CONSIDEREÇÕES TECIDAS A PROPÓSITO DE SITUAÇÕES QUE NÃO CONFIGURAM INFRACÇÕES FINANCEIRAS

11.1. Da prestação de serviços de tratamento e lavagem de roupa e serviços de alimentação ao Hospital de São João, E.P.E.

11.2. Da gestão e tratamento de resíduos do CHVNGE, E.P.E.

11.3. Da prestação de serviços de tratamento e lavagem de roupa aos Hospitais da Universidade de Coimbra, E.P.E.

11.4. Da prestação de serviços informáticos nos Hospitais da Universidade de Coimbra, E.P.E.

11.5. Da formação das propostas técnicas e comerciais

11.6. Dos serviços do SUCH instalados no Parque de Saúde de Lisboa

11.7. Da lavandaria do SUCH instalada no Hospital da Vialonga

11.8. Considerações tecidas a propósito das áreas tradicionais do SUCH

11.8.1. SOMOS AMBIENTE

11.8.2. SOMOS EQUIPAS

§ 12.º SÍNTESE CONCLUSIVA

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§1.º
INTRODUÇÃO

1. Em sessão de 11 de Dezembro 2008 do plenário da 2.ª Secção do Tribunal de Contas, vertida na Resolução n.º 7/08, foi aprovado o Programa de Fiscalização para o ano de 2009. De igual forma, um ano depois, em sessão de 3 de Dezembro de 2009, aquela secção aprovou o Programa de Fiscalização para o ano de 2010.

No quadro das acções previstas nos referidos Programas foi determinada, designadamente, a realização de uma auditoria ao SERVIÇO DE UTILIZAÇÃO COMUM DOS HOSPITAIS (de ora em diante, por simplicidade, "SUCH"), no exercício dos poderes que assistem ao Tribunal de Contas em matéria de fiscalização sucessiva, nos termos do n.º 1 do artigo 50.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas ("LOPTC")[1]. Concretamente, foi conduzida pela Direcção Geral do Tribunal de Contas uma auditoria com vista à avaliação dos procedimentos realizados pelas instituições do Serviço Nacional de Saúde (de ora em diante designado "SNS") relativos às aquisições de bens e serviços ao SUCH e aos agrupamentos complementares de empresa ("ACE") por ele constituídos, com produção de efeitos financeiros em 2008 e 2009, quer à luz das regras da contratação pública, quer das regras de realização de despesa, tendo sido, nesse quadro, apreciada a suficiência da fundamentação económico-financeira subjacente às respectivas decisões de autorização de despesa.

[1] Aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na redacção dada pela Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Neste âmbito foi ainda apreciada a legalidade e racionalidade económica da actividade desenvolvida pelo SUCH e por entidades por ele participadas em relação a entidades do Sector Público, alcançando-se um conjunto de conclusões com repercussões em termos de responsabilidade e de regularidade procedimental do Conselho de Administração do SUCH.

Para além do exposto, a auditoria em causa procedeu ainda à avaliação da estratégia e situação económico-financeira do SUCH, tendo-se pronunciado, nessa medida, sobre *(i)* os processos decisionais subjacentes à constituição de serviços partilhados integrados pelo SUCH; *(ii)* a rentabilidade do SUCH e das entidades por ele participadas por área de negócio, incluindo a análise das remunerações e outros benefícios dos membros dos órgãos sociais do SUCH e das pessoas colectivas por ele participadas; e *(iii)* a satisfação dos serviços prestados pelo SUCH às entidades do Sector Público.

Noutro plano, a Direcção Geral do Tribunal de Contas veio também apreciar a natureza jurídica do SUCH — em particular, o seu estatuto de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa —, bem como o regime de quotização e benefícios dos seus associados.

2. Em resultado dessa análise, foi produzido um anteprojecto de relatório, notificado ao SUCH, para exercício do direito ao contraditório, nos termos do artigo 13.º e do n.º 3 do artigo 87.º da LOPTC (doravante "RELATO").

No presente documento, apresentam-se, assim, os comentários do SUCH ao RELATO, abrangendo, no essencial, as mais relevantes matérias que aí são objecto de tratamento, quer de um ponto de vista das considerações tecidas a propósito da sua natureza, actuação e gestão estratégica, no quadro do sistema de saúde português, quer no que respeita às diversas infracções financeiras que se pretendem imputar aos membros dos conselhos de administração do SUCH e dos diversos associados que integram o SNS, melhor identificados no Anexo I do referido RELATO.

6

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§2.º
UM RELATÓRIO ASSENTE NUM JUÍZO GLOBAL FORTEMENTE CRÍTICO DA ACTIVIDADE DO SUCH SEM QUALQUER JUSTIFICAÇÃO MATERIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

3. No RELATO, para além da apreciação da actuação do SUCH junto do Sector Público e da (pretensa) responsabilidade financeira sancionatória que daí possa advir, o Tribunal de Contas vem tecer um conjunto de observações e críticas ao modelo de actuação e gestão do SUCH, e, de igual modo, à sua situação económico-financeira, que se afiguram totalmente infundadas e injustificadas.

Em concreto, o Tribunal de Contas vem concluir pela "*falência estratégica de constituição de serviços partilhados*", evidenciada, segundo o mesmo, pela circunstância de no final de 2008 e início de 2009 serem já "*evidentes os desvios entre as projecções económico-financeiras constantes dos estudos de viabilidade económica de cada ACE e os dados reais*", principalmente ao nível das poupanças a gerar para o erário público (cfr. páginas 63 e 64 do RELATO). Refere, para tanto, que o insucesso na implementação dos serviços partilhados se deveu a um conjunto de circunstâncias, entre as quais se destacam: *(i) a falta de conhecimentos do SUCH e do parceiro privado sobre as idiossincrasias do Sector Público da Saúde*; e *(ii) a falta de capacidade financeira dos ACE* (cfr. páginas 5, 21, 64 e 65 do RELATO).

Quanto ao primeiro aspecto assinalado, vem justificar que o mesmo se traduziu numa fragilidade, na medida em que "*a falta de competências específicas dificultou a comunicação com as áreas administrativas das entidades públicas adjudicantes, aumentando ainda mais a resistência à mudança que estes processos só*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

por si (naturalmente) suscitam, e tornou a implementação dos serviços partilhados dependente da disponibilidade dessas áreas, que, considerando a necessidade de desenvolverem a sua actividade normal, se encontravam impedidas de colaborar com os agrupamentos conforme seria desejável para a obtenção dos sucessos imediatos, cuja demonstração era essencial para a escalagem dos serviços partilhados" (cfr. páginas 21 e 64 do RELATO).

Por seu turno, o RELATO vem referir que a evidência do segundo aspecto contribuiu para o incremento do recurso ao crédito, traduzindo-se, inclusivamente, na principal fonte de financiamento (cfr. páginas 21 e 64 e 65 do RELATO). Como consequência da (suposta) *falência estratégica dos serviços partilhados*, o Tribunal de Contas assinala a deterioração da situação económico-financeira do SUCH, evidenciada, no seu entender, pelos resultados líquidos negativos dos exercícios económicos de 2008 e 2009.

Por último, e no que a esta parte respeita, o Tribunal de Contas atém-se ainda em aspectos específicos relacionados com cada um dos ACE constituídos, numa tentativa de pôr em evidência a (suposta) *imprudência* na opção tomada quanto à implementação dos serviços partilhados na área da saúde nos anos mais recentes.

4. Pretende-se, assim, neste § 2.º, demonstrar que não assiste qualquer razão ao Tribunal de Contas, seja nas críticas que tece quanto à actuação estratégica desenvolvida pelo SUCH, mormente no quadro dos serviços partilhados constituídos, e (consequente) situação económico-financeira, seja na leitura que faz da implementação dos projectos de cada ACE e respectivas situações económico-financeiras — razão pela qual outra não pode ser a conclusão se não a de total improcedência de um tal juízo.

5. Ainda assim, e porque o RELATO, na sua preocupação em desvalorizar a gestão do Conselho de Administração do SUCH, omite importantes aspectos positivos da estratégia adoptada nos últimos anos por esta

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Associação, não cabe no âmbito deste contraditório desenvolver inúmeros elementos que inviabilizam o juízo conclusivo do Tribunal de Contas (que vai ao ponto de questionar a justificação para o reconhecimento da utilidade pública administrativa do SUCH). Daí, por exemplo, que não se justifique destacar aqui o licenciamento de toda a Linha do Ambiente em 2007, debelando a ameaça expressa na Análise SWOT/2006 de exploração do SUCH da área de Tratamento de Resíduos, a que se seguiram a criação do ACE do Ambiente, o Benchmarking Internacional sobre Boas Práticas de Tratamento de Resíduos, a classificação como EUREKA e como PIN (e a candidatura a QREN) do Projecto CTIVRH, a concretizar no Eco-Parque Relvão na Chamusca. O mesmo se diga, só a título de exemplo, mas não de somenos: a renovação de todas as Certificações de Qualidade do SUCH, a que se somaram novas Certificações: Limpeza, Segurança e Controlo Técnico e de alguns estabelecimentos do SOMOS NUTRIÇÃO.

6. Não obstante, importa revelar que no **ciclo estratégico 2006-2009**, o SUCH – associação privada sem fins lucrativos e que prossegue o interesse público – viu aumentar o seu volume de negócios em 77%, com impacto significativo em todas as áreas tradicionais de actuação, e criou quatro novas unidades de negócio, três das quais sem qualquer alternativa de mercado – a saber: os novos serviços partilhados em saúde.

No referido período, a organização tradicional reestruturou-se – tendo sido verticalizadas todas as unidades de negócio e *clusterizadas* algumas, bem como desenvolvidas funções corporativas – sucedendo a três organizações regionalizadas[2] uma única organização, suportada num centro corporativo profissional em que, nomeadamente, as funções financeira, recursos humanos e

[2] O SUCH era organizado em três Direcções Regionais, com autonomia em todos os processos produtivos e administrativos (financeiros, compras, recursos humanos, formação de preços, entre outros), as quais seguiam práticas distintas na relação com associados, clientes, fornecedores e instituições bancárias.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

compras viram centralizados e redesenhados todos os processos, assim se visando alcançar uma maior eficiência e a prevenção da corrupção.

A par do citado aumento do volume de negócios, a reorganização efectuada traduziu-se ainda em ganhos de eficiência, que se repercutiram *(i)* na subida dos custos operacionais em 70% (que compara com o aumento dos 77% do volume de negócios) e *(ii)* na redução do peso relativo da despesa de pessoal nos custos de 48% para 41%, consolidando-se, dessa forma, uma dinâmica de resultados operacionais equilibrados, verificados nos anos 2006, 2007 e 2009, apenas contrariada, no ano de 2008, pela inflação fortemente sentida nos primeiros oito meses do ano sobre as rubricas "Matérias-Primas Alimentares" e "Combustíveis".

O processo de desenvolvimento organizacional concretizado no referido período observa ainda a evolução de outros indicadores estratégicos com especial significado, tais como a redução do absentismo, inicialmente superior a 9%, para 4,6% e o aumento da produtividade.

Os Ganhos de Eficiência conseguidos e a evolução favorável destes outros indicadores são, assim, consequência objectiva não só da verticalização operada nas áreas de negócio mas também da adopção de todas as Políticas Corporativas entre as quais se contam nomeadamente: as de Recursos Humanos, utilização de Frota e Comercial.

7. Este processo de desenvolvimento organizacional – plasmado no Plano Estratégico 2007-2009 e respectivos planos anuais aprovados por unanimidade dos associados – concretizou-se sem alteração dos paradigmas tradicionais de actuação da organização, uma vez que:

a) Manteve-se o recurso em exclusivo ao crédito bancário como modelo de financiamento e de suporte às dinâmicas de investimento;

10

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

b) Mantiveram-se as práticas de relação com os associados, designadamente aqueles com natureza públicas, assentes em protocolos celebrados por atribuição directa, de incidência anual ou plurianual;

c) Sempre que ocorreu a criação de estruturas empresariais com outros parceiros (quatro ACE constituídos entre Abril de 2007 e Julho de 2008), a sua selecção não foi objecto de concurso público, porque a nada o obrigava legalmente nem nunca essa recomendação havia sido formulada por qualquer instância[3].

2.2 DA (ALEGADA) FALÊNCIA ESTRATÉGICA DE CONSTITUIÇÃO DOS NOVOS SERVIÇOS PARTILHADOS

2.2.1 A ESTRATÉGIA E AS RESPECTIVAS CORRECÇÕES IDENTIFICADAS COMO NECESSÁRIAS

8. O desenvolvimento de novos serviços partilhados para o sector da saúde — nomeadamente, nas áreas de gestão de recursos humanos, contabilidade, compras e logística e sistemas de informação — foi solicitado ao SUCH, em 2006, pelo próprio Governo e por cerca de metade dos associados do SUCH. **A iniciativa da criação de novos serviços partilhados não pertenceu, portanto, exclusivamente, ao SUCH e ao seu Conselho de Administração.**

9. Foi nesse quadro, isto é, em resposta a uma solicitação dos associados e da Tutela , que o SUCH realizou, ainda em 2006, um Estudo de Benchmarking

[3] Como adiante melhor se verá, o SUCH/DALKIA, agrupamento complementar de empresas constituído em 4 de Junho de 1996, entre o SUCH e a DALKIA – EMPRESA DE SERVIÇOS, CONDUÇÃO E MANUTENÇÃO DE INSTALAÇÕES TÉCNICAS, SA, havia desenvolvido já cerca de quatro projectos de cogeração, sem que nunca alguma questão tivesse sido suscitada acerca da legitimidade e legalidade da sua actuação.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Internacional[4] sobre o desenvolvimento de serviços partilhados em torno destes mesmos processos, tendo detectado, através do mesmo, projectos de sucesso, principais intervenientes, investimentos, resultados e lições aprendidas. Entre as Lições Aprendidas, incluem-se:

a) A superação generalizada dos resultados face ao previsto em *business-planns* iniciais;

b) Atraso na concretização dos cronogramas iniciais motivados sobretudo por "apoio reduzido por parte dos colaboradores" (sempre verificado), "problemas de sistemas de informação" ou "perturbações do negócio durante a fase de implementação".

A estas lições aprendidas correspondem, pois, a identificação de *Factores críticos de Sucesso*, a saber:

a) Compromisso da gestão de topo;

b) Existência de tecnologias como um sistema integrado de gestão;

c) Comunicação clara dos objectivos, desde o início, e frequente, sobre o progresso da iniciativa, a todos os colaboradores;

d) Encontrar as pessoas certas para liderar e trabalhar numa unidade de serviços partilhados, com abertura para o desenvolvimento de novas atitudes e competências.

10. Assim, atentas as conclusões alcançadas no referido estudo e ciente do desafio lançado pelo próprio Governo — desenvolver novos serviços partilhados em quatro áreas (inclui sistemas de informação), almejando uma geração de poupanças do erário público até 400 milhões de Euros no período 2008-2012 (e não no período inicial de dois anos a que se refere o RELATO) —, e, por outro lado, ponderadas seriamente as limitações e dificuldades da implementação de uma tal solução, **a Assembleia Geral do SUCH, no período**

[4] Estudo elaborado pela Deloitte *"Benchmarking e Desenho de Unidade(s) de Serviços Partilhados na área da saúde – Relatório Final. Junho 2006"*.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

compreendido entre 30 de Outubro de 2006 e 17 de Janeiro de 2007, aprovou *(i)* uma "estratégia de parcerias", que visou o desenvolvimento de competências nestes domínios e a disponibilidade da nova plataforma de serviços partilhados, para utilização a partir do 1º trimestre de 2008; e *(i)* um Plano Estratégico 2007-2009, no qual se centra o esforço de desenvolvimento das novas áreas apenas em três dos quatro domínios solicitados — recursos humanos, contabilidade e compras e logística.

11. Atento o referido contexto — e, uma vez mais, sublinhe-se, em resposta ao repto do Governo e dos associados em 2006 para, visando ganhos de eficiência no sector da saúde, se permitir o controlo do *deficit* e o ajustamento das contas públicas, bem como para se suportar as dinâmicas de reforma no Sector da Saúde (cuidados de saúde primários, cuidados continuados, empresarialização de hospitais e dinâmica de integração de unidades de saúde e centros hospitalares em unidade locais de saúde) —, o SUCH deliberou, em sucessivas reuniões de Assembleia Geral, o seguinte:

a) Em 30 de Outubro de 2006, **uma alteração estatutária, reforçando-se a sua natureza associativa, e uma estratégia de parcerias**, com vista à disponibilização da nova plataforma de serviços partilhados a curto prazo, a par da internalização de todas as competências subjacentes à mesma no SUCH;

b) Em 17 de Janeiro e de 17 de Maio de 2007, a constituição de três ACE, todos sem capital, para constituir essa plataforma, cuja dinâmica de investimento deveria ser assegurada integralmente por recurso a capital alheio — crédito bancário —, planeando-se a sua integral recuperação num **horizonte temporal de cinco anos**, no termo do qual os respectivos ACE se dissolveriam, ficando o SUCH detentor da totalidade dos activos e 'Know-how'.

A constituição dos referidos ACE, efectuada ao abrigo da alteração estatutária deliberada em 30 de Outubro de 2006, que introduziu, nos Estatutos

13

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

do SUCH, a alínea *d)* do nº 1 e o nº 3 do artigo 2º[5], teve como evidente propósito dos associados — com a **concordância da tutela**, que homologou a referida alteração, em 16 de Novembro de 2006, — o de utilizarem os serviços disponibilizados pelos referidos ACE, enquanto *extensões adjectivas* do SUCH e, desse modo, incluídos neste último como instrumentos de auto-satisfação dos interesses dos seus associados.

12. Por aqui se vê, portanto, que a estratégia de constituição de serviços partilhados, através da formação de ACE, não resultou de um qualquer acto de gestão do Conselho de Administração do SUCH, tendo decorrido, outrossim, de uma **decisão conjunta dos seus associados e da própria Tutela**. Não se compreende, por isso, em que medida é que as (alegadas) vicissitudes da opção tomada poderão ser imputadas ao Conselho de Administração do SUCH, quando, claramente, a respectiva iniciativa não decorreu de um qualquer acto de gestão que o mesmo tenha tomado (isoladamente) nesse sentido.

13. No que toca à previsão de resultados a consolidar no SUCH resultante dos *Business Plans* dos três ACE (SOMOS PESSOAS, SOMOS CONTAS e SOMOS COMPRAS), elaborados no 1º Semestre de 2007, a mesma era a seguinte:

[5] Segundo a qual o SUCH contribui para a libertação dos seus associados para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde, mediante a constituição de "*unidades de serviços partilhados, destinadas a assegurar a prestação aos seus associados da generalidade dos serviços de apoio à prestação de cuidados de saúde, designadamente a gestão integrada de recursos humanos, gestão administrativa e financeira, informática e telecomunicações e gestão de frotas automóveis*".

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Quadro nº 1

Resultados esperados consolidar no SUCH no período de 2007-2012 provenientes do Somos Compras, Somos Contas e Somos Pessoas (de acordo com os *Business Plans* iniciais)

Unidade: Euros

ACEs e SUCH	Ano 2007	Ano 2008	Ano2009	Ano 2010	Ano 2011	Ano 2012
SOMOS COMPRAS (1)	484.597	1.132.941	1.701.694	2.339.188	2.842.677	-
SOMOS CONTAS	0	-2.093.800	1.502.900	2.669.350	4.891.100	7.273.200
SOMOS PESSOAS (2)	-482.887	-33.659	507.812	578.561	708.870	592.806
IMPACTO NO SUCH	1.710	-994.518	3.712.406	5.587.099	8.442.647	7.866.006

(1) Valores mínimos porque apenas considerados em todo o período, como âmbito, os Centros Hospitalares - Piloto

(2) Considera apenas o 1º Semestre dado o termo previsto para o ACE

Isto significa que sempre se soube que a estratégia assumida de desenvolver os novos serviços partilhados de saúde com os níveis de adesão expectáveis — atento o empenho da Tutela e o pedido formulado por cerca de 40% dos associados em 2006 — teria um impacto nas contas do SUCH de consolidação de um resultado negativo equivalente a cerca de € 1.000.000,00 (um milhão de euros), no ano de 2008, esperando-se a partir do ano seguinte o início da consolidação e, depois, resultados crescentes.

O resultado acumulado a consolidar no SUCH no termo dos três ACE — que verificar-se-ia apenas no primeiro semestre de 2012 — ascenderia a cerca de € 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de euros), o que significa que, nesse período, o SUCH teria conseguido recuperar o investimento tido como necessário na criação destas estruturas.

14. A este respeito, cumpre realçar que o Plano acima referido reflectia, com toda a ponderação, a aprendizagem do SUCH no âmbito do *Benchmarking* Internacional de Serviços Partilhados em Saúde realizado no ano de 2006[6], onde

[6] Estudo elaborado pela Deloitte *"Benchmarking e Desenho de Unidade(s) de Serviços Partilhados na área da saúde – Relatório Final. Junho 2006"*.

15

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

se evidenciavam as experiências bem sucedidas dos parceiros privados na realização, com sucesso, de serviços partilhados em saúde, noutros países europeus, em torno dos mesmos processos: recursos humanos, contabilidade e compras e logística.

15. Na sequência dos referidos estudos e efectuadas as ponderações necessárias com base nos elementos constantes dos mesmos, foi, no 1º semestre de 2007, concretizada a estratégia de parcerias aprovada, tendo sido, consequentemente, criados, pelo SUCH, os referidos **três ACE, que integravam, à data, uma participação (irrisória) de 5%, detida por parceiros privados, com experiências internacionais de sucesso** (reconhecidas no Estudo de Benchmarking Internacional) — a saber: a CAPGEMINI, na área dos recursos humanos, a ACCENTURE, na área de contabilidade e gestão financeira e a DELOITTE, na área das compras e logística.

16. No caso do SOMOS COMPRAS, ACE, integraram ainda, como agrupados fundadores, os Centros Hospitalares de Lisboa, E.P.E., tendo para o efeito sido obtida a necessária concordância, expressa através da correspondente autorização, dos membros do Governo da área da Saúde e Finanças, em Fevereiro de 2007.

17. Assim, no decurso do 2º semestre de 2007, procedeu-se à **criação das infra-estruturas necessárias à operacionalização da nova plataforma de serviços partilhados**, o que passou, necessariamente: *(i)* pela aquisição de *software*, infra-estrutura tecnológica e instalações; *(ii)* pela selecção e contratação de pessoal adequado; *(iii)* pelo levantamento dos processos existentes nas instituições de saúde e nas administrações regionais da saúde nestes domínios; e *(iv)* pela identificação de requisitos e desenho dos novos processos. Durante esse período, foi igualmente iniciada a parametrização adequada dos sistemas

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

de informação de acordo com os requisitos e melhor desempenho esperado dos novos processos.

Deste modo, efectuado o investimento previsto e constituída a plataforma de novos serviços partilhados no decurso do ano de 2007, no termo do 1º Semestre de 2008 *(i)* estavam efectuados os estudos prévios com o empenhamento activo das entidades aderentes (*Due Dilligencies*) e celebrados os protocolos com os associados-piloto (duas administrações regionais, no caso dos SOMOS CONTAS e SOMOS PESSOAS); e *(ii)* realizada a Prova de Conceito (Consulta de Medicamentos em Novembro 2007) das Compras numa categoria de grande impacto, com verificação de 20% de poupança face à situação de partida.

18. Por seu turno, **a partir de Julho de 2008**, o SUCH obteve em todas as áreas ganhos de eficiência internos utilizando a nova plataforma, o que prova a sua total operacionalidade.

19. No termo do ano de 2008, verificaram-se, contudo, os seguintes circunstancialismos:

a) São **processados cerca de 12.000 salários**, para SUCH e os associados (duas administrações regionais da saúde);

b) **Não foi adjudicado, através do SOMOS COMPRAS, nenhum dos medicamentos (diversos princípios activos) com preço negociado na Central, apesar de terem ficado internalizados no SNS as elevadíssimas poupanças conseguidas (e que não podem, de modo algum, ser escamoteadas ou desvalorizadas), através de ajustes directos dos associados aos fornecedores;**

c) Encontrava-se ainda em fase de Preparação o arranque da ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO CENTRO, I.P. (doravante "ARS CENTRO"), no quadro dos Serviços Partilhados de Contabilidade, **que veio a ter visto do Tribunal de Contas apenas em Março de 2009**;

17

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

d) Encontravam-se **lançados os concursos públicos internacionais de aquisição de materiais de cardiologia (CDIs/Pacemakers, Stents Coronários) e Gazes Medicinais**, que vieram a ser adjudicados no início de 2009 (e cujos convites avançaram até Setembro).

20. Perante este cenário, em Novembro de 2008, **o próprio Conselho de Administração do SUCH,** consciente do atraso no terreno do ritmo de adesão das entidades — dada, designadamente, a derrapagem, relativa no tempo, da reforma dos Cuidados de Saúde Primários, em consequência da Remodelação Governamental operada no sector em Janeiro de 2008 e expressa objectivamente na dilação da publicação dos diplomas legais de suporte[7] —, **revê em baixa os *Business Cases* iniciais dos três ACE e propõe ao Governo a conversão dos três ACE em Empresa Pública,** suportado num Estudo da *Boston Consulting Group*, realizado em Dezembro de 2008 (cfr. deliberações do Conselho de Administração e Estudo disponibilizados no âmbito da auditoria).

21. A previsão de resultados a consolidar no SUCH mercê desta revisão em baixa, pelos motivos *supra* referidos, está identificada no quadro *infra*, da qual se deu conhecimento aos associados na Assembleia Geral de Janeiro de 2009.

[7] A extinção das Sub-Regiões da Saúde das Administrações Regionais da Saúde, prevista desde a Lei Orgânica do Ministério da Saúde, aprovada pelo Decreto-Lei nº 212/2006, de 27 de Outubro, e reafirmada pelo Decreto-Lei n.º 222/2007, de 29 de Maio, que regula as Administrações Regionais de Saúde, só viria a ocorrer após a Publicação das Portarias regulamentares do D.L. nº 28/2008, de 22/2, cuja publicação só correu no início de Março de 2009.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Quadro nº 2

Resultados esperados consolidar no SUCH no período de 2007-2012 provenientes do Somos Compras, Somos Contas e Somos Pessoas (de acordo com os *Business Plans* em vigor no início de 2009)

Unidade: Euros

ACEs e SUCH	Ano 2007	Ano 2008	Ano2009	Ano 2010	Ano 2011	Ano 2012
SOMOS COMPRAS (1)	-	-483.173	4.389.429	7.618.341	12.948.822	4.262.779
SOMOS CONTAS	-	-3.762.000	-1.538.100	-922.000	471.300	1.999.250
SOMOS PESSOAS (2)	1.884	-1.263.595	240.586	779.748	271.301	122.284
IMPACTO NO SUCH	1.884	-5.508.768	3.091.915	7.476.089	13.691.423	6.384.313

(1) Considera o termo ACE em Abril de 2012,como inicialmente previsto

(2) Considera o termo ACE em Junho de 2012,como inicialmente previsto

O **ajuste dos *Business Cases* ao ritmo real de adesões verificadas**, efectuado sucessivamente e concomitantemente ao longo do ano de 2008, evidenciam, para todos — Conselho de Administração, associados e Tutela — um impacto potencial de 5,5 milhões negativos no ano, o que, com o deslize do arranque no terreno das adesões efectivadas, se sabia certo, ao termo de 2008, corresponder ao resultado expectável a consolidar no SUCH no exercício de 2009, caso o Governo não adoptasse a solução proposta de imediato, ou seja: assumir em Empresa Pública, com arranque em 2009, e com possibilidade de actuação sobre a variável estratégica – Vinculação da Adesão das Entidades – a nova plataforma de serviços partilhados já disponível e em operação.

O referido estudo da *Boston Consulting Group* prova o potencial de poupança anual de exploração da plataforma disponível entre 230 e 400 milhões de euros ao ano, sendo que o último destes números só seria almejável em cenário de adesão generalizada, dado os serviços partilhados serem uma operação de escala. Por conseguinte, a possibilidade de consecução de tais objectivos revela a razoabilidade dos montantes investidos, se, em coerência com a intenção que esteve na base da criação das novas unidades de serviços

19

partilhados, impulsionada pelos associados e pelo Governo, os serviços e instituições do SNS a elas aderissem generalizadamente.

Nesta medida, a possibilidade de a Tutela ter controlo sobre a variável "adesão" até então em regime absolutamente livre, bem como a renegociação em posição mais vantajosa — dada a natureza pública da nova entidade — com o Consórcio Bancário de suporte da operação de financiamento, constituíram os principais fundamentos subjacentes à proposta apresentada pelo Conselho de Administração do SUCH à Tutela.

22. Conclusões análogas foram alcançadas posteriormente num **Estudo do Professor Augusto Mateus**[8] — cujo diagnóstico também foi facultado no âmbito da auditoria —, o qual veio também concluir que os serviços partilhados existentes poderão gerar uma poupança para o erário público de € 807.000.000 até 2015, caso a Tutela da SPMS – SERVIÇOS PARTILHADOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, E.P.E. (doravante "SPMS, E.P.E."), assegure a sua vinculação. Vejamos:

Indicadores Gerais	EPE SPS CONSOLIDADA
Receitas Totais 2010-2015 (em milhões de euros)	9.317,7
EBITDA 2010-2015 (em milhões de euros)	71,5
Resultados Líquidos 2010-2015 (em milhões de euros)	26,5
Data do Primeiro EBITDA Positivo	12-2010
Data do Primeiro RL Positivo	12-2012
Margem Bruta 2010-2015 (em milhões de euros)	275,2
Poupanças 2010-2015 (em milhões de euros) para o SNS com a Adesão Obrigatória aos SPS	807

Como se refere no referido estudo, "*somos forçados a concluir que, em Portugal, o sucesso na implementação de Serviços Partilhados na Saúde terá que ficar umbilicalmente ligado ao carácter imperativo da adesão, ainda que baseada numa lógica de progressividade, cujo carácter imperativo se revele em cada ACE, inicialmente, em*

[8] Retirado de "*SUCH – SOMOS SPS: Plano de Sustentabilidade 2010-2015 "[Relatório Final – Volume II]*", Augusto Mateus e Associados, Janeiro de 2010.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

apenas determinadas tipologias de serviços e/ou dentro de determinados patamares de facturação. Atendendo aos superiores interesses que gravitam em torno da sustentabilidade do SNS, entendemos como absolutamente decisiva a intervenção da tutela no sentido de disciplinar o sector, induzindo efeitos demonstradores, esbatendo resistências à mudança, consubstanciando poupanças, contribuindo, em paralelo, para viabilizar uma entidade de incontornável dimensão económica, financeira e social e de inquestionável "missão moral" (sublinhado nosso).

23. A verdade, porém, é que a proposta apresentada pelo Conselho de Administração do SUCH ao Governo só veio a ser assumida politicamente através de um diploma publicado muitíssimo mais tarde, isto é, em Março de 2010, após ter sido ponderada e adiada a respectiva aprovação em sessão de Conselho de Ministros de 5 de Fevereiro de 2009. Trata-se do Decreto-Lei 19/2010, de 22 de Março.

24. Significa isto que, em rigor, em 2009 o SUCH veio a verificar um resultado líquido anual negativo de € 5. 043.127, integralmente justificado por custos financeiros (no montante de 5,7 milhões de euros) resultantes da não verificação da correcção estratégica pré-identificada em tempo a estes serviços, dado a plataforma de novos serviços partilhados disponibilizados desde o início de 2008 não ter sido cabalmente utilizada em escala como seria desejável pelos associados.

2.2.2 DA (CONSEQUENTE) IMPROCEDÊNCIA DO JUÍZO GLOBAL TECIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

25. Do que antecede, resulta, em síntese, e desde logo, que o Conselho de Administração do SUCH sempre se preocupou em acompanhar todo o desenvolvimento do processo de constituição de serviços partilhados e tudo fez

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

para o tornar plenamente operativo e económico-financeiramente gerador de significativas poupanças.

Essa preocupação é evidenciada, desde logo, numa fase anterior à constituição dos ACE, visto que o SUCH obteve **estudos sérios e independentes**, por forma a garantir que a opção a tomar se traduziria na melhor solução.

A mesma preocupação manifesta-se ainda na circunstância de, ao longo da implementação dos serviços partilhados, o Conselho de Administração do SUCH ter sempre elaborado e executado planos de negócios de médio prazo, de modo a adaptar os resultados e mais-valias esperados à realidade.

26. Noutra perspectiva, do acima exposto resulta também, de forma clara, que a existência de resultados negativos em cada um dos ACE tinha já sido prevista e contemplada antes da respectiva constituição, sendo por isso uma situação conhecida e expectável pelo SUCH, associados e Tutela (cfr. Quadro n.º 1). Tal situação foi também considerada aquando da adaptação da projecção económico-financeira dos resultados esperados pelos ACE, até Janeiro de 2009, consubstanciada no Quadro n.º 2.

Isto significa que a **verificação de resultados negativos e, bem assim, o impacto sofrido pela consolidação dos mesmos nas contas do SUCH estiveram sempre previstos**, não tendo, por isso, escapado ao controlo de gestão do SUCH — contrariamente ao que parece pretender o Tribunal de Contas, quando afirma que a *falência estratégica da constituição de serviços partilhadas* é evidenciada pelos *"(...) desvios entre as projecções económico-financeiras constantes dos estudos de viabilidade económica de cada ACE e os dados reais"* (cfr. páginas 21 e 23 do RELATO).

Corresponderam, bem pelo contrário, a uma deliberação ponderada e consciente, incluindo do próprio Governo, e, acima de tudo, compensada pelos

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

retornos de investimentos que se espera vir a alcançar, no futuro, com a regular execução do projecto.

27. Este último factor evidencia ainda a **prematuridade da apreciação do Tribunal de Contas**, já que o RELATO se reporta a um período em que ainda não é possível conhecer da compensação (ou não) dos investimentos com os retornos e valores de poupança esperados.

Com efeito, até ao actual momento, os ACE nunca tiveram a possibilidade de operar com a escala referida nos aludidos estudos, por factores, aliás, totalmente exógenos ao SUCH, pelo que a conclusão dos auditores do Tribunal de Contas vai muito além da análise económico-financeira que lhes é permitida fazer com base num (tão) curto período de tempo.

Nesta medida, não se afigura de modo algum aceitável a conclusão a que o Tribunal de Contas chega quanto à constituição de serviços partilhados, uma vez que: *(i)* a um tempo, os sucessos e a geração de valor foram calculados num cenário em que sempre foi assumido que, numa fase inicial, haveria resultados negativos; *(ii)* a outro, porque, tratando-se dos primeiros dois anos de implementação da estrutura, uma tal constatação revela-se, sempre e em qualquer cenário, demasiado precoce, tanto mais que se equacionou logo na formulação estratégica um período mínimo de 5 anos para a recuperação do investimento.

28. Ademais, o argumento da *falência estratégica dos serviços estratégicos* também não colhe, na medida em que nenhuma das (duas) fragilidades apontadas pelo Tribunal de Contas se afigura verdadeira — a saber, *(i)* falta de conhecimentos do SUCH e parceiro privado sobre as idiossincrasias do Sector Público, tornando a implementação de serviços partilhados muito dependente da disponibilidade das áreas administrativas das entidades públicas adjudicantes, e *(ii)* falta de capacidade financeiras dos ACE.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

29. Relativamente à **primeira pretensa fragilidade apontada pelo Tribunal de Contas**, não se pode ignorar, desde logo, que o SUCH, enquanto associação privada ao serviço do sistema de saúde português, há mais de 44 anos, — e, no caso do SOMOS COMPRAS, também os três Centros Hospitalares de Lisboa — detém reconhecidos conhecimento e experiência no Sector da Saúde.

Por outro lado, importa também realçar o facto de, como acima se viu, a escolha dos parceiros privados que iriam integrar os respectivos ACE ter, justamente, resultado da avaliação do conhecimento e experiência que estes possuíam na implementação de serviços partilhados na área da saúde.

30. Noutro plano, mas ainda em relação à primeira fragilidade a que alude o RELATO, não se pode acompanhar, de modo algum, o raciocínio gizado pelo Tribunal de Contas quanto à pretensa (excessiva) dependência dos associados.

Desde logo, nenhum processo de externalização de funções de suporte por parte de uma organização, particularmente as de carácter administrativo, pode (ou mesmo deve) ser realizado sem a contribuição empenhada e profunda dos seus colaboradores na estruturação do serviço a prestar e na passagem de informação, quer ao nível da documentação quer ao nível de dados informáticos ou mesmo de conhecimentos específicos. Discorda-se, por isso, da ligação que o Tribunal de Contas faz entre a existência de conhecimentos específicos sobre o Sector Público da Saúde e a necessidade de colaboração das entidades adjudicantes envolvidas no processo de implementação de serviços partilhados, uma vez que este segundo aspecto **afigura-se, em qualquer caso, absolutamente essencial**.

Feita esta ressalva, e afastada a pretensa falta de conhecimentos específicos sobre o Sector Público da Saúde por parte do SUCH, parceiros privados e ACE, desconhecem-se quais os elementos que foram tidos em consideração para qualificar a implementação dos serviços partilhados como

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

"muito" dependente da colaboração das áreas administrativas das entidades públicas.

No que, concretamente, diz respeito à dependência da ADMINISTRAÇÃO CENTRAL DO SISTEMA DE SAÚDE ("ACSS"), importa voltar a repetir que qualquer processo de externalização nas áreas de contabilidade e de recursos humanos, que envolva uma mudança do sistema de informação, implica, para não dar origem a custos exorbitantes de carregamento de dados, a execução da sua migração entre os sistemas. No caso das entidades públicas em apreço, a sua dependência em relação à ACSS, em termos do desenvolvimento e manutenção de sistemas de informação a descontinuar, obrigou a recorrer à colaboração desta entidade. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, em relação às comunicações em que se utilizou a Rede de Informação da Saúde (RIS). O não recurso a esta colaboração é que mereceria censura por parte do Tribunal e não a sua existência, que, se bem que prescindível, contribuiu para evitar custos acrescidos.

31. No que concerne ao **segundo aspecto apontado no RELATO — *falta de capacidade financeira dos ACE*** —, a fundamentação do Tribunal de Contas também não colhe. Isto porque a circunstância de os ACE terem sido constituídos sem capital e o facto de seguirem um modelo de formação de preços que iguala os custos — de forma a acautelar-se a melhor prossecução dos interesses dos associados — tornaram inevitável o recurso ao crédito bancário, o qual, constituindo a única forma de financiamento externo possível, partiu de uma deliberação consciente e ponderada.

Atento todo o sobredito, *(i)* estando documentado e patenteado todo o período 2006-2009 em Relatórios de Gestão detalhados e contas certificadas legalmente, que, por sua vez, foram aprovados, por largas maiorias, em Assembleia Geral; *(ii)* estando reconhecidas as limitações que a natureza jurídica do SUCH e dos ACE sem capital determinam nas variáveis

25

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

financiamento, investimento e actividade; *(iii)* tendo sido efectivadas anualmente correcções sobre os Planos de Negócios das diferentes áreas de actividade, as quais foram sempre comunicadas à Tutela e aos associados em Assembleia Geral[9] e por ofícios regulares; *(iv)* tendo sido proposto à Tutela soluções amplamente fundamentadas em estudos externos; e *(v)* tendo sido adoptadas, no ano de 2009, quer na Assembleia Geral Extraordinária de 3 de Julho, quer pelo Governo em 17 de Dezembro, medidas de correcção estratégica dos factores críticos geradores de ameaça à sustentabilidade e autonomia financeira do SUCH — estranha-se e refuta-se totalmente a acusação expressa no RELATO de que foi prosseguida neste período uma *"política de financiamento irreflectida"*.

2.2.3 DOS PRINCIPAIS FACTORES EXÓGENOS QUE COMPROMETERAM EXECUÇÃO DO PLANO ESTRATÉGICO E, *EM ESPECIAL*, O CONTRIBUTO DO TRIBUNAL DE CONTAS

32. Não obstante o acima exposto — e, sem prejuízo da não aceitação do juízo global feito pelo Tribunal de Contas, fortemente crítico e sem qualquer justificação material — reconhece-se, porém, que **a execução do plano estratégico ficou necessariamente comprometida por um conjunto de factores exógenos que escapam totalmente ao controlo do SUCH**.

É certo que se verificaram, neste percurso de dois anos e meio, também em Portugal, todas as dificuldades observadas nestas experiências realizadas nos países estudados previamente, revestindo-se de particular acuidade a relação paralela fornecedores - clientes-piloto, **— e, em concreto, o "boicote" da central de compras no seu arranque, como adiante melhor se verá** —, bem

[9] Conforme testemunham as actas da Assembleia Geral do SUCH, designadamente dos dias 23 de Janeiro de 2008, 22 de Janeiro de 2009 e 19 de Maio de 2009, que foram oportunamente enviadas a este Tribunal no decorrer da auditoria.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

como a resistência por parte dos colaboradores das instituições aderentes que se vêem obrigados a trabalhar no quadro de processos e sistemas novos. Por seu turno, assumiram também particular dificuldade as questões relacionadas com a migração de dados entre os sistemas de informação, pré-existente(s) e o(s) novo(s) sistema(s).

Por outro lado, apesar de todos os cuidados colocados na *supra* referida "Estratégia de Parcerias", designadamente para observar os *Factores Críticos pré-identificados*, não impediram os mesmos a emergência de algumas dificuldades, sendo relevante salientar, para o efeito, dois exemplos:

a) Não obstante a enorme experiência dos parceiros privados em montagens bem sucedidas de serviços partilhados similares no sector da saúde nos últimos anos noutros países (que sublimava à partida o limite de competências endógenas do SUCH sentido à data de início), a sua presença no terreno, nas fases de levantamento de processos e de requisitos, reforçou a desconfiança e resistência dos colaboradores das instituições aderentes que não desejavam o processo[10].

b) Não obstante a construção de todo o processo com a cumplicidade de três Conselhos de Administração dos Centros Hospitalares de Lisboa (representando 17% do SNS), supostamente alinhados com a estratégia governativa e cientes das vantagens potenciais do processo dos serviços partilhados, tal não foi suficiente, na hora de emergirem as primeiras dificuldades: estabelecendo estes relação directa com fornecedores, paralelizando a operação da Central, ou observando dificuldades na gestão da mudança interna em cada instituição, na hora de readaptar e reduzir as estruturas internas.

[10] Surgiram, assim, durante todo o ano de 2008 – em momentos sempre associados a cada arranque em operação – inúmeras cartas anónimas, lançando suspeições de irregularidade, distribuídas junto de órgãos de comunicação social, inspecções, Tribunal de Contas, entre outros.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

33. Acontece, todavia, que **as principais razões que estão subjacentes à necessidade sentida — identificada pelo SUCH — de correcção da trajectória de implementação dos serviços partilhados na área da saúde, decorrem de circunstâncias completamente alheias ao controlo do Conselho de Administração do SUCH.**

34. Desde logo, importa referir a já citada **remodelação governamental, operada no sector em Janeiro de 2008, e a alteração de Governo e Tutela,** verificados em Outubro de 2009 — **não se podendo aqui olvidar que a continuidade e constância governativa estavam claramente sinalizadas como factores críticos de sucesso da execução do Plano Estratégico 2007-2009.**

35. Noutro plano, **a eclosão da crise financeira mundial — sem precedentes nos últimos 70 anos —, no início do último trimestre do ano de 2008,** teve consequências imediatas sobre as dinâmicas de financiamento do SUCH e destes três ACE.

Com efeito, a crise financeira mundial implicou: *(i)* a subida imediata dos '*spreads*' unilateralmente pela Banca, para o financiamento dos três ACE e para o Sistema de Garantia de Pagamentos, em cerca de dois pontos percentuais, determinando o acréscimo do custo do financiamento; e *(ii)* a subida sucessiva do aumento dos '*spreads*' para o SUCH, quer sobre descobertos bancários, quer sobre *factoring*, por parte de todos os bancos.

Este cenário, totalmente imprevisível, veio necessariamente perturbar a execução do Plano Estratégico 2007-2009, uma vez que, tal como acima se evidenciou, o mesmo foi elaborado tendo por base o paradigma tradicional vigente no SUCH, correspondente ao recurso em exclusivo ao crédito bancário sempre que se afigurar necessário gerar novas respostas com vista ao desenvolvimento do Sector da Saúde — sendo esse indubitavelmente o caso da constituição de serviços partilhados.

28

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

36. Ademais, o compromisso assumido pelo Governo, anunciado em Dezembro de 2008, de pagamento dos fornecedores no prazo de 90 dias não teve reflexos no Sector da Saúde, não tendo sido contemplada qualquer medida que permitisse satisfazer esse compromisso no âmbito das entidades do Sector Público Administrativo que operam neste domínio. Sobretudo, assistiu-se a uma gravíssima **degradação dos prazos de recebimento do SUCH de pagamentos provenientes das instituições do SNS** – em 70 dias no decurso do ano de 2009 e em mais 76 dias desde Dezembro de 2009 até Abril de 2010. Este fenómeno, totalmente grave e anómalo – e que, embora seja do conhecimento do Tribunal de Contas, não é integrado, no RELATO, num puzzle coerente (o que impediria inevitavelmente o juízo crítico à gestão do Conselho de Administração do SUCH) –, veio claramente agravar a situação financeira do SUCH. Com efeito, esta dramática degradação dos prazos de recebimento verificados no ano de 2009, traduzidos no aumento de 54,6% das Dívidas de Clientes, compara com a evolução do passivo bancário em 32,8%.

37. Por último, importa salientar **a inusitada alteração da posição tradicional do Tribunal de Contas, volvidos dois anos sobre a constituição dos ACE, e um ano após a entrada em vigor do novo Código dos Contratos Públicos, relativamente aos contratos celebrados por ajuste directo entre os associados públicos e o SUCH — que mereceram, desde 1966 e até Junho de 2009, sempre "Vistos"** —, passando aquele a entender como exigível, apenas a partir do segundo semestre de 2009, a realização prévia de concurso público, tendo começado, com esse fundamento, a recusar sistematicamente o visto a todos os protocolos celebrados[11].

[11] De referir, porém, que, até à presente data, nenhum dos Acórdãos que vieram recusar a concessão de visto com fundamento nesta nova posição transitou em julgado, por se encontrarem em fase de apreciação de recurso apresentado, ou, em alguns casos, tendo sido negado provimento ao recurso foram arguidas nulidades. Por outro lado, importa reiterar que em **Março de 2009** o Tribunal de Contas "Visou" o Protocolo da ARS CENTRO referente aos Serviços Partilhados de Contabilidade.

De facto, não se pode ignorar que ao longo dos últimos 30 anos, a que corresponde cerca de 68% do tempo de vida do SUCH, o Tribunal de Contas sempre concedeu visto à generalidade dos Protocolos celebrados entre o SUCH e os seus associados públicos, independentemente de os mesmos se reportarem a áreas do SUCH com ou sem alternativa de mercado, empresarializadas ou não, asseguradas exclusivamente através de meios próprios ou por recurso a alguma forma de subcontratação. De acrescentar, também, que mesmo os casos de adjudicação de serviços ao SUCH por entidades do SNS que não estão sujeitas ao controlo do Tribunal de Contas – designadamente, as Entidades Públicas Empresarias (E.P.E) – sempre foram conhecidos e pacificamente aceites pelo Tribunal, nomeadamente através de auditorias realizadas.

Esta alteração — cuja responsabilidade recai em exclusivo sobre o próprio Tribunal de Contas – implicou o congelamento de novas adesões aos serviços partilhados, constituídos em 2007, agravando os resultados previstos, com consequências directas, nomeadamente *(i)* no prazo de recuperação do investimento nestas estruturas, *(ii)* nos resultados negativos a consolidar em 2008-2010 no SUCH e outros agrupados e, de igual modo, *(iii)* no ritmo de redução do "*pricing*" para as entidades de saúde, só possível almejar pelo efeito de escala.

Além disso, as vicissitudes ocorridas nos sucessivos processos de recusa de vistos, que ainda não transitaram em julgado, agravaram significativamente as dificuldades financeiras do SUCH, uma vez que os pagamentos que deveriam ter sido efectuados ao abrigo dos contratos submetidos a visto ficaram, desde aí, congelados.

É de salientar que o Tribunal de Contas com a recusa de visto ao "Protocolo de Articulação entre Centrais de Compras", celebrado entre o Somos Compras e ACSS, em cumprimento do disposto no nº 3 do artº 10º do D.L. 200/2008 de 9 de Outubro, Protocolo este homologado pelo Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, contribuiu grandemente para a não geração de

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

eficiências funcionais, técnicas e económicas nos processos de Compras e Logística do Sector da Saúde, até ao presente momento.

De facto, o Acórdão nº 171/09 de 4 de Dezembro de 2009 – 1ª S/SS foi objecto de recurso, em 8/1/2010, por parte da ACSS (Proc. nº 1615/2009 – UATII) e ainda não houve qualquer decisão sobre o mesmo.

Enfim, como se perceberá melhor mais adiante, afigura-se manifestamente incorrecto retroagir essa nova interpretação adoptada para ler os factos ocorridos no quadro do Plano Estratégico 2007-2009, na medida em que se fosse esse o entendimento em 2006 não teria sido possível ao Governo, à Assembleia Geral do SUCH e consequentemente ao Conselho de Administração — que executa as respectivas orientações —, "encomendar" ou "operacionalizar" serviços partilhados, os quais, pela sua natureza, forma de constituição e relação de "propriedade" que os caracteriza, em nada se comparam a uma normal prestação de serviços em mercado.

2.2.4 DA CRIAÇÃO DA SPMS, E.P.E. COMO PROVA DA *BONDADE* DA SOLUÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE SERVIÇOS PARTILHADOS

38. Como acima se referiu, tempestivamente **o Conselho de Administração do SUCH propôs ao Governo, no final do ano de 2008, como correcção estratégica a criação de uma entidade pública empresarial que permitisse ao mesmo, em esfera pública, controlar a vinculação da adesão das entidades do SNS a estes serviços, de modo a *escalar* a utilização da plataforma constituída.**

Na sequência dessa proposta, mais de um ano volvido, por intermédio do Decreto-Lei 19/2010, de 22 de Março, foi criada a empresa pública SPMS, E.P.E., que tem por atribuições a "*prestação de serviços partilhados específicos da área da saúde em matéria de compras e logística, financeiros e recursos humanos aos*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde (SNS), independentemente da sua natureza jurídica, bem como aos órgãos e serviços do Ministério da Saúde e a quaisquer outras entidades, quando executem actividades específicas da área da saúde" (cfr. artigo 3.º, n.º 1).

Ora, a opção pela criação da referida empresa, que sucede nos direitos e obrigações dos ACE constituídos e das estruturas do SUCH de suporte a esses serviços partilhados, confirma a bondade da solução inicialmente gizada em 2006.

Com efeito, atento todo o percurso trilhado até agora pelos ACE constituídos, verifica-se que a decisão tomada pela Tutela da saúde traduz o inequívoco reconhecimento pelo Governo da relevância e da actualidade da estratégia adoptada de constituição de serviços partilhados, no quadro do reforço da sustentabilidade do SNS, bem como a gestão exemplar do Conselho de Administração do SUCH, na medida em que há muito – no final de 2008 – compreendeu e antecipou os novos *sinais dos tempos*, sugerindo uma solução como aquela que acabou por ser agora, há poucos meses, consagrada legalmente.

39. Importa, na verdade, não obliterar que **a figura jurídica ora criada permite, justamente, resolver os principais problemas verificados na implementação dos serviços partilhados pelos ACE criados e que foram oportunamente identificados pelo Conselho de Administração do SUCH.**

De facto, por um lado, prevê-se que a SPMS, E.P.E. goze de um *"direito exclusivo de exercer a actividade de disponibilização dos serviços partilhados específicos da área da saúde em matéria de compras e logística, financeiros e recursos humanos aos estabelecimentos e serviços do SNS, independentemente da sua natureza jurídica, bem como aos órgãos e serviços do Ministério da Saúde, nos casos em que estes recorram a uma solução de serviços partilhados para assegurar o exercício daquelas funções"*; e, por outro, estabelece-se que *"por despacho do membro do Governo responsável pela área*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

da saúde, a utilização dos serviços partilhados disponibilizados pela SPMS, E.P. E., pode ser determinada, com carácter de generalidade, para a totalidade ou parte dos serviços e instituições do SNS ou dos órgãos e serviços do Ministério da Saúde" (cfr. artigo 4.º, n.º s 1 e 3).

Encontra-se, assim, assegurada a possibilidade de *adesão vinculativa* aos serviços partilhados prestados pela SPMS, E.P.E, mediante simples decisão do Ministério da Saúde, mecanismo que tinha sido referido pelo Conselho de Administração como absolutamente essencial .

Com efeito, perante as dificuldades sentidas no financiamento pela Banca num cenário de instabilidade financeira internacional, associado ao ritmo lento no contexto de total liberdade de adesão por parte das instituições à plataforma de serviços partilhados e ainda o lançamento de dúvida jurídica - dois anos volvidos após a assunção da estratégia – do modelo de relação contratual entre os associados públicos e o SUCH –, o Conselho de Administração do SUCH percebeu prematuramente que se mostrava premente actuar no sentido de garantir a recuperação rápida do investimento concretizado na plataforma nacional de serviços partilhados de saúde, por forma a obter-se eficiência no sector. Decisivo, para o efeito, afigurava-se controlar: *(i)* o ritmo das novas adesões; *(ii)* o redimensionamento adequado das estruturas das instituições aderentes e *(iii)* os ganhos de escala das compras conjuntas, sem *fuga* permissiva aos mecanismos da Central de Compras.

Na verdade, como acima se evidenciou, o Relatório de Gestão e Contas de 2008 e os Planos de Actividades 2009 e 2010 do SUCH espelhavam já com clareza estas preocupações, reconhecendo-se que a criação de SPMS, E.P.E., corresponde a um acto do Governo que permite, em sede própria, controlar com sucesso os aspectos identificados que urge, a bem do país, colmatar, permitindo ainda a renegociação, a '*spreads*' mais favoráveis para o Estado do custo do financiamento bancário de suporte.

33

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

40. Porquanto o exposto, com a aposta do SUCH na criação da SPMS, E.P.E., o Conselho de Administração orgulha-se de ter contribuído, uma vez mais, como tem sucedido ao longo dos anos, e decisivamente para que o SUCH ofereça respostas específicas, na ausência de mercado, às necessidades de desenvolvimento do sector público da saúde em Portugal. E o reconhecimento da importância crucial desta medida, no quadro do Plano de Estabilidade e Crescimento ora aprovado, validam a importância e centralidade desta visão e disponibilidade de resposta efectiva para almejar ganhos de eficiência significativos no sector da saúde.

2.3 DAS DIVERSAS INCORRECÇÕES DO RELATO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUANTO À AVALIAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÓMICO-FINANCEIRA DO SUCH

41. Atenta a (alegada) falência estratégica, o Tribunal de Contas vem concluir que "*a criação dos serviços partilhados, um dos desideratos da missão do Conselho de Administração do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, em funções desde 2006, conduziu a Associação a uma situação financeira crítica, com eventuais consequências na sua própria subsistência, e contrasta com a* «(...) situação financeira (...) globalmente equilibrada (...)» *evidenciada nas demonstrações financeiras de 2005*" (cfr. página 86 do RELATO).

De forma a sustentar uma tal afirmação, o Tribunal de Contas elenca um conjunto de aspectos que, **na sua óptica**, são evidenciadores dessa conexão, fazendo sobressair *(i)* a diminuição dos resultados operacionais registados em áreas de negócio tradicionais do SUCH entre 2008 e 2009; *(ii)* os resultados líquidos negativos dos exercícios económicos de 2008 e de 2009 e, quanto a este último, de aproximadamente € 5 milhões de euros, resultante, **em grande parte**, da consolidação dos resultados líquidos negativos dos ACE de serviços partilhados entretanto constituídos; *(iii)* a diminuição dos capitais próprios; *(iv)*;

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

aumento das dívidas, em grande parte justificado pelo recurso ao *factoring*; e *(v)* a não cobrança de créditos (cfr. páginas 11, 25, 84 a 88 do RELATO).

42. A afirmação acima citada feita pelos auditores do Tribunal de Contas não traduz a realidade. Com efeito, tal como prova o quadro da determinação do fundo de maneio funcional das necessidades cíclicas de exploração dos recursos cíclicos de exploração e da tesouraria líquida (cfr. DOC. N.º1), verifica-se que **o SUCH não possuía, nem nunca possuiu, pelo menos desde 2001, inclusive, uma situação financeira globalmente equilibrada,** quer de médio, quer de curto prazo.

De facto, os elevados montantes de necessidades cíclicas de exploração, permanentemente imobilizados, principalmente por via das sistemáticas dívidas dos clientes/associados — cujo saldo sempre representou, nos últimos nove anos, uma percentagem superior a 80 % do total das necessidades cíclicas de exploração, — são, à escala da progressão do volume de negócios, prova iniludível e irrefutável dos referidos desequilíbrios financeiros bem como de tesouraria, curiosamente omitidos. Se até 2007 o fundo de maneio funcional (capital próprio-activo fixo) conseguia alavancar fundos para reduzir as necessidades mensais da tesouraria líquida, a partir de 2008 (inclusive) este desiderato não mais foi possível de alcançar basicamente por se ter deteriorado a situação financeira do capital próprio do SUCH.

Neste particular, contribuíram ainda para a redução do mesmo, no período em consideração, os resultados líquidos negativos de 2008 e 2009, devidos à inflação sentida em 2008 e à consolidação nas contas do SUCH dos resultados negativos das respectivas empresas participadas. Importa ainda frisar o impacto da regularização dos trabalhos em curso, na rubrica contabilística de existências, no montante de €3.091.881,12, no âmbito dos projectos & Obras, resultado de uma situação herdada do passado, muito anterior a 2005. Tratou-se um complexo e moroso trabalho de grande

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

envergadura, que urgia resolver e que este Conselho de Administração levou a efeito, encontrando-se o seu resultado no mencionado Relatório e Contas de 2008, em ABDR (anexo ao balanço e a demonstração de resultados), na nota 2, a páginas 109.

Aliás, a referida regularização mereceu nesse mesmo ano uma ênfase do Revisor Oficial de Contas ("ROC"), que, pela sua importância, importa transcrever: " *(...) tal como referido na nota nº 2 do anexo ao balanço e à demonstração de resultados,* ***foram reconhecidas perdas no montante de 3.092 mil euros imputáveis a exercícios anteriores que integravam o saldo da conta trabalhos em curso evidenciado no balanço de 31/12/07****. Esta regularização, por contrapartida directa do capital próprio, justifica a retirada de uma reserva sobre esta situação que existia na certificação das contas que emitimos no ano passado.*". — reserva essa que também deixou de constar do Relatório e Contas de 2009.

43. Posto isto, e na medida em que a análise efectuada pelo Tribunal de Contas e, bem assim, os aspectos críticos apontados não decorrem (lamentavelmente) de uma leitura global e integrada de todos os dados económico-financeiros existentes — contrariamente ao que se exige em qualquer análise económico-financeira rigorosa —, impõe-se começar por fazer uma **breve resenha da evolução da situação económico-financeira do SUCH**, de modo a que mais facilmente se consiga identificar as omissões, falhas e outras incorrecções de que o RELATO padece.

A análise dos ratios de endividamento, liquidez e solvabilidade cujo objectivo último é avaliar a "solidez" da estrutura económico-financeira de qualquer organização/instituição (com ou sem fins lucrativos), a qual reflecte as origens e aplicações de recursos próprios e alheios necessários à gestão de curto, médio e longo prazo, revela que no período entre 2006 e 2009 há uma clara sub-divisão que importa salientar: o biénio 2006-2007 e o biénio 2008 e 2009.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

44. No **primeiro biénio** tem-se um nível médio do ratio de endividamento na ordem dos 66 %, (64,1 % em 2006 e 68 % em 2007). Porém, a leitura desse valor não pode ser dissociada da consideração dos seguintes factos:

a) O volume de vendas subiu 36,3 %, registando aumentos de 16 %, entre 2005 e 2006, e de 17,7 %, entre 2006 e 2007, verificando-se assim um aumento de € 56.597,9 milhares, no início de 2006, para € 77.174,3 milhares, no final de 2007, representando um crescimento de € 20.576,4 milhares;

b) A dívida dos clientes aumentou 48, 2%, correspondente a € 13.083,7 milhares, uma vez que passou de € 27.164 milhares registados no início de 2006, para € 40.248 milhares, registados no final de 2007, sendo que o aumento anual no decurso de 2006 foi de 39,2 %;

c) Em contrapartida, o SUCH aumentou o seu endividamento oneroso (incluindo empréstimos bancários, *leasings* e adiantamentos de *factoring*) a instituições de crédito em 47%.

45. No que concerne ao **biénio 2008-2009**, tem-se em 2008 um volume de vendas que face a 2007 sobe 15,7 % (€ 89.296.700 / € 77.174.3000 =15,7 %), contra um aumento da dívida de clientes de 8,15 %, (.€ 43.529.000/ € 40.248.000 = 8,15%).

Contudo, é conveniente frisar quão enganador este ratio se revela, pois que, como então foi referido no Relatório & Contas de 2008, analisado pelo Tribunal de Contas, os prazos médios de recebimentos mensais verificados são bem maiores que a indicação pontual do mesmo em sede de data final do exercício (cfr. páginas 97 e seguintes).

Não obstante as dívidas a bancos passarem de € 18.835.000 para € 13.897.000 (diminuindo cerca de 5 milhões), o recurso a adiantamentos por *factoring*, motivado pelo crescimento da dívida, já atrás referida, explicam e

37

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

justificam o montante desta rubrica revelado em fecho de exercício com € 6.258.000.

Em 2009, ao contrário do que é tradicional, nem o final do ano conseguiu modificar a situação. Assim, para um aumento do volume de vendas, face ao ano anterior, de 12,4 % (€ 100.393.000 / € 89.297.000) a dívida de clientes passou de € 43.529.000 para € 67.299.000, registando um aumento de 54,6% e representando um crescimento de € 23.770.000.

A análise, porém, não pode terminar neste plano, sendo fundamental, para que se possa ter uma visão integrada da situação, aduzir alguns outros elementos.

46. No que concerne à análise dos resultados operacionais das áreas tradicionais do SUCH, se efectuada de acordo com as boas práticas, recorrendo-se, por exemplo, aos Relatórios & Contas de 2008 e 2009, ambos aprovados em Assembleia Geral por larga maioria de votos (superior a 80 %) — o que não parece ter sido tomado em linha de conta pelos auditores —, constatar-se-ia que:

a) O **volume de negócios de 2008 aumentou 15,7 % face ao ano anterior**;

b) **No triénio 2006-2008, o acréscimo do volume de negócios ascendeu a 57,8 %,** registando todos os anos percentagens anuais de crescimento superiores a 15 %;

c) Não obstante o período complexo vivido em 2008 do ponto de vista do funcionamento dos mercados, **os custos operacionais tiveram um acréscimo idêntico à variação do volume de negócios**. Quanto a este último aspecto há que referir que, apesar da dinâmica dos custos operacionais terem acompanhado o aumento do volume de negócios, registaram-se desvios significativos em termos das rubricas matérias-primas e fornecimento de serviços externos ("FSE´s"). Efectivamente, para uma evolução de 15,7 % do volume de negócios, o custo de matérias-primas evoluiu mais do que 19% no

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

ano de 2008 (desviando-se do orçamento em 31 %) e os FSE´s apresentaram um acréscimo próximo dos 15 % (observando-se um desvio face ao orçamento de 47 %). Em concreto, os desvios constataram-se em: *(i)* electricidade, que apresentou um aumento de custos de 40,5 % no ano, importando um crescimento adicional de € 182.000; *(ii)* combustíveis, onde os custos cresceram no ano 76,8 %, importando um encargo adicional de € 1.600.000; e *(iii)* matérias primas alimentares, em que os custos aumentaram 23 % no ano, importando um encargo adicional de € 1.000.000. Estes desvios tiveram lugar por dois motivos:

i) **Forte inflação verificada em 2008 nestes bens e serviços** (que motivaram aliás prejuízos na generalidade das empresas);

ii) O impacto no SUCH da adopção das regras do novo Código dos Contratos Públicos, para a generalidade da compra pública.

Ora, afigura-se bastante simples constatar que se as referidas subcategorias do conjunto de matérias-primas e FSE's se tivessem comportado sem o efeito da inflação, e, desse modo, a respectiva despesa acompanhasse o ritmo de crescimento da actividade em 16 %, então deste encargo adicional que totaliza € 2.900.000 apenas teria resultado € 1.200.000, pelo que **o desvio sentido pelo efeito da inflação no SUCH no ano de 2008 resultou numa despesa adicional e imprevisível para o ano de € 1.700.000, com forte impacto no prejuízo operacional global do SUCH cifrado em € 1.500.00** (cfr. DOC. N.º 2).

47. Por outro lado, no que ao **ano de 2009** diz respeito, constata-se que o volume de negócios registou um acréscimo de 12,4 % face ao ano anterior, tendo, desde o início 2006 a 2009, aumentado 77,4 %. Quanto aos custos operacionais, atingiram, no mesmo período, 70,5 %, sendo que o crescimento em 2009, foi de 11,3 %, e, portanto, em qualquer dos casos, inferior ao crescimento do volume de vendas. Nesse mesmo período (2006-2009), os custos

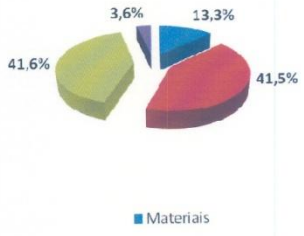
Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

com o pessoal cresceram apenas 45,8 %, descendo o respectivo peso nos custos operacionais de 48,6% para 41, 6%, conforme islustram os gráficos *infra*.

Distribuição dos custos operacionais 2009



Distribuição dos custos operacionais 2005



Diminuição do **peso dos custos c/ pessoal** na estrutura de custos 2005-2009: **7 pontos percentuais = 14,4%**

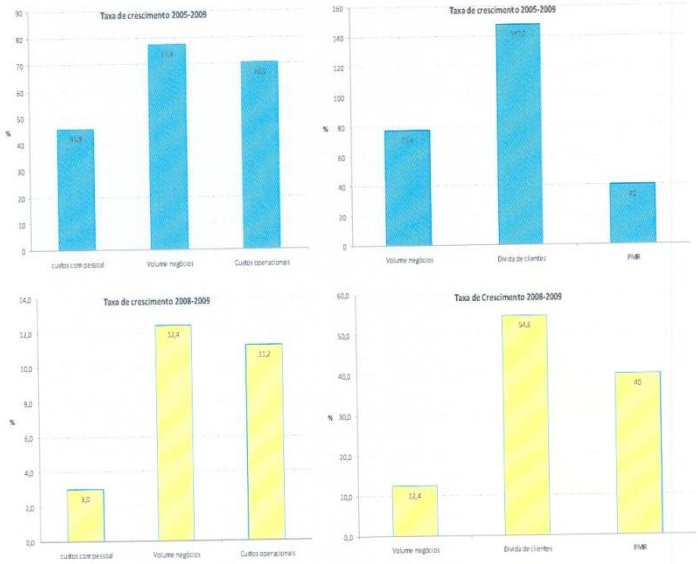
Crescimento da **produtividade** 2005-2009 = **27,8%**

Diminuição da **taxa de absentismo** 2005-2009 = **51,7 %**

Noutro plano, se comparado o crescimento do volume de vendas de 77,4%, no período 2006-2010, com a dívida de clientes, esta aumentou 147,7%,

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

no mesmo período. Fazendo a mesma análise agora para o ano de 2009, face a 2008, obtém-se o seguinte: *(i)* um aumento do volume de vendas de 12,4 %; *(ii)* um aumento dos custos operacionais de 11,2%; *(iii)* um aumento dos custos com o pessoal de 3%; e *(iv)* um aumento do PMR em 40 % (+ 70 dias).



Nota: Os PMR foram muito irregulares durante 2008
A 31 de Dez 2005 = 175 dias
A 31 de Dez 2008 = 175 dias
A 31 de Dez 2009 = 245 dias

48. Em síntese, no que aos resultados operacionais diz respeito, é muito importante relembrar que, exceptuando o ano de 2008 — em que os mesmos apresentaram valores negativos pelas razões acima expostas —, o SUCH,

41

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

desde 2006, tem vindo a apresentar resultados operacionais positivos. O ano de 2005 havia, em contraponto, exibido um resultado operacional negativo no valor de -1,6 milhões de euros.

49. Sem prejuízo do exposto, tendo em conta o expendido no terceiro parágrafo e seguintes da página 11 do RELATO, e, por outro lado, dado que as diferentes áreas de negócio tradicionais representam realidades completamente diversas, não fazendo por isso sentido analisá-las em conjunto, impõe-se uma **análise individual de cada *cluster***, constatando-se o seguinte:

SOMOS EQUIPAS (*)	2007	2008	2009 (milhares €)
Volume de Vendas	29.018,32	32.548,10	36.683,06
Evolução %		*12,2%*	*12,7%*
Outros Prov. Operacionais	2.265,69	118,04	1.133,29
Total dos Prov. Operacionais	31.284,01	32.666,14	37.816,35
Total dos Custos Operacionais	24.694,46	29.077,48	35.593,30
Relação proveitos / Custos (%)	*26,7%*	*12,3%*	*6,2%*
Evol.ção % dos custos (ano n-n-1)		*17,7%*	*22,4%*
Resultados Operacionais	6.589,55	3.588,66	2.223,05
Evol.ção % dos R.Operac.(ano n-n-1)		*-45,5%*	*-38,1%*

SOMOS AMBIENTE (*)	2007	2008	2009 (milhares €)
Volume de Vendas	27.526,47	34.069,36	36.494,66
Evolução %		*23,8%*	*7,1%*
Outros Prov. Operacionais	-49,60	120,87	1,34
Total dos Prov. Operacionais	27.476,86	34.190,22	36.496,00
Total dos Custos Operacionais	25.998,38	32.121,20	32.309,75
Relação proveitos / Custos (%)	*5,7%*	*6,4%*	*13,0%*
Evol.ção % dos custos (ano n-n-1)		*23,6%*	*0,6%*
Resultados Operacionais	1.478,49	2.069,02	4.186,25
Evol.ção % dos R.Operac.(ano n-n-1)		*39,9%*	*102,3%*

42

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

SOMOS NUTRIÇÃO (*)	2007	2008	2009 (milhares €)
Volume de Vendas	19.776,16	23.160,78	27.390,18
Evolução %		*17,1%*	*18,3%*
Outros Prov. Operacionais	56,52	56,19	0,00
Total dos Prov. Operacionais	19.832,68	23.216,96	27.390,18
Total dos Custos Operacionais	18.518,05	21.368,17	25.246,60
Relação proveitos / Custos (%)	*7,1%*	*8,7%*	*8,5%*
Evol.ção % dos custos (ano n-n-1)		*15,4%*	*18,2%*
Resultados Operacionais	1.314,64	1.848,79	2.143,58
Evol.ção % dos R.Operac.(ano n-n-1)		*40,6%*	*15,9%*

SOMOS CONSULTORIA (*)	2007	2008	2009 (milhares €)
Volume de Vendas	100,01	117,18	116,67
Evolução %		*17,2%*	*-0,4%*
Outros Prov. Op.	0,00	0,00	0,00
Total dos Prov. Operacionais	100,01	117,18	116,67
Total dos Custos Operacionais	109,70	156,97	274,33
Relação proveitos / Custos (%)	*-8,8%*	*-25,3%*	*-57,5%*
Evol.ção % dos custos (ano n-n-1)		*43,1%*	*74,8%*
Resultados Operacionais	-9,69	-39,79	-157,66
Evol.ção % dos R.Operac.(ano n-n-1)		*310,6%*	*296,2%*

(*) não foi incluído o ano de 2006 porquanto nessa altura, a estrutura orgânica do SUCH não comportava a existência de "clusters".

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Atentos os dados constantes da referida tabela, pode facilmente concluir-se que:

a) O volume de vendas no triénio 2007-2009, no conjunto dos três *clusters* regista em 2009, com excepção do SOMOS CONSULTORIA (área criada em 2007 e em fase de desenvolvimento) e SOMOS AMBIENTE (com apenas 7,1 %), uma evolução positiva sempre ao nível dos dois algarismos;

b) Os resultados operacionais de 2009 registam, face a 2008, uma evolução marcadamente positiva, ao nível dos dois algarismo, com números absolutos muito significativos, exceptuando o SOMOS CONSULTORIA, bem como o SOMOS EQUIPAS em 2008 e 2009, sendo de realçar, em contrapartida, que os resultados operacionais do *cluster* SOMOS AMBIENTE em 2009 revelam um crescimento ao nível dos três algarismos, face ao ano de 2008. A melhoria dos custos operacionais dos clusters é consequência da implementação da reestruturação e verticalização das áreas, tornando o comando único ao nível nacional efectivo e incidindo na revisão de procedimentos e na harmonização dos mesmos de aplicação em todo o território, o que significa a melhoria da eficiência do SUCH. Assim, ao invés do que o RELATO pretende fazer crer, num mundo fragilizado com uma economia em crise, onde ressaltam cada vez mais incertezas e factores exógenos adversos, importa salientar e enaltecer os resultados operacionais obtidos pelas áreas tradicionais do SUCH. Logo, não assiste qualquer razão ao Tribunal de Contas quando, sem mais considerações e indagações, afirma que os resultados operacionais das áreas de negócio tradicionais do SUCH registaram uma diminuição de 20,34% entre 2007 e 2008, e, em particular, o SOMOS EQUIPAS, "(...) *o que evidencia existência de ineficiência*".

50. Quanto aos <u>efeitos induzidos pelas unidades de serviços partilhados</u> cujos resultados líquidos globais negativos provocaram uma deterioração da situação económico financeira do SUCH de € 1.2 milhões em 2008 e € 6.2 milhões em 2009, importa começar por esclarecer que **tal resulta dos habituais**

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

períodos de carência que qualquer projecto de investimento acarreta, e que, aliás, como se verificou no ponto anterior, se encontram demonstrados nos "*business plan*" aprovados que antecederam à constituição dos diversos ACE.

51. Por outro lado, e há que dizê-lo sem quaisquer equívocos, sobretudo quando se contesta a gestão de uma instituição como aquela que há mais de 44 anos é representada pelo SUCH, não se pode ignorar que **os efeitos induzidos pelas unidades de serviços partilhados não podem ser dissociados, quer das graves consequências da dilação das adesões aos novos serviços partilhados em consequência, nomeadamente, do deslizamento temporal da reforma dos cuidados de saúde primários (2008), quer dos efeitos das próprias recusas de visto do Tribunal de Contas a partir de Julho de 2009**.

Neste sentido, a título meramente exemplificativo, repare-se no impacto causado pela recusa de visto[12] ao "Protocolo de Articulação entre Centrais de Compras", celebrado entre a ACSS e o SOMOS COMPRAS, ACE, e que visava dar cumprimento ao disposto no n.º 3 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro. Com efeito, verifica-se que, caso não houvesse a referida recusa, o resultado líquido do SOMOS COMPRAS ACE, em 2009, passaria de € 4.599 milhares negativos para € 272 milhares positivos, com um impacto positivo no SUCH de € 244 milhares (Cfr. DOC. N.º3), ao invés dos € 4.137 milhares negativos (cfr. DOC. N.º 4). Ou seja, o resultado financeiro do SUCH passaria de € 5.761,4 milhares negativos para € 1.378 milhares negativos, e, consequentemente ter-se-ia alcançado um resultado liquido negativo de apenas € 660 milhares, como se deduz, aliás, do mencionado DOC. N.º 3.

52. Noutro plano, perante a dimensão do incremento da dívida de clientes registada em 2009 e acima evidenciada, julga-se fácil compreender e

[12] Cfr. Acórdão n.º 171/2009, de 4 de Dezembro, proferido pela 1.ª Secção, em subsecção, no âmbito do Processo n.º 1615/2009, que ainda não transitou em julgado, na medida em que a ACSS interpôs recurso do mesmo.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

legitimar a **evolução do passivo bancário**, que, desta forma, atinge um aumento de 32,8 %, bem como o recurso aos adiantamentos sistemáticos a *factoring* que evolui de € 6.258.000, em 2008, para € 19.35.700, em 2009.

Em linha com as dificuldades já descritas nos pontos anteriores, que, como já foi assinalado, são factores exógenos à gestão do SUCH, no que tange aos ratios de actividade, mormente o prazo médio de recebimento ("PMR"), e sem prejuízo da relevância do acima aflorado quanto ao biénio 2008-2009, sempre se acrescentará que o PMR passou de 175 dias no início de 2009 para 245 dias no final de 2009. Ou seja, os associados/clientes do SUCH alargaram o prazo de pagamento ao SUCH em mais 70 dias, o que comprova que evoluiu de menos de 6 para superior a 8 meses. O PMP no mesmo período evoluiu de 4,2 meses para cerca de 4,5 meses.

Daqui resulta, assim, que os aspectos apontados pelo Tribunal de Contas, mormente quanto à não cobrança de créditos e ao aumento da dívida justificado pelo recurso ao *factoring*, têm que ser analisados conjuntamente, resultando dessa mesma análise que a causa (principal) que despoleta o recurso ao *factoring* decorre de circunstâncias para as quais o Conselho de Administração do SUCH não só não contribuiu como também não poderia evitar — a saber, os atrasos sucessivos dos clientes/associados na efectivação dos pagamentos de facturas emitidas pelo SUCH, traduzida no alargamento do PMR que frontalmente contrariou o anúncio efectuado pelo Governo em Dezembro de 2008 da regularização dos pagamentos do Estado a 90 dias!.

53. Por último, importa ainda registar o **facto de os resultados extraordinários terem vindo, ao longo do quadriénio 2006-2009, a evoluir favoravelmente, de tal modo que os últimos dois anos registaram resultados positivos** (cfr. DOC. N.º 5).

Para essa situação, contribuíram *(i)* os ganhos verificados no ano de 2009, referentes fundamentalmente à alienação do imóvel da Travessa do

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Abarracamento de Peniche, cuja mais valia foi de € 1.088.000, inserida na rubrica "Ganhos em Imobilizações", consequentes da proactividade da proposta do Conselho de Administração à Assembleia Geral de Maio de 2009; e *(ii)* o custo extraordinário reportado a 2006, no montante de € 814.000,00, constante da rubrica "Outras perdas extraordinárias", referente aos custos suportados com a explosão da Central de Incineração do CHPLX, incluindo as obras de reparação e os custos com a exportação de resíduos hospitalares perigosos para tratamento, sem repercutir os encargos financeiros acrescidos do tratamento no exterior junto dos associados..

O facto de a expressão assumida pelos resultados extraordinários não ter sido tida em linha de conta pelo RELATO atesta, mais uma vez, a falta de rigor da análise económico-financeira realizada pelos auditores do Tribunal de Contas.

2.4 ASPECTOS ESPECÍFICOS RESPEITANTES A CADA ACE

54. As considerações gerais anteriores não dispensam uma análise específica da realidade dos três ACE mais contestados no RELATO do Tribunal de Contas, isto é, o SOMOS PESSOAS, ACE, o SOMOS CONTAS, ACE e o SOMOS COMPRAS, ACE. Do que se trata é de afastar, ainda numa análise de índole económico-financeira, o juízo crítico formulado na conclusão provisória da auditoria realizada ao SUCH.

2.4.1 SOMOS PESSOAS, ACE

55. O RELATO mostra-se particularmente crítico em relação ao SOMOS PESSOAS, ACE. Para o efeito, o Tribunal de Contas sublinha o resultado negativo de € 1.237.722,54, no ano de 2008 e, com base nos *dados financeiros*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

provisórios, a previsão, para 2009, de um resultado líquido negativo de aproximadamente € 0,8 milhões (cfr. página 57 do Anexo VI do RELATO).

O RELATO critica, desde logo, o primeiro *Business Plan* realizado, porque concretamente: *(i)* assentava em errados pressupostos (*v.g.* numero de meses considerados – 14 em vez de 12 – conduziu a uma errada identificação das poupanças previsíveis); *(ii)* não tomou em devida consideração o facto de, havendo entidades que, naquele momento, (aparentemente) apresentavam custos por salário processado inferior ao que foi definido como valor a cobrar pelo ACE (€ 6, 92), ser improvável que elas viessem a aderir à externalização da função de processamento de vencimentos para o SOMOS PESSOAS, ACE; *(iii)* previu cenários excessivamente optimistas em relação à previsão de salários a processar por mês e aos correspondentes proveitos.

Da mesma forma, a revisão ulterior do *Business Plan* merece igualmente um juízo crítico do RELATO. O Tribunal de Contas afirma, designadamente, que o *pricing* definido para os aderentes era inferior ao custo da actividade do ACE e que a previsão de aumento de salários processados mensalmente não estava devidamente fundamentada.

Numa visão de conjunto, segundo o RELATO, na avaliação do SOMOS PESSOAS, ACE, são diversos e graves os aspectos que merecem uma censura do Tribunal de Contas, designadamente:

a) Resultados líquidos negativos em 2008 superiores a um milhão de euros, directamente imputados aos membros do ACE na proporção das suas participações;

b) Em 2009, dívidas a instituições de crédito já representavam 66% do total de dívidas a terceiros;

c) Juros suportados com o financiamento bancário ascenderam a € 120.699,62, em resultado do aumento do mesmo;

d) Indicadores de liquidez geral, liquidez reduzida e do endividamento em 2008 reflectem um notório desequilíbrio financeiro e

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

dificuldades em fazer face aos compromissos de curto prazo e uma situação de insolvência;

e) Dados financeiros provisórios em 2009 já apontavam para um resultado líquido negativo de € 0,8 milhões.

56. Reflectindo o RELATO o reconhecimento das *lições aprendidas* em todos os casos estudados no *Benchmarking Internacional de Serviços Partilhados em Saúde* (promovido pelo SUCH no ano de 2006 e facultado no âmbito da Auditoria), estranha-se, antes de mais, que aquele omita totalmente o facto de, em todas as experiências estudadas, os cronogramas de arranque não terem sido observados devido à enorme resistência à mudança presente em todos os efectivos que, nas entidades aderentes, sentem o seu posto de trabalho ameaçado (pelo arranque dos novos serviços) ou têm de se readaptar ao novo contexto, mudando processos de trabalho e sistemas de informação. O *benchmarking* revela, ainda assim, que as múltiplas dificuldades de efectivação deste tipo de projectos são, em qualquer caso, compensadas posteriormente, visto que as poupanças estimadas após esse período inicial ultrapassam as estimativas iniciais. Ora, ignorar este aspecto crítico (em qualquer lugar do mundo) e **proceder a uma avaliação definitiva dos serviços disponibilizados e ainda em aperfeiçoamento, no período inicial após o seu arranque, dada a natureza dos serviços, induz, necessariamente, a conclusões precipitadas e incorrectas**. Para o efeito recorda-se que toda a estratégia de lançamento dos serviços partilhados aprovada em 30 de Outubro de 2006 na Assembleia Geral do SUCH **previu um período de cinco anos** para demonstração, internalização de competências e recuperação do investimento nas estruturas então a criar para o efeito.

Todas as experiências estudadas revelaram perturbações ao nível do Sistema de Informação utilizado nos primeiros anos. É um facto incontornável já que é inerente ao processo de construção de um sistema mais avançado, com maior número de requisitos, capaz de responder de modo global e

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

deslocalizado às novas exigências. Pretender que, no primeiro ano de implementação, ou em ano – como é o caso do de 2009 – em que cerca de 20 alterações legais (sublinhadas na documentação facultada aos auditores pelo Conselho de Administração do SUCH através do ofício nº 350, de 1/3/2010) implicaram **sistematicamente** novas parametrizações da aplicação, não se verifique a ocorrência de erros ou pretender, por outro lado, que os processos de definição de requisitos e de validação e migração de dados, não sejam participados amplamente pelas entidades aderentes e pelo organismo com competências de coordenação no SNS (a ACSS) é, de novo, desconhecer ou ignorar deliberadamente a natureza de um serviço partilhado de recursos humanos, confundindo-o com um mero *outsourcing* informático.

Em todos os cenários considerados desde os primeiros ensaios de *Business Plans* nunca se previu a verificação, para o SOMOS PESSOAS, ACE, de *break-even* nos anos iniciais, tendo feito parte da estratégia do SUCH compensar os resultados líquidos anuais deste ACE, a consolidar nas suas contas, com os resultados previsionais positivos do SUCH-DALKIA, ACE, e do SOMOS COMPRAS, ACE, entre outros, não podendo, nem devendo qualquer análise individualizada deste negócio ser descontextualizada da visão inserta no Plano Estratégico 2007-2009 do SUCH, aprovado por unanimidade na Assembleia Geral de Janeiro de 2007, por todos os associados presentes. Foi neste quadro que o Conselho de Administração actuou e de modo atento, rigoroso, tempestivo, reflectiu e corrigiu parâmetros em desvio e alertou o Governo e os associados, visando a correcção dos factores exógenos em tempo.

Em suma, no RELATO, ignora-se ou desvaloriza-se a circunstância de em projectos de implementação de serviços partilhados existir sempre uma curva de aprendizagem, que se estende a todos os intervenientes: prestador e utilizador.

50

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

57. Importa, antes de avançar, chamar a atenção para o facto de o RELATO assentar unicamente numa análise de balanços e demonstrações de resultados, não curando de indagar o valor actual do projecto. O Tribunal de Contas limita-se a julgar *a posteriori* o passado com base no conhecimento actual e relativo ao período em análise, não considerando o valor económico do projecto após este período. Este Serviço Partilhado tem hoje um portfólio de clientes relevante (processa 22.000 salários por mês e apoia duas entidades com sistemas específicos de avaliação de desempenho) e, desde que ultrapassadas as dificuldades de tesouraria decorrentes do não cumprimento das obrigações de pagamento pelos aderentes, pode representar uma unidade perfeitamente sustentável no tempo, isto é, o valor económico do SOMOS PESSOAS, ACE, é diferente das somas dos *CashFlows* passados e incorridos, pois para além dos cinco anos de vida, é totalmente demonstrável a continuidade e viabilidade deste serviço, no quadro do SUCH ou da SPMS, E.P.E.

58. Por outro lado, confirmando a visão redutora do RELATO, **o Tribunal de Contas não refere qualquer aspecto qualitativo decorrente dos benefícios do projecto**. A verdade, porém, é que as mais-valias do serviço não são apenas quantitativas - poupanças - mas também qualitativas. E, nesta perspectiva, numa lógica de serviços partilhados, todos os aderentes beneficiam das múltiplas melhorias introduzidas no sistema, o que faz com que o custo individual para cada um dos aderentes seja substancialmente mais reduzido do que aquele que resultaria de vários *outsourcings* paralelos. Concretamente, entre os benefícios qualitativos que importa evidenciar, merecem ser destacados os seguintes:

a) Automatização total dos processos (*v.g.* justificação de férias através do portal do empregado) e integração com outras ferramentas existentes (*v.g.* controlo de assiduidades);

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

b) Processos uniformizados que reflectem as melhores e modernas práticas de gestão de Recursos Humanos;

c) Diminuição das taxas de erro;

d) Redução de custos com o processamento;

e) Usufruto das sinergias geradas pelo serviço a outros clientes (*v.g.* acesso ao portal do empregado sem custos);

f) Garantia de melhores tempos de resposta e níveis de serviço;

g) Normalização e simplificação dos processos;

h) Informação de gestão fiável, organizada e agregada;

i) Supressão de actividades sem valor acrescentado;

j) Implementação de sistema de informação transversal;

k) Incremento da flexibilidade, do controlo e da monitorização dos processos;

l) Partilha das melhores práticas;

m) Maior enfoque na área de desenvolvimento da Gestão de Recursos Humanos.

59. O RELATO, como se disse, detém-se detalhadamente sobre **os *Business Plans*, inicial e de Fevereiro de 2009**, contestando o carácter "excessivamente optimista", no que respeita ao número de adesões pressupostas no período dos cinco anos iniciais, ou qualificando facilmente de "irracionalidade económica" aqueles *Business Plans* por supostamente o preço do serviço se apresentar inferior ao custo real do processamento de salários.

60. Importa, a este propósito, começar por referir que o ***Business Plan* de 2007** referente ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos, promovido pelo SUCH, foi elaborado tendo por base trabalhos de levantamento efectuados junto de cinco entidades (SUCH, Hospital de Santa Maria, Centro Hospitalar de Lisboa, CENTRO HOSPITALAR DE LISBOA OCIDENTAL (doravante "CHLO"), (ex)

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Sub-região de Saúde de Coimbra da ARS CENTRO), que, numa fase preliminar, mostraram interesse e proactividade na adesão aos Serviços Partilhados.

Na altura, o *feedback* de diversas entidades do SNS revelava um inequívoco interesse na adesão aos Serviços Partilhados. Este aspecto foi particularmente decisivo para as estimativas do número de clientes reflectido no *Business Plan*, através quer do *feedback* dos potenciais aderentes, quer das inúmeras referências da Secretaria-Geral do Ministério da Saúde e da ACSS, elas também interessadas em usufruir deste serviço, por considerarem que o mesmo impediria gastos adicionais com novos Sistemas de Gestão de Salários, planeados à data para substituição do então RHV (aplicação informática de RH gerida pela ACSS para o universo do SNS).

Por outro lado, a crítica sobre os "12 vs 14" processamentos está incorrectamente colocada, pois este último número não correspondia aos subsídios de férias e de natal, mas sim a processamentos potenciais adicionais que poderiam ocorrer, como por exemplo veio a suceder em 2009 na ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DO NORTE, I.P. (DORAVANTE "ARS NORTE"), aquando o processamento adicional de horas extraordinárias, e no SUCH. É ainda, para efeitos de *Business Plan* inicial, uma métrica relevante para cálculo do valor do licenciamento a efectuar ao fornecedor do *software* por processamento efectuado.

Outro aspecto censurado no RELATO prende-se com a suposta sobreavaliação de poupanças associadas com o projecto. A crítica ignora que o *Business Plan* inicial contemplava uma estimativa relativamente à cadência de adesões, plenamente justificada à data por todos os elementos recolhidos, que só posteriormente, em virtude de factores exógenos (*supra*), não se veio a confirmar.

61. Por seu turno, as estimativas constantes **do *Business Plan* revisto de Fevereiro de 2009** reflectiam com rigor as expectativas resultantes das *Due*

53

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Dilligence já realizadas nessa data, nomeadamente na ULS de Matosinhos (ULSM) e na ARS NORTE. Concretamente, a expectativa real era de 11.800 (número de processados a 31.12.2008) + 2.243 (*Due Dilligence* realizadas ULSM) + 9.715 (*Due Dilligence* realizadas ARS NORTE), num total que ascendia a 23.758 salários processados mensalmente. Apesar de o arranque da prestação do serviço ter sido com entidades diferentes das previstas no levantamento inicial, as adesões até Fevereiro 2009 permitiram e justificaram uma visão positiva da evolução do ACE.

62. O RELATO ignora, por outro lado, a existência de um *Business Plan* já mais maduro (porque assente na experiência real de dois anos) datado de Agosto de 2009.

Com efeito, em Agosto de 2009 é aprovado um *Business Plan* que reflecte a aprendizagem e o percurso efectuados, calibrando custos, mantendo inalterada a curva de preços do serviço de processamento de salários e apresentando uma disponibilização dos serviços adicionais progressivamente solicitados, com *pricing* ajustado e competitivo com o mercado. A exibição de resultados positivos neste *Business* Plan a partir de 2012 afirma a sua viabilidade 'a contrario' ao que é afirmado no RELATO.

Neste *Business Plan* de Agosto de 2009 já é clara a estratégia, decorrente das opções efectuadas pelos aderentes em sede de Conselho Consultivo, de tornar prioritária a disponibilização/utilização de outros serviços de recursos humanos no curtíssimo prazo para além do de processamento de salários. Por outro lado, e estando à data efectuadas as primeiras experiências e estabilizado o *pricing* dos serviços adicionais, é totalmente defensável e absolutamente lógica que a dinâmica deste *Business Plan* seja menos dependente do único serviço presente no seu lançamento – o do processamento de salários.

Não se percebe assim: *(i)* nem a crítica efectuada no RELATO sobre a pretensa "irracionalidade económica" assente no facto de o preço (decrescente)

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

do serviço de processamento de salários ser inferior ao respectivo custo (também decrescente como todos os dados analisados o provam); *(ii)* nem tão pouco que se associe, neste contexto, todos os custos do ACE apenas àquele serviço, tanto mais que se iniciaram ainda em 2008 as dinâmicas de investimento (aquisição de *software*, sua parametrização e teste) dos demais módulos – a saber: avaliação de desempenho, formação, recrutamento e selecção e indicadores de gestão – e se disponibilizou, desde Março de 2009, o módulo Avaliação de Desempenho.

63. Em sede de contraditório, impõe-se uma referência específica ao acréscimo de custos incorridos com os projectos face ao(s) *Business Plan* Inicial(is) e seus motivos.

O SOMOS PESSOAS, ACE, enfrentou severas dificuldades em garantir por parte dos aderentes uma correcta utilização do novo sistema Meta4 com impacto ao nível do processamento mensal dos salários, devido nomeadamente aos seguintes factores:

a) Deficiente qualidade dos dados existentes na solução de processamento de salários existente em RHV, tornando inviável qualquer processo automático de migração de dados para a nova solução de suporte ao processamento *Meta4*;

b) Necessidade de correcções manuais a dados em mais de 3 milhões de registos existentes nas bases de dados nas migrações iniciais;

c) Processo de extracção de dados enviados pela ACSS não estruturado, não respeitando os critérios definidos entre as equipas da ACSS e o SOMOS PESSOAS, ACE, tendo este último que validar sistematicamente a veracidade e qualidade da informação enviada nos períodos de pré-processamento (com necessidades de reforço adicional das equipas até mais de 10 pessoas) durante vários meses;

55

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

d) Inviabilização, pela ACSS, de várias sugestões de melhorias ao processo de migração, sobretudo por argumentar sistematicamente que não dispunha de recursos humanos para o efeito;

e) Acompanhamento *in loco* dos testes de paralelos (processo de validação do processamento de salários, comparando resultado final do recibo produzido pela aplicação a descontinuar e pela nova aplicação) em número muito superior ao planeado, o que obrigou a um esforço adicional de colocação de equipas que, durante vários meses, tiveram que estar fisicamente nos clientes no acompanhamento dos processamentos (*v.g.* em 2008 e 2009 chegaram a estar cerca de 30 recursos durante três meses em diversos locais de processamento).

As disfunções sinteticamente sumariadas foram, como se disse, múltiplas. Da análise dos dados fácticos resulta, em qualquer caso, que a maioria dos erros se deve a problemas de carregamentos de dados. Ora, como é sabido, a responsabilidade de todos os processos associados à migração e depuração dos dados da aplicação de salários do aderente para o *Meta4* é da inteira responsabilidade de cada aderente. O processo nunca ocorreu de forma normal, obrigando a um investimento adicional do SOMOS PESSOAS, ACE, no sentido de "limpar" os dados.

Outro facto relevante prende-se com as sucessivas alterações aos mapas legais obrigatórios - nem a própria ACSS tinha a informação técnica necessária para que o SOMOS PESSOAS, ACE, pudesse efectuar correctamente essas alterações! Esta vicissitude teve, evidentemente, impactos significativos em termos de acréscimo de custos para o ACE.

64. Os elementos até aqui carreados permitem compreender por que razão o Conselho Consultivo, com a presença de todos os aderentes e da ACSS, tem reconhecido o esforço do SOMOS PESSOAS, ACE, apesar de todas as

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

dificuldades, e efectuado um **balanço positivo**, que o RELATO não releva. Em particular, tem sido destacado o seguinte:

a) O portal de absentismo e do trabalho extraordinário permitiu desmaterializar este processos, com um peso administrativo significativo;

b) O trabalho em equipa entre o SOMOS PESSOAS, ACE, e os seus interlocutores, nos aderentes;

c) Profissionalização dos serviços prestados na área de processamento salarial, com um maior controlo dos pedidos efectuados e respectiva resolução;

d) Alargamento da oferta do SOMOS PESSOAS, ACE, permitindo uma gestão integrada da área de recursos humanos;

e) A introdução do Portal do Colaborador veio contribuir significativamente para uma maior proximidade entre as áreas de RH e os colaboradores das entidades aderentes;

f) Não obstante o reconhecimento da necessidade de estabilização em alguns domínios, o SOMOS PESSOAS, ACE, para todos os efeitos, assegura o processamento de um conjunto significativo de recibos (aproximadamente 20.000 por mês).

2.4.2 SOMOS CONTAS, ACE

65. O RELATO tece igualmente críticas importantes ao SOMOS CONTAS, ACE. O Tribunal de Contas evidencia, antes de mais, o resultado líquido negativo de € -75.146,50 em 2008 e, segundo os *dados financeiros provisórios* de 2009, de aproximadamente - € 1,5 milhões no ano passado. O RELATO contesta outrossim, para além do excesso de optimismo no que respeita ao número e calendário de adesões, reforçado pela não consideração dos atrasos e desistências entretanto verificados, a adopção de um horizonte temporal para a prestação de serviços superior ao prazo de vigência do próprio ACE.

57

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

66. Uma vez mais, e este primeiro aspecto merece ser desde já reafirmado, também aqui o RELATO ignora ou desvaloriza o facto de o lançamento de qualquer projecto de investimento só permitir obter o retorno do mesmo em momento posterior. No caso da plataforma de serviços de contabilidade e finanças, o sistema foi todo desenhado de raiz e construído a luz do sector e do segmento ARS, incluindo todos os processos de contabilidade.

Significa isto que, no início, o investimento era avultado. No caso do SOMOS CONTAS, ACE, no cenário apresentado na Assembleia Geral do SUCH de 30 de Novembro de 2007, previa-se que o *break-even* acontecesse aos 3 anos e 9 meses. Posteriormente, em Março 2008, o *break-even* foi adiado para 4 anos e 10 meses, em virtude da revisão do *pricing* (a revisão do preço resultou, quer da separação entre os custos da operação propriamente dita e os custos de sistemas de informação suportados pela ACSS e estimados no modelo,, quer da antecipação de poupanças estimadas no futuro para os aderentes – convertida assim numa poupança inicial, com a consequente redução da factura inicial pelos serviços prestados).

Isto revela que estava assumido que, nos primeiros anos do projecto, as receitas seriam inferiores aos proveitos e, consequentemente, haveria resultados líquidos negativos. O quadro seguinte demonstra, por outro lado, que os resultados líquidos[13] obtidos se encontram dentro do previsto:

Ano	Ano 1	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5	Resultados líquidos anuais K€
BP30/11/07	-2.204	+1.582	+2.593	+4.638	+6.896	
BP31/03/08	-3.960	-1.658	-1.320	- 106	+1.235	

[13] Resultados do SOMOS CONTAS,ACE antes de distribuição aos agrupados

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Considerando que o SOMOS CONTAS, ACE se encontrava no segundo ano da sua existência e actividade, os resultados negativos aferidos no ano de 2008 eram expectáveis, face ao valor do investimento realizado, sendo recuperados nos anos seguintes caso se verificassem os pressupostos assumidos no plano de negócios, que conduziriam à obtenção do *break-even* no prazo estabelecido.

Refira-se ainda que a informação económico-financeira disponibilizada se encontra em conformidade com o Relatório e Contas de 2008, assim como com os critérios de amortização utilizados de acordo com a vida útil do ACE (que inicialmente era de 5 anos e que foi alargado para um período de 10 anos). Sublinhe-se ainda, a este propósito, que o valor de € 630.266,58 mencionado como amortizações diz respeito a custos com o pessoal, sendo o valor correcto das amortizações de € 120.212.32.

67. Feito o esclarecimento inicial, e em face do teor altamente crítico que se extrai do RELATO, justifica-se relembrar, sucintamente o **sentido – plenamente justificado e actual – da opção estratégica adoptada neste domínio**.

Justifica-se, antes de mais, lembrar o contexto histórico existente à data. O projecto tinha por ambição o alargamento da oferta a todas as administrações regionais de saúde (doravante "ARS"), dando respostas adequadas à reforma de Cuidados de Saúde Primários em curso, no quadro da política pública de saúde em vigor na altura, a qual envolvia a criação dos 78 agrupamentos de centros de saúde. A importância de harmonizar práticas, funções, responsabilidades e autonomias não sofre, neste contexto, contestação séria. O SOMOS CONTAS, ACE tinha assim como desígnio estratégico o alargamento de um novo modelo às ARS, contribuindo por esta via para significativos ganhos de escala. Compreende-se, pois, a orientação estratégica adoptada, concertada com a Tutela e apadrinhada pela mesma.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Da mesma forma, a implementação de uma unidade de serviços partilhados para a gestão financeira e de contabilidade assente em parcerias com empresas com experiência nesses domínios tinha – e tem – um racional claro e evidente. Uma tal via, não só permitia reduzir riscos e prazos, como também constituía uma via para que o SUCH pudesse internalizar conhecimentos e competências de que não dispunha. Neste sentido, era natural que, nos primeiros anos, o projecto exigisse uma maior participação do parceiro especializado nas competências em causa, participação essa que se reflectia na construção e disponibilização de um activo (*v.g.* processos, procedimentos, sistemas, meios de formação, etc.), o qual, uma vez assimiladas as competências e extinto o ACE, passaria a ser explorado directamente pelo SUCH. O processo de transferência de conhecimento está claramente patente em todo o plano de negócios, sendo que o peso do parceiro especializado fica relativizado e perde a expressão quando se compreende o projecto na sua totalidade.

68. A implementação desta unidade de negócios de serviços partilhados sofreu diversas vicissitudes que, não só estavam previstas nem eram previsíveis, como também resultaram de factores totalmente estranhos e não imputáveis ao SUCH ou ao ACE. Em especial, merecem ser salientadas as dificuldades surgidas na concretização do projecto na ARS DO CENTRO.

Recorde-se que, apesar dos compromissos assumidos por parte dos responsáveis da ARS DO CENTRO no sentido de aderir ao projecto partilhado (Protocolo de Compromisso de Fevereiro de 2008), e não obstante a ARS DO CENTRO ter remetido para visto do Tribunal de Contas a fase de transição para o arranque de operações (Novembro de 2008), houve um significativo e grave atraso no arranque das operações da ARS CENTRO. Com efeito, existiu uma ausência de liderança ao nível do topo que acautelasse o total envolvimento dos técnicos da ARS CENTRO, pelo que, desde que foi necessária a dedicação da equipa indicada para coordenar o projecto do lado da ARS CENTRO, tornaram-

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

se claros os bloqueios e resistências em dar continuidade aos trabalhos de preparação e de validação do modelo futuro de processos de contabilidade. Concretamente, entre as actividades não concluídas ou não realizadas pela ARS CENTRO, incluem-se as seguintes:

a) Aprovação formal do Modelo Futuro de Processos Contabilístico e Financeiro e do Modelo de Funcionamento, pelo Departamento de Gestão Financeira da ARS CENTRO;

b) Definição de uma Estrutura Contabilística a utilizar pela ARS CENTRO que contemple o novo modelo organizativo (Plano de Contas, Plano de Centros de Responsabilidade);

c) Extracção, depuração e limpeza da informação do sistema actual, SIDC, e colocação no formato definido para carregamento na aplicação ORACLE EBS para ser utilizada nos testes unitários à migração de dados: contas bancárias; clientes; fornecedores; imobilizado; orçamento; saldos iniciais das contas; facturas e notas de crédito de fornecedores em aberto; facturas e notas de crédito de clientes em aberto;

d) Definição dos utilizadores e respectivas responsabilidades ao nível das diversas estruturas da ARS CENTRO;

e) Acções de formação;

f) Período de *Business Simulation*;

g) Arranque da operação.

Em face do exposto, houve necessidade de efectuar ajustamentos aos cronogramas iniciais e foi necessário realizar inúmeras calendarizações, como consequência dos constantes adiamentos ou cancelamentos (muitas vezes na véspera das reuniões por solicitação da direcção financeira da ARS CENTRO). Tudo isto causou directamente para o SOMOS CONTAS, ACE importantes custos acrescidos não previstos. Com efeito, e uma vez que o cliente mantinha interesse no projecto, o SOMOS CONTAS, ACE, teve que manter equipas de trabalho específico alocadas a este dossier, com a consequente transformação de

61

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

um projecto piloto – que deveria ser exemplo para as restantes ARS – num projecto extenso e que ultrapassou todas as previsões toleradas num contexto privado. O SOMOS CONTAS, ACE, suportou integralmente os custos desta ineficiência, que ascendem a € 3.012.494 (relativos à coordenação, manutenção de equipas com 25 recursos no terreno reportando 35 reuniões de trabalho, adiamentos na produção e desenvolvimento específico de sistema, etc.).

Por outro lado, caso a ARS CENTRO tivesse prestado a colaboração no sentido de finalizar as tarefas não concluídas e por realizar - como é de esperar a quem adere a um serviço partilhado, uma vez que se pretende partilhar informação e conhecimento -, teria sido possível dar início à prestação do serviço nas datas preconizadas nos planeamentos. Ao invés, ao adiar sucessivamente as sessões de trabalho com a equipa do SOMOS CONTAS, ACE, inviabilizou-se o cumprimento das datas estipuladas nos calendários do projecto.

Apesar de ser um facto superveniente que não lhe era de modo algum imputável, o SUCH/SOMOS CONTAS tudo fez para ultrapassar a situação. Concretamente, em Abril de 2009, propôs ao conselho directivo da ARS CENTRO uma solução que passava por nomear um coordenador de projecto que deveria dedicar quatro dias para concluir os processos específicos solicitados. Posteriormente, em Maio de 2009, alertou-se o Secretário do Estado Adjunto da Saúde para o ponto de situação da ARS CENTRO, sendo que nessa altura a ARS CENTRO já tinha obtido visto prévio do Tribunal de Contas para a execução da fase de transição para a entrada em operação do serviço partilhado.

69. Fundamental, neste contraditório, é igualmente referir as **vicissitudes que ocorreram na relação com a ARS NORTE.**

Após a assinatura do Protocolo de Compromisso entre a ARS NORTE e o SUCH no dia 17 de Março de 2008, procedeu-se ao levantamento da situação existente na ARS NORTE, através de uma *Due Diligence*, entre 28 de Maio de 2008

62

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

e 25 de Julho de 2008. E, em 4 de Novembro de 2008, a ARS do Norte comunicou que adjudicara a Fase II - Transição dos Processos Financeiros e de Contabilidade da ARS NORTE para o SUCH/SOMOS CONTAS. A fase de transição iniciou-se logo a seguir, tendo sido inicialmente estimados cerca de quatro a cinco meses para a sua conclusão.

A verdade, porém, é que, por diversas e variadas circunstâncias internas da ARS NORTE, o início da operação foi sendo sucessivamente adiado, sendo também neste caso inúmeras as actividades não concluídas e não realizadas por este instituto público. Valem, pois, aqui, *mutatis mutandis*, as considerações *supra* a propósito da ARS CENTRO.

70. Em suma, os grandes atrasos verificados no Plano de Implementação dos Serviços Partilhados, que foram inviabilizando esta operação, não são em caso algum imputáveis ao SUCH/SOMOS CONTAS.

É que, apesar do acordo sucessivo dos responsáveis pela ARS CENTRO e da ARS do Norte relativamente aos calendários e planos de trabalho propostos pelo SOMOS CONTAS verificou-se, na prática, sucessivos adiamentos, muitos deles inexplicáveis à luz da prioridade que esta iniciativa tinha para o Ministério da Saúde. Aliás, noutro plano, foi igualmente patente falta de informação por parte da ACSS e a eterna indefinição legal dos Agrupamentos de Centros de Saúde,, nos momentos críticos de decisão e em geral em toda a fase de concepção do Modelo Futuro, apesar de o SOMOS CONTAS, ACE, ter insistentemente solicitado a sua colaboração e apesar da ACSS ter demonstrado total colaboração.

Enfim, ao contrário do que está afirmado no RELATO, os encargos adicionais que decorreram destes atrasos foram suportados na totalidade pelo SOMOS CONTAS, ACE.

71. Por tudo isto, e uma vez que o próprio Governo sempre sublinhou que esta iniciativa constituía um imperativo estratégico que justificava a adesão

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

massiva de associados, **repudia-se totalmente a afirmação de que o Plano de Negócios era irrealista ou excessivamente optimista**. Ele estava, naturalmente, dependente da adesão destas entidades. Mas, atenta a natureza privada do SUCH, este factor só podia ser controlado pela Tutela.

Relativamente ao desenvolvimento do Plano de Negócios, este foi concebido com base na informação real fornecida em 2007 pelas ARS e Centros Hospitalares do piloto inicial e foi sendo sucessivamente actualizado com base na informação enviada por estas entidades, tendo sido utilizadas estimativas apenas quando estas não possuíam informação real para disponibilizar. Os critérios adoptados para o desenvolvimento destas estimativas (relacionadas com volumetrias de serviço, dimensionamento de equipas e algumas componentes do custo operacional dos serviços financeiros de menor relevância) foram sempre do conhecimento dos responsáveis pela ARS CENTRO e pela ARS NORTE e realizadas numa óptica conservadora.

As poupanças estimadas apontam para valores significativos, demonstrando o potencial de geração de valor para o erário público do projecto. Concretamente, os valores apresentados para a ARS CENTRO incluíam já a revisão de preços face ao Plano de Negócios inicial. Este facto, em conjunto com os atrasos verificados, já mencionados anteriormente, recomendou a prorrogação do prazo do ACE para dez anos, de forma a recuperar os investimentos e manter um período de operação equivalente ao inicialmente previsto.

Os elementos apresentados são factuais. Não se percebe, por isso, a base para concluir que a previsão efectuada era "excessivamente optimista". Ignora-se em absoluto qual o referencial utilizado no RELATO para chegar à referida conclusão, sendo certo que a avaliação do Tribunal de Contas tem de assentar nos elementos disponíveis *ex-ante*, não sendo legítimo contestar as opções com base nos resultados que *a posteriori* advêm de vicissitudes não expectáveis *a priori*. Ora, caso as entidades aderentes tivessem aderido nas datas previstas, o

64

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

que era normal e previsível, os pressupostos assumidos ter-se-iam realizado, e não seriam considerados optimistas.

72. Inaceitável é igualmente a acusação da **falta de conhecimentos dos parceiros privados sobre as idiossincrasias específicas do sector público da saúde** (que implicam nomeadamente conhecimentos sobre o Plano Oficial de Contas do Ministério da Saúde).

A estratégia de implementação de uma Unidade de Serviços Partilhados implica o desenho de um Modelo de Processos único para todas as entidades, obedecendo a regras de estandardização, com uma gestão e operações centralizadas.

De facto, subjacente à implementação de serviços partilhados está a ideia de os associados criarem uma estrutura comum e, em conjunto, desenharem processos adequados, delimitarem a relação definindo competências e níveis de serviço, para controlo efectivo, e melhorarem continuamente o serviço, **conseguindo, com a escala** decorrente dos novos aderentes, **a redução do preço do serviço no tempo. Os estudos prévios à adesão (análise custo-beneficio designada por "*Due Dilligencie*") foram participados pelas entidades aderentes – toda a informação foi prestada e validada por cada uma destas entidades, como aliás se reconhece no Relato - constituindo estes estudos o fundamento da decisão final de adesão.**

No entanto, ao longo das etapas de *Due Diligence* a cada uma das entidades do piloto o SOMOS CONTAS, ACE confrontou-se com realidades bem distintas entre cada entidade (ARS e ex-SRS constituintes). Mais: cada uma delas apresentava as suas especificidades como absolutamente críticas para a construção do Modelo de Processos dos Serviços Partilhados, embora o SOMOS CONTAS, ACE tenha insistentemente deixado bem claro que as sinergias decorrentes da adopção de um Modelo uniforme eram determinantes para a geração de valor tal como previsto.

65

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Relativamente ao âmbito geral do serviço a prestar pelo SOMOS CONTAS, ACE, e em particular ao desenvolvimento do Modelo de Processos de Gestão Financeira e Contabilística baseado em POC-MS, o parceiro especializado desenvolveu, segundo a sua metodologia de trabalho comprovada internacionalmente, o conjunto de processos de base às operações nestas áreas, recorrendo ao conhecimento que adquiriu em projectos noutras entidades da Administração Pública e nas interacções realizadas com os representantes da ARS CENTRO e da ARS NORTE. Segundo esta metodologia, o parceiro especializado desenhou detalhadamente e implementou o sistema de informação de suporte aos processos de cada uma destas entidades e os modelos operacionais respectivos, atendendo inclusivamente às particularidades de cada ex-SRS e ARS. O plano de trabalho incluiu a análise e desenho pormenorizado dos processos actuais, face à sua inexistência em ambas as ARS, assim como a proposta de desenho do Modelo de Processos Futuro, a qual incluiu também uma proposta de desenho para a nova estrutura orgânica (eliminação das SRS e implementação dos ACE). Este trabalho permitiu também às ARS a identificação de melhorias de curto-prazo a finais de 2008 que permitiriam a estas entidades antecipar ganhos de eficiência com a sua implementação. A este respeito, importa salientar as recomendações apresentadas à ARS CENTRO sobre os processos dos Migrantes, que, se tivessem sido aplicadas, poderiam ter gerado ganhos evidentes no erário publico. O facto de não se terem adoptado essas recomendações implicou que, actualmente, a ARS CENTRO ARS C não tenha regularizadas as contas trimestralmente, o que significa que Portugal tem sempre uma conta a pagar superior àquela que poderia pagar, caso as ARS CENTRO efectuasse a regularização dos migrantes que pertencem a União Europeia.

Sublinhe-se que este Modelo de Processos Futuro e o sistema de informação que o suporta foram inclusivamente apresentados a um conjunto muito alargado de responsáveis e operacionais das ARS CENTRO, ARS NORTE e

66

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

ACSS para validação do seu conteúdo, tendo este modelo sido analisado e discutido pormenorizadamente em várias sessões de trabalho.

73. Uma última palavra, antes de concluir esta análise específica do SOMOS CONTAS, ACE, para **fazer alguns esclarecimentos ou corrigir algumas afirmações constantes do RELATO.**

Desde logo, importa mencionar, porque revelador de um gestão sempre preocupada com o interesse público, a decisão dos agrupados do SOMOS CONTAS, ACE, em modelizar a operação sem *success fees* (inicialmente previstos no Plano de Negócios) de forma a minimizar o impacto financeiro causado pelos atrasos verificados pelas entidades.

Noutro plano, não é exacto afirmar que o parceiro especializado fez depender a fixação de preços do serviço da prorrogação do prazo de vigência do ACE, visto que esta é uma decisão de gestão fundada designadamente nos atrasos verificados e no diferimento de resultados.

Em terceiro lugar, não se afigura correcta a afirmação de que houve entidades hospitalares participantes no piloto que abandonaram a adesão a estes serviços partilhados por falta de competitividade do preço, até porque não foi apresentado, que se saiba, qualquer valor relativo à prestação dos serviços. As entidades CHLC e CHLO nunca foram contempladas no projecto-piloto. Antes disso, tendo sido convidadas a entrar, decidiram não abraçar este projecto por estarem comprometidas com o desenvolvimento do projecto SOMOS COMPRAS, ACE (naquela altura COMPARSIS, ACE) e não desejavam dispersar esforços, uma vez que o projecto das compras e logística envolvia uma alteração de grande dimensão dos procedimentos internos existentes.

Por último, as necessidades de financiamento iniciais foram estimadas de acordo com os pressupostos assumidos do Plano de Negócios. O atraso sucessivo na adesão de entidades de saúde ao SOMOS CONTAS, ACE, e o consequente atraso no início da prestação do serviço, por razões imputáveis às

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

entidades de saúde, conduziu a necessidades acrescidas de financiamento. Daí não se retira, de modo algum, a insustentabilidade financeira do agrupamento.

2.4.3 SOMOS COMPRAS, ACE

74. O RELATO analisa de forma muito crítica o SOMOS COMPRAS, ACE. Com efeito, para demonstrar a falência da estratégia de constituição dos serviços partilhados, apontam-se inúmeras disfunções (de relevância claramente desigual). Concretamente, merecem ser assinalados os seguintes aspectos:

a) Existiram custos com as funções de logística - designadamente com o respectivo desenho de processos, o pessoal contratado (que veio a ser objecto de despedimento colectivo em meados de 2008), o director da logística e o desenvolvimento do sistema de informação nessa área – e com a infra-estrutura informática sobre a qual assentava o sistema de informação (que se veio a revelar sobredimensionada) que podiam ter sido evitados se o modelo de funcionamento do ACE tivesse sido desde o início de adesão faseada e não apenas a partir de Fevereiro de 2008, aquando da alteração do modelo de funcionamento dos serviços partilhados;

b) Verificaram-se perturbações ao nível da gestão operacional interna (patentes nas actas do Conselho de Administração) e na realização das acções necessárias à preparação da transição formal da função de compras que contribuíram para os atrasos na entrada em produção do ACE;

c) No final de 2008, ainda não existia um ficheiro mestre, essencial ao lançamento de procedimentos de contratação pelo ACE;

d) O consórcio bancário propôs uma alteração ao contrato de prestação de serviços financeiros referente ao Sistema de Garantia de Pagamentos, que agravava as condições de financiamento, tendo a mesma sido aceite em Assembleia Geral;

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

e) Nenhum dos hospitais optou por utilizar o sistema de informação disponibilizado pelo ACE, sendo necessário o desenvolvimento de interfaces que permitissem a troca de informação relativa a encomendas e recepções entre o SOMOS COMPRAS, ACE e os hospitais;

f) Na data da assinatura dos protocolos, era expectável a incapacidade do SOMOS COMPRAS, ACE, para fazer face àqueles compromissos;

g) Foram realizados ajustes directos, com fundamento em urgência imperiosa, utilizando-se para o efeito os ficheiros mestres dos Centros Hospitalares, sendo certo a adopção de tal procedimento não resultou de acontecimentos extraordinários imprevisíveis pela entidade adjudicante;

h) O SOMOS COMPRAS, ACE não foi capaz de assegurar as condições de abastecimento do CHLO, o que levou a rupturas de *stocks* quase diárias e, por consequência, à não emissão pelo Conselho de Administração do CHLO de novas notas de encomenda ao SOMOS COMPRAS, ACE, enquanto a capacidade de resposta não estivesse assegurada;

i) O SOMOS COMPRAS, ACE facturou mensalmente aos Centros Hospitalares o valor de remuneração do SUCH (fixado nos protocolos de adesão), sendo que estes não reconhecem esta dívida, tendo inclusivamente procedido à devolução das facturas, visto alegadamente não lhe terem sido prestados os serviços objecto dos protocolos, nomeadamente quanto à garantia de assegurar a aquisição dos bens e serviços que lhe fossem solicitados pelos centros hospitalares;

j) Apesar de os Centros Hospitalares não reconhecerem algumas dívidas, o SOMOS COMPRAS, ACE cedeu aqueles créditos às entidades financeiras que asseguram o Sistema de Garantia de Pagamentos e, por isso, em consequência, as entidades financeiras têm debitado juros às entidades hospitalares.

k) Enfim, quanto à situação económico-financeira, verifica-se que no imobilizado em curso se encontram registados custos com fornecimentos

69

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

externos, custos financeiros e custos com pessoal, que são despesas de funcionamento e não de investimento. Além disso, apesar das medidas adoptadas de redução de estrutura de custos para 2010, o SOMOS COMPRAS, ACE tinha muitos custos fixos contratados que permitiam antever o agravamento da situação económico-financeira do agrupamento.

75. Como se verifica, no RELATO **diversos aspectos assinalados respeitam a questões técnicas, oportunamente levantadas e resolvidas**. No contraditório subsequente, a análise centrar-se-á nos aspectos que são verdadeiramente essenciais e que estão na base do juízo particularmente crítico sobre o SUCH e os serviços partilhados subjacente ao entendimento dos auditores do Tribunal de Contas.

76. Importa começar por contestar a afirmação segundo a qual a estratégia de constituição dos serviços partilhados apresentou fragilidades desde o início, designadamente por **falta de domínio das particularidades do sector público da saúde** (*v.g.* produtos e fornecedores, Plano Oficial de Contas do Ministério da Saúde (POC MS) e regimes de trabalho e de carreiras).

A verdade, porém, é que tanto o POC MS como os regimes de trabalho e de carreira constam de normação publicada e facilmente acessível. Os produtos e fornecedores, por seu turno, não são específicos do sector *público* da saúde. Além disso, qualquer medicamento ou "medical devices", para ser comercializado em Portugal (seja no sector público seja no sector privado), tem que ser registado junto do INFARMED, I.P., entidade que mantém disponível ampla informação sobre estes produtos. Acresce que todas as entidades que actuam nas áreas de fabrico, importação, distribuição grossista e dispensa ao público de medicamentos humanos, medicamentos veterinários e produtos de saúde devem estar licenciadas junto do INFARMED, I.P., cujos registos estão também disponíveis.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

É certo que, em relação aos "medical devices", o INFARMED disponibiliza informação menos abundante e não existe um ficheiro nacional. Por isso, neste domínio específico, o SOMOS COMPRAS, ACE teve de desenvolver trabalho próprio. Mas, para o efeito, ao longo de 2008 e no início de 2009, o SOMOS COMPRAS, ACE contratou, numa opção articulada com os Centros Hospitalares Agrupados, um conjunto de pessoas com longa experiência e profundo conhecimento do sector da saúde, muitas das quais oriundas dos próprios Centros Hospitalares Agrupados (ex: Directora Técnica de Farmácia, Administradora Hospitalar, Enfermeira Supervisora, 3 Administrativos e 1 Técnico Superior). Ou seja, mesmo nesta área específica, não se vislumbra fundamento para alegar falta de conhecimento dos produtos e serviços do sector da saúde por parte do ACE.

77. Fundamental, no quadro do presente contraditório, é sublinhar que nunca em momento algum foi admitido que os processos de implementação dos serviços partilhados viessem a revelar-se fáceis e rápidos.

Tal percepção decorria clara, não só do *Benchmarking* e Desenho de Unidades de Serviços Partilhados no Sector da Saúde, trabalho encomendado pelo SUCH para avaliar o interesse e também a dimensão do desafio que constitui a implementação de serviços partilhados, mas também de todos os contactos com entidades nacionais e estrangeiras que realizaram o esforço de implementação e colocação em funcionamento de unidades de serviços partilhados. Nesta perspectiva, as fragilidades da estratégia de constituição dos serviços partilhados a que se refere o RELATO não são, em rigor, mais do que dificuldades inerentes ao processo de constituição dos serviços partilhados, quaisquer que eles sejam, e eram, desde o início do trabalho, bem conhecidos.

Estes obstáculos ultrapassam-se com firmeza de propósito, capacidade e continuidade de liderança e gestão da mudança, componentes que dependem

71

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

em grande medida da gestão das entidades que estão a transferir as suas funções para os serviços partilhados.

Ora, e este é justamente o ponto que deveria ter sido sublinhado, estas componentes sempre foram críticas em todas as entidades em que se iniciou o processo de adesão aos serviços partilhados e, nalgumas delas, apresentaram falhas. Este situação – e não as fragilidades identificadas no RELATO – é que explica em grande parte os resultados alcançados.

78. Concretamente, entre as diversas vicissitudes que têm comprometido o projecto, e que são totalmente estranhas ao SUCH ou ao SOMOS COMPRAS, ACE, encontra-se o **facto de os Centros Hospitalares *(i)* terem demorado um ano a burilar a minuta do Protocolo de Adesão, *(ii)* aproveitando o entretanto para introduzir numerosas alterações ao modelo operacional inicial do ACE, descartando designadamente a utilização do Sistema de Informação, *(iii)* ao mesmo tempo em que protelaram a decisão definitiva das categorias de produtos que pretendiam adquirir através do SOMOS COMPRAS, ACE**, para o momento da celebração dos Protocolos de Adesão.

79. Desde logo, não se compreende a omissão no RELATO à idiossincrasia dos Hospitais Agrupados na análise, discussão, melhoria e fecho da minuta do Protocolo de Adesão. **Entre a primeira minuta proposta pelo SUCH aos Centros Hospitalares de Lisboa, em meados de Outubro de 2007, e o fecho da minuta para a celebração do Protocolo, no início de Outubro de 2008, decorreu um ano**.

Foi necessário, por conseguinte, um ano para o fecho da minuta do Protocolo, com muita insistência do SUCH e do SOMOS COMPRAS, ACE para que o processo se desenvolvesse, até ao ponto de o SUCH ter envolvido um advogado da confiança dos Hospitais Agrupados para que, em representação destes, efectuasse a análise e a adequação dos documentos em discussão. Tal era o empenho dos Centros Hospitalares.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

É neste contexto, isto é, após a celebração dos Protocolos de Adesão dos Centros Hospitalares, cuja data foi de facto imprevisível, que o Consórcio Bancário que suporta o Sistema de Garantia de Pagamento forçou uma revisão das condições previstas inicialmente para este Sistema, o que obrigou, inclusive, à realização de uma Assembleia Geral de Agrupados do SOMOS COMPRAS, ACE.

Este tema só ficou fechado em 11 de Dezembro de 2008 e era fundamental para a decisão da forma de lançamento dos procedimentos de contratação pública relativos às categorias de produtos identificadas pelos Centros Hospitalares no momento da assinatura dos Protocolos de Adesão.

80. O segundo aspecto que foi assinalado é igualmente fundamental. Com efeito, no início de 2008, por iniciativa e solicitação dos Hospitais, não só se alterou o modelo de arranque em simultâneo das compras e da logística, como se fasearam os diversos serviços do ACE aos Aderentes.

Ou seja, durante o ano 2008 foi abandonado o modelo de arranque em simultâneo das funções de compras e logística. Os Centros Hospitalares solicitaram um conjunto de alterações à configuração da operação que havia sido aprovada previamente e que serviu de base à solicitação que dirigiram aos Ministros das Finanças e da Saúde para participar como Agrupados no SOMOS COMPRAS, ACE.

O RELATO omite qualquer análise sobre as razões pelas quais os Hospitais Agrupados solicitaram alterações da estratégia de desenvolvimento dos serviços partilhados que haviam aprovado. Tão-pouco se dá devida relevância ao facto de uma tal alteração acontecer depois de grande parte do investimento estar feito e de se terem desperdiçado recursos muito significativos com o Processo de Transição, levado a cabo no último trimestre de 2007 tal como previa o Plano de Implementação do SOMOS COMPRAS, ACE.

81. O terceiro aspecto assinalado *supra* refere-se a uma terceira situação totalmente anómala e grave: os Hospitais Agrupados só decidiram,

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

definitivamente, os artigos que pretendiam colocar na alçada do SOMOS COMPRAS, ACE aquando da celebração dos Protocolos de Adesão, em 7 de Outubro de 2008, havendo inclusivamente alguns que introduziram ainda correcções a essa lista nas semanas ou mesmo nos meses seguintes (por exemplo, no caso do CHLO, a última lista foi recebida no SOMOS COMPRAS, ACE em 12 de Janeiro de 2009). Assim, só a partir de meados de Outubro de 2008 é que começou a haver condições para se reiniciar o trabalho de normalização administrativa dos artigos da categoria de material de consumo clínico para cobrir as necessidades expressas pelos Centros Hospitalares Agrupados.

82. Durante todo esse período era, obviamente, impossível que o SOMOS COMPRAS, ACE lançasse procedimentos de contratação pública para o mercado, visto que não sabia a data de início de fornecimento, o que era para fornecer, os respectivos preços unitários e, já agora, as respectivas quantidades necessárias.

Já em 18 de Novembro de 2008, em reunião da Assembleia Geral de Agrupados do SOMOS COMPRAS, "*a Presidente do Conselho de Administração realçou o facto de hoje, 18 de Novembro de 2008, não ser possível ao SOMOS COMPRAS, ACE promover acordos quadro para material de consumo clínico porque nem todos os Centros Hospitalares apresentaram preços unitários*", elemento fundamental para o cálculo do preço base dos procedimentos de contratação, nos termos dos Protocolos de Adesão celebrados, e o apuramento das poupanças (Acta n.º 6).

83. As diversas vicissitudes ocorridas, e que não podem, em grande parte, ser imputadas ao SUCH ou ao SOMOS COMPRAS, ACE, tiveram graves consequências económico-financeiras.

Obviamente, desde logo, comprometeram as projecções iniciais.

Além disso, não se pode obliterar que a estrutura de custos do SOMOS COMPRAS, ACE se caracteriza por uma muito elevada percentagem de custos fixos, os quais não podiam ser evitados, mesmo verificando-se um baixo nível de actividade por protelamento das decisões dos Centros Hospitalares. E não se

74

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

diga que o montante de custos podia ter sido reduzido se o modelo de adesão do ACE tivesse sido desde o início o da adesão faseada. É que, para além de estar em causa uma alteração *a meio do jogo*, também não se pode perder de vista o reverso da medalha: com o modelo da adesão faseada, em que a componente da logística é protelada, há perda de benefícios dos serviços partilhados, aspecto omitido no RELATO. Estes benefícios estão quantificados no Plano de Negócios 2008-2012, aprovado em Assembleia Geral de Agrupados realizada em 25 de Fevereiro de 2008, sendo o seu valor estimado superior a 14 milhões de euros por ano. Aliás, a Logística e a Distribuição é o grande projecto ganhador a médio prazo. A compra centralizada tende num prazo de 3 a 4 anos a ter cada vez menos benefícios marginais. Contudo, a partir daí, desde que consiga estabilizar os preços e incrementar a qualidade, já cumpre o seu papel.

84. Importa, ainda assim, referir que, quando considera que as unidades de serviços partilhados criadas pelo SUCH não foram capazes de gerar o valor expectável para o erário público, **o RELATO não revela qualquer preocupação em verificar se os indicadores de desempenho que serviram de base às estimativas dos estudos mencionados estão a ser observados na operação actual do ACE**.

No caso do SOMOS COMPRAS, ACE as taxas de poupança obtidas nos contratos já realizados ultrapassam em muito as admitidas naqueles estudos, pelo que o potencial de benefícios para o erário público é, assim, superior ao aí estimado. Necessário para concretizar esse potencial é que haja condições para a unidade de serviço partilhado trabalhar, algo que até agora tarda em acontecer.

Como evidência do que aqui se afirma, pode apontar-se que na prova de conceito que o SOMOS COMPRAS, ACE efectuou em 2007 com um conjunto de fármacos, a taxa de poupança obtida foi de 20%.

75

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Por outro lado, nos procedimentos desenvolvidos, utilizando os preceitos da contratação pública, durante 2008 e 2009, relativos a artigos de material de consumo clínico e outros produtos farmacêuticos, a taxa de poupança atingida é de 18%, tal como consta do Relatório e Contas de 2009 do SOMOS COMPRAS, ACE. Em especial, as poupanças estimadas que decorrem dos procedimentos desenvolvidos ao longo de 2009 apresentam-se na tabela seguinte:

POUPANÇAS 2009						
TIPO	CATEGORIAS	VALOR ABSOLUTO				%
		CHLC	CHLN	CHLO	TOTAIS	
EFECTIVA(*)	Material de Consumo Clínico 12 Famílias	398.153,93 €	325.646,48 €	122.748,11 €	846.548,53 €	28%
	Outros Produtos Farmacêuticos	1.080.113,68 €	475.607,68 €	547.333,16 €	2.103.054,52 €	26%
	TOTAIS	**1.478.267,61 €**	**801.254,17 €**	**670.081,27 €**	**2.949.603,05 €**	27%
PROCEDIMENTOS EM CONCLUSÃO(**)	Material de Consumo Clínico 6 Famílias	222.478,66 €	301.854,02 €	35.151,97 €	559.484,65 €	24%
	TOTAIS	**222.478,66 €**	**301.854,02 €**	**35.151,97 €**	**559.484,65 €**	24%
POTENCIAL(***)	Material de Consumo Clínico 1 Família - AQ Material de Penso	86.461,81 €		38.669,10 €	125.130,91 €	12%
	Material de Consumo Clínico 1 Família - Stens Coronários	72.780,00 €	19.896,25 €	201.984,00 €	294.660,25 €	9%
	Material de Consumo Clínico 1 Família - Pacemaker e CDI	63.028,95 €	170.160,00 €	214.556,82 €	447.745,77 €	7%
	TOTAIS	**222.270,76 €**	**190.056,25 €**	**455.209,92 €**	**867.536,93 €**	8%
TOTAIS GERAIS E PERCENTAGEM POUPANÇA		**1.923.017,04 €**	**1.293.164,44 €**	**1.160.443,15 €**	**4.376.624,63 €**	18%

(*) Poupança relacionada com procedimentos que, à data de 31 de Dezembro de 2009, se encontravam concluídos com a(s) correspondente(s) adjudicação(ões)

(**) Poupança inerente a procedimentos que, à data de 31 de Dezembro de 2009, se encontravam em fase de elaboração de Relatório Final, depois de obtido o parecer do Conselho de Compras

(***) Poupança correspondente a procedimentos que, à data de 31 de Dezembro de 2009, se encontravam em fase de apreciação das propostas, não tendo ainda sido auscultado o Conselho de Compras

As poupanças apresentadas no quadro anterior foram estimadas considerando não só as diferenças entre os preços unitários que estavam em vigor em cada um dos Centros Hospitalares de Lisboa e os constantes das adjudicações já efectuadas pelo SOMOS COMPRAS, ACE ou das propostas em

76

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

curso de adjudicação, mas também os consumos previsionais identificados pelos Centros Hospitalares para os períodos de vigência dos contratos já celebrados ou a celebrar a curto prazo(prazos mínimo de 3 meses e máximo de 3 anos).

Ora, bem vistas as coisas, o RELATO não refere as poupanças efectivas, potenciais e estimadas, relacionadas com os procedimentos disponibilizados aos Centros Hospitalares e que não foram, em grande parte, concretizadas até agora, pois os Centros Hospitalares ainda não realizaram encomendas relativas à maioria dos artigos contratados, apesar de terem disponibilizado dezenas de colaboradores altamente especializados para os processos de avaliação e de selecção das propostas recebidas no âmbito destes procedimentos.

Os quadros seguintes apresentam a quantidade de procedimentos de contratação pública que o SOMOS COMPRAS, ACE lançou até 31 de Dezembro de 2009 de contratos reduzidos a escrito resultantes daqueles procedimentos.

Procedimentos Contratação Pública

CATEGORIAS/FAMÍLIAS	AJUSTE DIRECTO	CONCURSO PÚBLICO	CONCURSO PÚBLICO LIMITADO POR PRÉVIA QUALIFICAÇÃO	CONSULTA AO ABRIGO AQ
MICROGERAÇÃO FOTOVOLTAICA E SOLAR TÉRMICO	1			
MATERIAL DE CONSUMO CLÍNICO	23	1 AQ		
STENTS CORONÁRIOS		1 AQ		1
CDI´S E PACEMAKERS		1 AQ		1
GASES MEDICINAIS	1	1 AQ		1
NUTRIÇÃO	24+ 8 AQ	1+ 11 AQ		55
DETERGENTES PARA LAVANDARIAS			1 AQ	1
SACOS E MANGAS PLÁSTICAS	5	1 AQ		1
EQ. PROTECÇÃO INDIVIDUAL		1 - ANULADO; 1 - LANÇADO AQ		1
ROUPA HOSPITALAR		1 AQ		1
CONTENTORES TIPO PBS	1 AQ			3
DESINFESTAÇÃO	2			
JERRICANS	1			
DESCARTÁVEIS DE PAPEL	1			
CONTENTORES 60 LITROS	1			
MATERIAL DE ECONOMATO, PAPEL E CONSUMIVEIS DE INFORMÁTICA (ANCP)				
ALUGUER OPERACIONAL DE VIATURAS	1			
COMBUSTÍVEIS (ANCP)	1			

Contratos Escritos

TIPO	NÚMERO	ADERENTE	
		CENTROS HOSP.	SUCH
CONTRATOS ACORDO QUADRO	57	6	51
CONTRATOS FORNECIMENTO	208	44	164
TOTAL 2009	**265**	**50**	**215**

77

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

85. Noutro plano, em relação aos **elementos económico-financeiros**, o RELATO omite que as Contas de 2007 e 2008 (para além das de 2009) mereceram a Certificação do Revisor Oficial de Contas, a aprovação do Conselho Fiscal do SOMOS COMPRAS, ACE, para além de terem sido aprovadas pela Assembleia Geral de Agrupados do ACE.

Mais: os registos contabilísticos que são apontados no RELATO correspondem a boas práticas que foram aplicadas pelo SOMOS COMPRAS, ACE, com o parecer favorável do Revisor Oficial de Contas.

Importa também não ignorar que, para maximizar a eficiência e as economias de escala, a ACSS e o SOMOS COMPRAS, ACE celebraram em Julho de 2009 um Protocolo no sentido de garantir a articulação das actividades das centrais de compras asseguradas por cada uma destas entidades, dando assim cumprimento ao disposto no n.º3 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro. Posteriormente, foi publicado em Agosto de 2009 o Despacho n.º 18628/2009, instituindo o Sistema Comum de Compras e reconhecendo o conteúdo do Protocolo acima referido. Acontece, porém, que o próprio Tribunal de Contas, em deliberação de Dezembro de 2009, ao recusar a aposição de "Visto" no já mencionado Protocolo celebrado entre a ACSS e o SOMOS COMPRAS, ACE no quadro do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, contribuiu para a situação financeira actual. Com efeito, se não tivesse acontecido, o SOMOS COMPRAS, ACE teria terminado o ano de 2009 com um resultado marginalmente positivo de 272 mil euros, facto omitido no RELATO. A verba prevista no protocolo com a ACSS compensaria, assim, a falta de adesões aos serviços do ACE. Não foi ainda proferida, até à presente data, decisão final sobre o recurso interposto, pela ACSS, da decisão de recusa de visto.

78

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

86. O RELATO, desvalorizando as vicissitudes havidas – que levaram a uma redução do âmbito de actividade do ACE – e que não era exigível que fossem previstas na fase inicial de lançamento do projecto, afirma que, apesar das medidas da redução da estrutura de custos para 2010, **o SOMOS COMPRAS, ACE tem alegadamente muitos custos fixos contratados que são de difícil redução**.

Importa, porém, não esquecer que os processos e sistemas do ACE foram concebidos tendo em vista um tipo de actividade de escala. Estes processos e sistemas acarretam custos. Só com a implementação de medidas com vista a tornar possível ao ACE operar com a escala inicialmente prevista, ou mesmo maior, é que os custos existentes serão cobertos, desaparecendo os problemas financeiros, e concretizando-se as expectativas de benefícios para o erário público.

Além disso, não podem ser menosprezadas as importantes acções desenvolvidas para a redução da estrutura de custos do ACE, com as poupanças respectivas. Concretamente:

a) Negociação com a SGG – Serviços Gerais de Gestão, S.A., com vista à sua saída de Agrupado do SOMOS COMPRAS, ACE, concretizada em 17 de Março de 2009, com a concomitante redução da remuneração prevista para aquela entidade – 1,5 milhões de euros por ano;

b) Diminuição do número de administradores executivos remunerados - 0,09 milhões de euros por ano;

c) Dispensa de pessoas contratadas para trabalharem nas áreas logísticas dos Centros Hospitalares de Lisboa – 0,13 milhões de euros por ano;

d) Saída dos Directores de Logística e de Compras, que eram elementos de *infused management* da SGG – 0,15 milhões de euros por ano;

e) Contratação de uma equipa interna para a realização da manutenção aplicacional, evitando o recurso a consultores externos – 0,21 milhões de euros por ano;

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

f) Redimensionamento da infra-estrutura informática – 0,22 milhões de euros por ano.

Ou seja, no total, as acções já implementadas traduzem-se numa redução de custo anual de 2,3 milhões de euros.

87. Uma última palavra para refutar **algumas incorrecções do RELATO.**

Em relação às alegadas perturbações ao nível da gestão operacional interna do ACE, que teriam contribuído para os atrasos na entrada em produção do ACE e na preparação da transição formal da função de compras, elas aconteceram no final de 2008 e início de 2009 e fizeram parte do processo em que a SGG – Serviços Gerais de Gestão, S.A. deixou de ser Agrupada do SOMOS COMPRAS, ACE, facto que os auditores do Tribunal de Contas omitem. A SGG, no período referido, desenvolveu um conjunto de actuações, que estão expressas nas actas do Conselho de Administração do SOMOS COMPRAS, ACE e na acção judicial que a SGG propôs junto do Tribunal do Comércio de Lisboa, tentando exercer pressão sobre o SUCH e os Hospitais Agrupados para obter melhores condições como contrapartida da sua saída do ACE. O SUCH, apesar das pressões a que foi sujeito através da actuação da SGG no ACE, conseguiu que a saída da SGG se realizasse sem contrapartidas, salvo o saldar das contas que à data da saída estavam pendentes, nos termos do modelo de Remuneração aprovado na Assembleia Geral de Agrupados de 11 de Maio de 2007.

Ao contrário do que os auditores do Tribunal de Contas escrevem no RELATO, a componente de troca electrónica de documentos do sistema de informação do SOMOS COMPRAS, ACE, baseada na aplicação *Netdocs* da *Softlimits*, estava concluída no final de 2008, tendo sido, aliás, objecto de vários testes e melhoramentos ao longo de 2008, e encontra-se em produção real desde 20 de Fevereiro de 2009, quando o ACE iniciou a utilização do SI para a prestação de serviço ao SUCH. Só a componente sincronização de catálogos,

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

também ela suportada numa aplicação da *Soflimits* – o *Clarinet* –, é que, de facto e por opção do ACE para reduzir custos, não está ainda concluída.

88. Quanto ao alegado não pagamento das facturas mensais por parte dos Centros Hospitalares, com fundamento no não reconhecimento da dívida em causa, importa referir que tal não corresponde à verdade. Contrariamente ao que é referido no RELATO, os Centros Hospitalares pagaram algumas das facturas, emitidas via Sistema de Garantia de Pagamento, conforme se pode comprovar pelas relações que se juntam (cfr. DOC. N.º 6).

89. A ideia de que o SOMOS COMPRAS, ACE facturou mensalmente os Centros Hospitalares serviços protocolados não prestados também não pode, de modo algum ser admitida. Os serviços previstos no âmbito do Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Compras e Logística, que os Centros Hospitalares Agrupados celebraram com o SUCH, não se limitam ao fornecimento de bens e serviços. Desde Março de 2008, quando o SOMOS COMPRAS, ACE procedeu ao lançamento de procedimentos de contratação para a aquisição de dispositivos médicos na área da cardiologia e de gases medicinais, que se vêm prestando serviços aos Centros Hospitalares. Mais: as poupanças efectivas, potenciais e estimadas, que até ao momento foram apuradas, relacionadas com os serviços prestados aos Centros Hospitalares, apuradas até ao fecho do ano económico 2009 ascendiam a 4,38 milhões de euros (em Fevereiro de 2010 os valores provisórios entregues ao Tribunal de Contas já apontavam para 4,199 milhões de euros, dado omitido no RELATO) Sendo a facturação emitida pelo SOMOS COMPRAS aos Centros Hospitalares, correspondentes à prestação de serviço, no valor de 1,08 milhões de euros, torna-se claro que da actuação do SOMOS COMPRAS, ACE resultou um benefício líquido de 3,30 milhões de euros(sem IVA).

No que se refere ao Ficheiro Mestre Único, cumpre lembrar que, ao longo de 2007, foi recolhido um conjunto de informação relativa, entre outras, ao(s)

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

ficheiro(s) existentes em cada Centro Hospitalar. Em determinada altura, alguns Centros Hospitalares vedaram o acesso da equipa de projecto às suas informações internas, pelo que não se podia ter a certeza, no início de 2008, de que os elementos recolhidos correspondiam à totalidade dos necessários para a elaboração do Ficheiro Mestre Único do SOMOS COMPRAS, ACE. Recorde-se que os dois Centros Hospitalares existentes na altura efectuaram um conjunto de fusões e alterações inter-hospitais, resultantes do seu processo evolutivo organizacional interno, designadamente centralização de serviços, que abrangeu também os Serviços de Aprovisionamento – Compras, Armazéns, Gestão de Stocks e distribuição e dos respectivos ficheiro(s) mestre(s) existente(s). O Centro Hospitalar Lisboa Norte, uma vez que só foi constituído em 2008, iniciou esse trabalho só no princípio de 2009. Logo, aquando da assinatura dos Protocolos de Adesão e da decisão de aquisição preferencial dos materiais de consumo clínico como prioridade, não havia no SOMOS COMPRAS, ACE um ficheiro Mestre Único homogeneizado e harmonizado, não obstante existir um repositório de dados recolhidos, em 2007, mas que já ninguém garantia que correspondessem, na altura, aos próprios ficheiro(s) mestre(s) em uso pelos Centros Hospitalares. A este respeito, veja-se o documento sobre o "Historial do Desenvolvimento do Ficheiro Mestre no SOMOS COMPRAS, ACE", que ora se junta como DOC. N.º7).

90. Enfim, mesmo antes de terminar, não se pode deixar de exprimir uma palavra de surpresa e, porque não dizê-lo, de tristeza pela quantidade de **omissões relativas à actividade do SOMOS COMPRAS, ACE constantes do RELATO** (não obstante toda a informação facultada oportunamente ao Tribunal de Contas...). É o que sucede, e a título meramente exemplificativo, com aspectos tais como:

a) Aderentes e/ou pré-aderentes em 31 de Dezembro de 2009;

82

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

b) Contratos celebrados com entidades terceiras e fundamentais para o desenvolvimento do ACE – ANCP, ACSS, INFARMED e ACSS ("Protocolo de Articulação entre Centrais de Compras"); bem como o licenciamento do ACE junto do Infarmed, para poder operar no mercado dos produtos farmacêuticos.

c) Legislação e metodologia de trabalho utilizado pelo SOMOS COMPRAS, ACE, no âmbito da Contratação (Regulamento de Contratação do SUCH adoptado também pelo ACE);

d) Trabalho já realizado pelo SOMOS COMPRAS, ACE, enquanto entidade gestora da Central de Compras e Logística, na prestação de serviços de compras centralizadas para as entidades Aderentes - SUCH e Hospitais Agrupados. Os resultados deste trabalho estão materializados em contratos de fornecimento celebrados com diversos fornecedores e no abastecimento das entidades aderentes em algumas categorias de produtos e serviços. Tão pouco é feita, como já foi assinalado, qualquer nota sobre as poupanças que decorrem para os aderentes, em particular para os Hospitais Agrupados, dos contratos de fornecimento celebrados ou em curso de celebração.

e) Encomendas efectuadas ao SOMOS COMPRAS, ACE em 2009, cujo volume total foi de € 7.801.287,26;

f) Razão por que o chamado sistema "Big-Bang" não se concretizou [o projecto inicial contemplava a operação "Aprovisionamento global dos Centros Hospitalares" nas suas múltiplas vertentes (Compras, Armazéns, Gestão de Stocks e Distribuição) com um sw global único...].

83

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§3.º
A POSIÇÃO ASSUMIDADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS VIOLA OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA E DA NÃO RETROACTIVIDADE DOS ILÍCITOS SANCIONATÓRIOS

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

91. O Tribunal de Contas tem vindo, desde há anos atrás, a acompanhar as actividades do SUCH, tendo conhecimento desde há muito do modo como se desenvolviam as relações do SUCH com os seus associados. Significa isto, por outras palavras, que o Tribunal de Contas sempre conheceu e nunca contestou até ao Verão de 2009 as actividades e a estrutura do SUCH.

Com efeito, a adopção de protocolos entre o SUCH e os seus associados nunca antes fora questionada pelo Tribunal de Contas, o qual sempre visou os protocolos que lhe iam sendo remetidos para fiscalização prévia mesmo quando neles se previa o cometimento da prestação dos serviços a uma terceira entidade. Revelador disso mesmo, é a recente decisão de concessão de visto proferida no processo de fiscalização prévia n.º 1710/08, pela 1.ª Secção do Tribunal de Contas, em 5 de Março de 2009, relativamente ao protocolo celebrado entre a ARS CENTRO e o SUCH, no âmbito da preparação da adesão daquela administração ao Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças, sendo certo que, para a operatividade do mesmo, já se encontrava constituído o SOMOS CONTAS, ACE.

Em todo o caso, importa referir outras tantas decisões do Tribunal de Contas que implicam o SUCH e que, em conjunto, constituem a posição assumida pelo Tribunal de Contas até ao Verão de 2009:

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

a) O Acórdão n.º 160/05, de 4 de Outubro, proferido pela subsecção da 1.ª Secção, relativamente a um contrato celebrado entre o então HOSPITAL DISTRITAL DE FARO e o SUCH;

b) A decisão de concessão de visto proferida no processo de fiscalização prévia n.º 143/06, no que concerne a um contrato celebrado entre o então HOSPITAL DISTRITAL DE FARO e o SUCH, para prestação de serviços de tratamento e fornecimento de roupa, durante o ano económico de 2006;

c) O Relatório de Auditoria n.º 26/2007, elaborado pela subsecção da 2.ª Secção;

d) A decisão de concessão de visto proferida no processo de fiscalização prévia n.º 1100/07, em sessão diária de visto de 29 de Novembro de 2007, relativamente ao protocolo celebrado entre o SUCH e o CENTRO HOSPITALAR DO BARLAVENTO ALGARVIO, E.P.E., em 23 de Agosto de 2007, que previa a execução da obra de remodelação e ampliação do serviço de urgência;

e) A decisão de concessão de visto aprovada em sessão diária de visto da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 552/09, relativamente ao protocolo celebrado entre a UNIDADE LOCAL DE SAÚDE DO NORTE ALENTEJANO, E.P.E., e o SUCH para a prestação de serviços de lavagem, tratamento e fornecimento de roupa, no triénio de 2008-2010.

92. Não se tratava, aliás, de uma posição isolada. Pelo contrário, a posição singular do SUCH e a legitimidade da prática de contratação que foi seguida até ao início de 2009 constituías *diritto vivente*, já que eram objecto de reconhecimento generalizado, desde logo, pelos pareceres da Procuradoria Geral da República que o Tribunal de Contas vem enunciar.

93. Surpreendentemente, desde Julho de 2009, o Tribunal de Contas veio alterar radicalmente a sua posição em relação ao modo de prosseguimento das actividades por parte do SUCH. Na verdade, desde essa data, o Tribunal de Contas proferiu cinco Acórdãos – em qualquer caso, ainda não transitados em

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

julgado – no âmbito dos quais foram recusados vistos prévios a protocolos estabelecidos entre o SUCH e os seus associados, concluindo em todos que não se encontram reunidos os requisitos de relação *in house*, previstos no artigo 5.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.

E agora, no RELATO a que se responde, este Tribunal veio imputar aos membros do Conselho de Administração do SUCH um conjunto alargado de infracções financeiras, com base em factos ocorridos entre 2007 e 2009, por não terem sido realizados procedimentos de contratação legalmente exigíveis.

Desde logo refira-se que o Tribunal de Contas não pode pretender aplicar infracções financeiras até que transite em julgado algum dos acórdãos que recusaram visto a protocolos celebrados entre o SUCH e os seus associados.

94. É absolutamente evidente e cristalino que se verifica uma inequívoca inversão da posição do Tribunal de Contas em relação às actividades e correspondentes procedimentos desenvolvidos pelo SUCH. Posição esta que, como se referiu, só mudou em Julho de 2009, sendo que até essa data nada a fazia prever.

Perante isto, o Tribunal de Contas não pode deixar de ter em consideração que:

a) Até Julho de 2009, o SUCH e os seus associados, de acordo com a posição antes assumida pelo Tribunal de Contas, continuaram a estabelecer protocolos entre si, relacionados com a prestação de serviços por parte do SUCH, em tudo semelhantes aos anteriormente visados por este Tribunal, acreditando, por isso, estar a actuar em conformidade com a lei, nomeadamente com o regime jurídico aplicável à contratação pública;

b) Os membros do Conselho de Administração do SUCH, aos quais são agora imputadas várias infracções financeiras, actuaram em conformidade com o que vinha sendo realizado pelos Conselhos de Administração anteriores, principalmente no que concerne aos serviços de instalação e exploração de

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

centrais de cogeração, que sempre foram atribuídos ao SUCH-DALKIA, acreditando, por isso, estar a actuar em conformidade com a lei, nomeadamente com o regime jurídico aplicável à contratação pública;

c) Os factos identificados no RELATO como sendo susceptíveis de integrar infracções financeiras ocorrerem entre 2007 e 2009, ou seja, antes da inversão de posição do Tribunal de Contas.

95. Não pondo em causa que o Tribunal de Contas, como qualquer outro tribunal, é livre de mudar de posição ("alteração de jurisprudência"), quando para tal ocorram alterações factuais, legais ou até mesmo doutrinais que a justifiquem, nem pretendendo discutir nesta sede as razões que terão levado este Tribunal a alterar o seu entendimento relativamente à aplicação das regras de contratação pública ao SUCH – quanto a isto, e sem prejuízo do que mais adiante se dirá desenvolvidamente sobre o tema, refira-se apenas que o Código dos Contratos Públicos se limitou a consagrar a solução já há muito defendida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (contratação *in house*), não vindo, em rigor, alterar a solução jurídica anteriormente aplicável, como adiante melhor se verá –, a verdade é que **o Tribunal de Contas não pode pretender aplicar infracções financeiras relativas a factos anteriores a Julho de 2009 (pelo menos) e, portanto, a factos anteriores à assunção de um novo entendimento jurisprudencial da normação aplicável, sem que tal implique a violação dos princípios constitucionais da *protecção da confiança* e da *não retroactividade dos ilícitos sancionatórios*.** E esta, como é bom de ver, é uma afirmação que afasta liminarmente a legitimidade de qualquer juízo de ilicitude no presente caso.

Sublinhe-se, com efeito, que, com a afirmação de um novo e inovador entendimento jurisprudencial, o Tribunal de Contas não se limitou a recomendar ao SUCH e aos seus associados que daqui em diante procedessem de modo diferente.

87

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Pelo contrário, no âmbito da auditoria ao SUCH, o Tribunal de Contas optou, desde logo e sem mais avisos, de forma totalmente ilegítima, por defender a aplicação de sanções aos membros dos órgãos das entidades em causa por factos praticados em data anterior à assunção da nova posição pelo Tribunal de Contas e à comunicação da mesma aos eventuais responsáveis.

3.2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA

96. Como acima se evidenciou, a efectivação das responsabilidades financeiras elencadas no RELATO coloca, desde logo, em causa o *princípio constitucional da protecção da confiança*. Com efeito, os membros do Conselho de Administração do SUCH, indicados como eventuais responsáveis, actuaram em conformidade com o que vinha sendo prática constante no SUCH – e, como se referiu, aceite pelo Tribunal de Contas até ao Verão de 2009 –, confiando na legalidade das suas decisões.

97. Como é sabido, constitui princípio inquestionável do Estado de Direito, pacificamente aceite pela doutrina e pela jurisprudência constitucional, o de que o ordenamento jurídico assenta na protecção da confiança e das expectativas legitimamente depositadas na acção global dos órgãos do Estado; "*mesmo que a Constituição não institua expressamente um princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança, ele é seguramente, um princípio essencial na Constituição material do Estado de Direito*". Pois, "*sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de se repercutirem na sua esfera jurídica*", cada entidade converter-se-ia "*em mero objecto do acontecer estatal*". Por isso, "*enquanto elemento*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

essencial a um Estado de Direito", o princípio da protecção da confiança é "*pacificamente dedutível do artigo 2.º da Constituição*"[14].

Esse entendimento foi absolutamente consolidado pelo Tribunal Constitucional, o qual, sintetizando a sua jurisprudência mais recente, reconheceu que, "*segundo a jurisprudência abundante do Tribunal Constitucional, no princípio do Estado de Direito democrático contido no artigo 2.º da CRP está, entre o mais, postulada uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado*"[15].

98. Partindo do princípio de que o Estado de Direito é um Estado que aposta na segurança jurídica e que confere à comunidade "*a necessária estabilidade, autonomia e segurança na sua organização*", deve entender-se, pois, que a Constituição tutela a protecção da confiança "*relativamente à acção dos órgãos do Estado*". Ou seja, visto na sua globalidade; "*enquanto garantia objectiva, o princípio da segurança jurídica vale em todas as áreas da actuação estatal*", aplicando-se não apenas ao Legislador ou à Administração, mas também ao Julgador.

Por outras palavras, longe de ser visto como um organismo "disforme" e dotado de uma vontade que varia consoante o tipo de função (legislativa, administrativa ou judicial) que exerce em cada momento, o Estado é constitucionalmente concebido, para efeitos de avaliação das expectativas criadas na comunidade jurídica, como um todo único e coerente; a Constituição impõe, realmente, "*um projecto de organização racional do Estado e da sua actuação*"[16].

Em suma, e como escreve GOMES CANOTILHO, "*a segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo,: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos*

---

[14] Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 261 e 262.

[15] Cfr. Acórdão n.º 556/03 do Tribunal Constitucional.

[16] Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., págs. 261 e 262.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos"[17].

99. E não se diga que uma tal afirmação não pode ser aplicada à função jurisdicional, atenta a sua dimensão irredutível, onde avulta a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade.

Com efeito, embora não exista um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, num Estado de Direito "*sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais*"[18].

Neste sentido, o único entendimento conforme com o princípio constitucional da protecção da confiança é o de que, **quando existe uma alteração inesperada e gravosa da posição da jurisprudência, justifica-se limitar os efeitos da mesma apenas para futuras decisões, salvaguardando-se assim a confiança depositada pelos particulares, que razoavelmente contaram com o sentido da posição tomada pelos tribunais nas decisões precedentes**.

100. A experiência norte-americana é, neste aspecto, particularmente sugestiva, uma vez que é muito discutida nos Estados Unidos a questão da eficácia temporal das decisões jurisdicionais que introduzem uma alteração na jurisprudência, estando muito difundida a ideia de que, neste tipo de casos, se justifica muitas vezes que a nova regra afirmada na decisão se aplique apenas para o futuro (*prospective overruling*)[19].

---

[17] Cfr. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2002, p.257.

[18] Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2002, p.265.

[19] Cfr. NOTES AND COMMENTS, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, in *The Yale Law Journal*, 71º, 1962, pp. 907 ss.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

101. Essa perspectiva juridicamente incontroversa impõe a conclusão, no caso presente, de que a actuação do Tribunal de Contas não pode alhear-se das expectativas criadas nos destinatários – em particular, nos membros do órgão executivo do SUCH – pelo entendimento anteriormente prevalecente, confirmado por várias decisões do próprio Tribunal de Contas proferidas relativas a casos em tudo semelhantes aos que estão em causa no RELATO em apreciação.

Na verdade, como é bom de ver, uma actuação sucessiva, em sentido contraditório e incoerente com aquilo que vinha sendo assumido mais ou menos pacificamente e que integrava a *law in action* elimina "*a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de se repercutirem na sua esfera jurídica*"[20].

Daqui resulta, pois, que **a nova posição assumida pelo Tribunal de Contas, quanto à legalidade dos procedimentos levados a cabo pelo SUCH na contratação de terceiros, viola inequivocamente o *princípio da tutela da confiança* contido no artigo 2.º da Constituição., enquanto corolário do princípio do Estado de direito.**

Por conseguinte, tanto o SUCH – enquanto associação de direito privado que, por isso, assume a posição de particular em relação aos órgão do Estado – como os membros do respectivo Conselho de Administração – sobre os quais recaem as suspeitas de cometimento de infracções financeiras – podem invocar, como causa de justificação da própria pretensa ilicitude cometida (e não mera causa de exclusão da culpa) um direito à protecção da confiança que depositaram na posição que vinha sendo adoptada como *diritto vivente* nesta matéria.

102. Numa palavra, mesmo que se não pudesse demonstrar a perfeita validade dos procedimentos adoptados pelo SUCH – o que, de resto, não se

[20] Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios...*, cit., págs. 261 e 262.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

concede como *infra* se demonstrará –, **a aplicação de infracções financeiras pretendidas pelo Tribunal de Contas, como sustentado no RELATO, representaria uma violação directa do princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da Constituição, na sua vertente da *protecção do «investimento de confiança»* que os órgãos do SUCH desenvolveram com base na «plausibilidade» objectiva da expectativa suscitada pela anterior actuação dos poderes públicos, incluindo o próprio Tribunal de Contas.**

3.3 DA NÃO RETROACTIVIDADE DOS ILÍCITOS SANCIONATÓRIOS

103. Como é sabido, na efectivação das responsabilidades sancionatórias, o Tribunal de Contas aplica as regras e princípios de direito penal, como por diversas vezes este Tribunal já o afirmou (cfr. Sentença n.º 5/2004, de 13 de Julho de 2004 - Processo n.º 7- PAM/2004; Acórdão n.º 7/2005 – 3.ª Secção, Processo n.º 3/2004; Sentença n.º 14/2005 - Processo n.º 2-M/2005; Sentença n.º 6/2008, de 9 de Dezembro de 2008 – Processo n.º 1 JRF/2007; Acórdão n.º 1/2007 – Processo n.º 2/2006 – JRF, entre outros). Estando em causa verdadeiras sanções que se efectivam através de penas de multa, o Tribunal de Contas, enquanto órgão jurisdicional e, por isso, órgão de soberania num Estado de Direito, não pode deixar de se guiar e, mais do que isso, pautar a sua actuação neste âmbito, por um cumprimento estrito das regras e princípios constitucionais penais.

104. No caso presente, por tudo quanto se mencionou no ponto 3.1. deste capítulo, importa chamar à colação o princípio constitucional da *não retroactividade dos ilícitos sancionatórios*.

Sinteticamente, recorde-se o artigo 29.º da Constituição estatui que "*ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

declare punível a acção ou omissão" (n.º 1) e, ainda, que "*ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido*" (n.º 4). Assim, como assinalam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, este preceito reitera "*os grandes princípios em matéria penal das primeiras constituições liberais*"[21], a saber, os princípios da reserva de lei (*lex scripta*), da determinação (ou tipicidade) dos crimes e das penas (*lex certa*), da proibição da analogia (*lex sctricta*) e da não retroactividade da lei penal desfavorável (*lex praevia*), o qual é completado pela necessária retroactividade da lei penal mais favorável[22].

Do *princípio da reserva de lei e da tipicidade dos crimes e das penas* decorre, sucintamente, não só que apenas a lei pode criminalizar comportamentos e sancionar a sua prática com a aplicação de uma sanção criminal, como, também, que esta deve especificar suficientemente os factos que constituem o comportamento criminalizado e as penas que lhes correspondem. Ao estabelecer que ninguém pode ser condenado senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão, o princípio da legalidade garante, ainda — através da a exigência de lei prévia à prática do facto — que o facto só pode ser punido como crime se como tal o fosse declarado por lei vigente à data

---

[21] Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Coimbra, 2007, pág. 494.

[22] Cfr., entre nós, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS: "o *conteúdo essencial*" do princípio da legalidade traduz-se, assim, em "*que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (nullum crimen, nulla poena sine lege)*"(*Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª ed., Coimbra, 2007, pág. 177). Esta sistematização é corrente na Alemanha (cfr., por todos e com mais indicações, ESER *in* SHÖNCKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., München, C. H. Beck, 2001, § 1, nºs 6 ss.). Diferente sistematização propõem GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, cit., pág. 494, onde os Autores esclarecem, sucintamente, que "*os princípios constitucionais básicos em matéria de punição criminal (...) são os seguintes*: (a) *só a lei é competente para definir crimes (...) e respectivas penas (...) – princípio da legalidade*; (b) *a lei deve especificar suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime (...), bem como tipificar as penas (...) – princípio da tipicidade*; (c) *a lei não pode criminalizar factos passados (...), nem punir mais severamente crimes anteriormente praticados (...) – princípio da não retroactividade da lei penal (d) a lei despenalizadora ou que puna menos severamente determinado crime aplica-se aos factos passados (princípio da aplicação retroactividade da lei penal mais favorável).*"

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

da sua prática. Nestes termos, o princípio que a doutrina portuguesa designa, geralmente, como *princípio da irretroactividade da lei penal menos favorável* (ou, mais latamente, da *aplicação da lei vigente no momento da prática do facto*) constitui, ainda, uma *"refracção do princípio da legalidade"*[23].

O princípio da irretroactividade da lei penal desfavorável *"significa fundamentalmente duas coisas: (a) que a lei penal não pode qualificar como crimes factos passados, valendo somente para o futuro; (b) que a lei não pode aplicar a crimes anteriores penas mais graves (...)"*. A *ratio* deste princípio básico da «constituição penal» redunda, assim, na própria ideia de *"racionalidade e razoabilidade da censura penal"*, cujo respeito proíbe *"que alguém possa ser condenado por uma conduta que não era criminalmente relevante no momento da sua prática ou que seja condenado por uma pena mais grave do que a que estava prevista no momento da prática do crime"*. Este princípio garante, assim, antes de mais, a observância *"do princípio da confiança, que constitui uma das dimensões do Estado de Direito"*[24]. Podemos, pois, afirmar que o *princípio da irretroactividade da lei penal desfavorável* é justificado, não só por considerações derivadas da *função normativa, valorativa e orientadora da própria lei* — que só pode ser regra de valoração e orientação da vida social, cumprida ou culpavelmente violada, se estiver vigente — mas, sobretudo, pela *necessidade de garantir as pessoas contra o arbítrio do legislador*. Assim, por um lado, é inegável que *"o princípio da legalidade criminal e, especificamente, o seu corolário da irretroactividade in malam partem surgiu, historicamente, integrado nas garantias jurídico-individuais"*, tendo, *"na sua génese, uma motivação e uma ratio de natureza essencialmente político-jurídica"* e constituindo, desse modo, *"uma das coordenadas fundamentais do Estado-de-Direito"*[25].

---

[23] Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pág. 181.

[24] *Ob. cit.*, pág. 495.

[25] Cfr. AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed., Coimbra, 2008, pág. 91 e ss..

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

A esta função acresce, ainda, uma outra, que se apreende, quer à luz do princípio da culpa, quer ainda à luz da *teoria do fim preventivo-geral da pena*. Encarado à luz do princípio da culpa, o princípio da irretroactividade *in malam partem* traduz a ideia de que não pode ser considerado legítimo o juízo de censura dirigido a quem não pudesse, mediante o conhecimento do teor de lei prévia, conhecer o carácter ilícito do comportamento adoptado e, assim, orientar a conduta de acordo com aquele juízo. Sob a segunda perspectiva, este princípio sublinha que a norma penal apenas pode cumprir a sua função motivadora do comportamento — na sua vertente "negativa" de intimidação — se os seus destinatários puderem saber, através de lei anterior, qual a fronteira que separa as condutas criminalmente puníveis dos não puníveis.

Uma última nota deve ser deixada a propósito da aplicação do *princípio constitucional da irretroactividade in malam partem*. Se, como se viu, o princípio da legalidade garante, com a exigência de *lei prévia à prática do facto*, que o facto apenas será punível quando assim o determinava lei vigente à data da sua prática, a verdade é que este princípio não impõe que seja essa a lei que seja aplicável. Por outro lado, o princípio da irretroactividade das lei penais incriminadoras significa, tão-somente, que nenhum facto pode ser punível se à data da sua prática não existia lei que o qualificasse como crime e que ao facto não pode ser aplicada sanção criminal mais grave do que a que lhe correspondia por lei à data da sua prática. Deste princípio resulta, assim, que, havendo uma lei posterior ao facto, que procede à sua incriminação *ex novo*, o princípio da irretroactividade *in malam partem* proíbe a punição do agente de acordo com a lei nova.

105. Como resulta do que acima se deixou exposto, os princípios constitucionais contidos no artigo 29.º da Constituição referem-se apenas, na letra daquele preceito, à matéria estritamente penal. Pergunta-se, assim, em que medida impõe a Constituição, directa e imediatamente, a assunção daqueles

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

princípios em outros domínios sancionatórios para além do direito penal, designadamente, e com interesse para as questões que aqui nos ocupam, no domínio do direito das responsabilidades financeiras.

Julgamos dever defender-se, com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que, embora "*a epígrafe* [do artigo 29.º da Constituição] «aplicação da lei criminal» *e o teor textual do preceito* [restrinjam] *a sua aplicação directa apenas ao direito criminal propriamente dito (crimes e respectivas sanções)*", esses princípios "*devem, na parte pertinente, valer por analogia para os demais domínios sancionatórios, designadamente o ilícito de mera ordenação social e o ilícito disciplinar*", sendo esse o "*caso do princípio da legalidade lato sensu (…), da não retroactividade, da aplicação retroactiva da lei mais favorável e proporcionalidade das sanções* (cfr. art. 32.º - 10)"[26], pelo que os mesmos deverão também ser aplicados em sede de efectivação de responsabilidades financeiras, como, de acordo com o que acima se referiu, o Tribunal de Contas já admitiu.

106. Perguntar-se-á, com toda a pertinência, em que medida pode o princípio constitucional acabado de analisar ter relevância neste caso concreto. Afinal, não se discute a alteração da lei, mas a alteração da posição do Tribunal de Contas, ou, se quisermos, a nova interpretação da lei adoptada por parte deste Tribunal.

A um tempo, não é nova a discussão sobre se, tal como nos casos em que uma nova lei não se pode aplicar retroactivamente, uma alteração de jurisprudência pode ter eficácia retroactiva. A dúvida não se põe apenas em face das modificações dos precedentes nos países da *Common Law*. A questão também se coloca nos sistemas do *Civil Law*. Sobretudo, e embora em matéria penal seja possível em certos casos resolver a questão com base na falta de consciência da ilicitude, é particularmente discutido em que medida o *princípio*

[26] *Ob. cit.*, pág. 498.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

da não retroactividade da lei penal desfavorável vale para as mudanças de orientação jurisprudencial incriminadora e punitiva[27].

A outro tempo, não se pode obliterar que a efectivação da responsabilidade financeira exige, antes de mais, o preenchimento e a imputação ao agente de um determinado tipo objectivo cujo recorte se revela essencial e, *in casu*, particularmente complexo.

Concretamente, o accionamento da norma de responsabilidade vertida no artigo 65.º, n.º 1, alínea *b*), da LOPTC depende da verificação do tipo objectivo acolhido na respectiva previsão e que corresponde à "*violação de normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos*". Trata-se, na verdade, de um *tipo remissivo*, reflectido numa previsão (secundária) correspondente à violação da previsão de uma norma (dita primária) de cariz impositivo cuja aplicação é convocada pelo caso concreto, tendo, assim, subjacente um juízo de ilegalidade sobre determinada conduta, entendida como a sua desconformidade com um parâmetro legal aplicável.

Em face do teor desta norma, o apuramento (objectivo) da responsabilidade financeira compreende, necessária e cumulativamente, os seguintes momentos:

a) Identificação das normas hipoteticamente violadas e do respectivo conteúdo prescritivo;

b) Identificação e recorte das condutas sob escrutínio e da sua desconformidade com os parâmetros delimitados nos termos da alínea anterior (configuradora da respectiva ilegalidade);

---

[27] Cfr., entre nós, A. CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Coimbra, 1988 – separata do BFDUV, «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia» (1984), págs. 363 e ss.; AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 2.ª ed., Coimbra, 1997, pág. 343 e ss.; e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, 2004, pág. 185 e ss.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

c) Imputação dessas condutas ao agente, atribuindo o facto (acto) ao agente como seu, ou, por outras palavras, o estabelecimento da relação causal da acção ou omissão do agente com os efeitos ou resultados do facto constitutivo de responsabilidade (a *imputatio facti*).

Ora, tendo em conta esta particularidade subjacente ao regime das responsabilidades financeiras, a qual se aproxima da questão das *normas penais em branco* no seio do direito penal, **a jurisprudência assume aqui, diferentemente de outros domínios sancionatórios, uma relevância essencial**. É que, constituindo o artigo 65.º, n.º 1, alínea *b)*, um *tipo remissivo* que, ainda para mais, não remete, por regra, para normas de cariz punitivo, mas antes para normas cuja *ratio* visa a regulação de outro tipo de situações, como aqueles do regime da contratação pública, acaba por ser função da jurisprudência do Tribunal de Contas – e, em geral, de toda a actuação deste Tribunal – delimitar, com a maior clareza possível, o tipo de factos e condutas que podem merecer punição. De facto, contrariamente ao que se passa no direito penal ou até no direito contra-ordenacional, no regime das responsabilidades financeiras as normas não contêm explicitado as condutas incriminadoras, não sendo, por isso, na maioria dos casos, perceptível para o agente se determinado facto é passível de gerar uma infracção financeira. O agente acaba, como é do conhecimento do Tribunal, por ter em conta não só a lei como também, e principalmente, a jurisprudência e posições (em sede de controlo financeiro) do Tribunal de Contas, sem as quais não lhe é possível concretizar o(s) tipo(s) de ilícito(s) que podem estar em causa.

Bem se vê, por isso, não ser possível negar a fundamental importância da jurisprudência e posições assumidas pelo Tribunal de Contas, que acabam por assumir o papel que a lei desempenha em relação ao agente no direito penal na definição exacta dos tipos de ilícitos. Assim sendo, no âmbito do regime das responsabilidades financeiras, deve aplicar-se o *princípio constitucional da irretroactividade da lei penal* à própria jurisprudência do Tribunal de Contas, na

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

vertente de *irretroactividade da nova jurisprudência relativa a ilícitos sancionatórios*. Tal entendimento mostra-se incontestável porquanto uma nova e inesperada posição do Tribunal de Contas em relação a determinada matéria tem consequências ao nível da definição do tipo de ilícito, podendo significar a aplicação de uma sanção a factos praticados numa altura em que o agente desconhecia – porque não podia conhecer – que a sua conduta preenchia o tipo de ilícito financeiro.

Neste sentido, se a Constituição proíbe que os cidadãos sejam condenados por condutas praticadas ao tempo em que ainda não eram incriminadas por lei, da mesma forma, no caso particular das responsabilidades financeiras, estando em causa tipos remissivos e aplicando aqui o instituto da analogia (uma vez que o entendimento é sufragado em benefício do agente), **será inconstitucional julgar infracções financeiras factos que, ao tempo em que foram praticados, o Tribunal de Contas não considerava ilícitos**.

107. Em face do exposto, em respeito dos princípios constitucionais da *protecção da confiança* e da *irretroactividade da lei penal* na vertente da *irretroactividade da nova jurisprudência relativa a ilícitos sancionatórios financeiros*, não podem os membros do Conselho de Administração do SUCH identificados no RELATO, sob pena de inconstitucionalidade, vir a ser condenados por factos praticados antes da superveniência de um novo e inesperado entendimento do Tribunal de Contas relativamente às actividades e procedimentos adoptados pelo SUCH. Não se encontra, pois, verificada a ilicitude, pelo que não são os factos indicados no RELATO susceptíveis de integrar infracções financeiras.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§4.º
UM EQUÍVOCO DE BASE: SUJEIÇÃO AO CONTROLO DO TRIBUNAL DE CONTAS NÃO SIGNIFICA SUJEIÇÃO ÀS REGRAS DE GESTÃO PÚBLICA

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

108. Numa análise tendenciosa e superficial, o Tribunal de Contas vem tecer duras criticas às práticas internas de gestão do SUCH, em especial às que se reportam à área de recursos humanos, concluindo, precipitadamente, que o SUCH "*não tem contribuído para o funcionamento eficiente dos seus associados (...) designadamente por apresentar custos de estrutura injustificados* [*nomeadamente, os prémios pagos por objectivos de cobrança aos três directores comerciais que, no biénio, 2007-2008, ascenderam a € 129.750,00, e o pagamento de despesas com viaturas para fins não exclusivamente profissionais*], *face às restrições orçamentais impostas aos seus associados, que se têm reflectido na formação de preços praticados por esta Associação*" (cfr. página 5 do RELATO).

No ponto relativo aos "*Custos que concorrem para a formação das margens operacionais*" (ou custos com as funções corporativas) (cfr. páginas 56 a 58 do RELATO), o Tribunal de Contas, cingindo-se apenas aos custos com o pessoal, acaba por fazer uma análise incorrecta e redutora, concluindo, mais uma vez sem razão, num tom acusatório, ao afirmar que a "*a atribuição de prémios de cobrança não acautela a boa gestão dos recursos, redundando num despesismo injustificado*".

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

109. Em especial, relativamente à gestão dos custos com as funções corporativas, o Tribunal de Contas conclui, embora incorrectamente, como adiante se demonstrará, que:

a) "As remunerações pagas aos membros do Conselho de Administração do [SUCH] *registaram um aumento de 50,2% no triénio 2006-2008 (€ 1.348.051,93) relativamente ais triénio anterior 2003-2005 (€897.537,31)";*

b) "Os prémios pagos por objectivos de cobranças, no biénio 2007-2008, aos 3 Directores Comerciais, no total de € 129.750,00 não acautelaram a boa gestão dos recursos do SUCH, redundando num despesismo injustificado (...)";

c) "A atribuição de viaturas a Directores de Departamentos Instrumentais e o pagamento de despesas relacionadas com a sua utilização, bem como, o pagamento de despesas com a utilização de viaturas pelos membros do Conselho de Administração e Directores Comerciais para fins não exclusivamente profissionais constituem um encargos injustificado (...)";

d) "Sem prejuízo de o SUCH não ser uma empresa pública, a Associação deve pautar-se por regras em tudo semelhantes às que regem a maioria dos seus associados, entidades públicas empresariais".

110. Ora, atentas estas conclusões do Tribunal de Contas, as quais, mais do que resultado de uma análise técnica aos custos com as funções corporativas, comportam um juízo de valor negativo que parece ter ínsita a ideia de que ao SUCH se deveriam aplicar as regras aplicáveis ao sector empresarial do estado e aos gestores públicos, importa não só contestar as premissas de que o Tribunal partiu como, e **sobretudo, esclarecer que, enquanto associação de direito privado, o SUCH não está obrigado a respeitar as normas de direito público concernentes a práticas de gestão**.

101

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

4.2 DA NÃO SUJEIÇÃO DO SUCH A REGRAS DE GESTÃO PÚBLICA

4.2.1 DA NATUREZA PRIVADA DO SUCH

111. Como é do conhecimento do Tribunal de Contas, o SUCH foi constituído por despacho ministerial de 22 de Abril de 1966, emitido ao abrigo do Decreto-Lei n.º 46.668, de 24 de Novembro de 1965, no qual se consagrou a possibilidade de as instituições particulares de assistência, exercendo actividades de natureza hospitalar, criarem *serviços de utilizações comum dos hospitais "em ordem a obter um melhor rendimento económico"*[28].

À época, estes *serviços de utilização comum dos hospitais* foram gizados como pessoas colectivas de carácter associativo, não de direito público, mas antes de direito privado, reconhecendo-se-lhe o estatuto de utilidade pública administrativa. Como tal, o regime jurídico que lhes era aplicável decorria, para além do disposto nos respectivos Estatutos[29], da conjugação dos artigos 416.º e seguintes do Código Administrativo[30], do regime jurídico das *instituições particulares de assistência* e, em matéria financeira, dos artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 46.301, de 27 de Setembro de 1966[31] (diploma que estabeleceu o regime financeiro dos serviços e instituições que visam actividades de natureza hospitalar).

Entretanto, após a Revolução de 25 de Abril de 1974, o SUCH sofreu algumas vicissitudes na respectiva composição e natureza[32], de tal modo que, em 1991, o Tribunal de Contas viria afirmar que os referidos serviços haviam

---

[28] Cfr. artigo 1.º, n.º 1.

[29] Aprovados pelo despacho ministerial de 22 de Abril de 1966 e subsequentemente alterados por novo despacho ministerial de 6 de Abril de 1972.

[30] Que contêm normas aplicáveis às *pessoas colectivas de utilidade pública administrativa*.

[31] Cfr. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 46.668, de 24 de Novembro de 1965.

[32] Cfr. Decretos-Lei n.º 495/74, de 27 de Setembro, e 70/75, de 19 de Fevereiro.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

evoluído "*no sentido de se transformarem num instituto público, com forte tutela do Estado, tendo desaparecido o seu substrato associativo*"[33].

Todavia, em 1993 – e, mais concretamente, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Fevereiro –, o SUCH acabaria por regressar à sua matriz original, retomando o substrato associativo que esteve na sua génese. Deste modo, o SUCH voltaria a assumir a natureza de *pessoa colectiva de direito privado e de utilidade pública administrativa*, vendo reconhecido, através do Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Fevereiro, o seu *inquestionável interesse* relativamente às instituições públicas prestadoras de cuidados de saúde.

112. Em suma, o SUCH representa, hoje em dia, uma *associação de direito privado* que agrega, no seu substrato pessoal, instituições de saúde portuguesas, de natureza pública e não pública (social ou cooperativa). O mesmo organismo consubstancia ainda uma *pessoa colectiva de utilidade pública administrativa*, conforme se reconhece, aliás, no artigo 1.º, n.º 2, dos seus Estatutos.

Como tal, o regime jurídico aplicável ao SUCH é, antes do mais, o regime previsto no Código Civil para as associações (artigos 167.º a 184.º do Código Civil). Além desse, o SUCH encontra-se ainda submetido a diversas fontes normativas devido à sua qualidade de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, como sejam o Código Administrativo, o Decreto-Lei n.º 46.668, de 24 de Novembro de 1965, e o Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro (diploma que aprova o estatuto das colectividades de utilidade pública). Paralelamente, o SUCH integra o conjunto de entidades que, nos termos da Lei de Bases da Saúde[34] (cfr. Base XXIII), prosseguem *actividades complementares ao sistema de saúde*, revestindo – como atrás se evidenciou – um confessado interesse para as entidades prestadoras de cuidados de saúde.

---

[33] Cfr. acórdão do Tribunal de Contas nº 377/91, de 27 de Novembro.

[34] Aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

113. Sendo o SUCH uma *pessoa colectiva de utilidade pública administrativa*, é importante frisar que a dimensão publicista inegavelmente presente nas pessoas colectivas de utilidade pública administrativa não anula a sua dimensão de sujeito de direito privado, que não se dissolve nas malhas da Administração.

114. Sem dúvida que a composição da Administração Pública tem vindo a evoluir de forma acentuada nas últimas décadas, assistindo-se hoje à crescente interpenetração entre o público e o privado. Com a superação do Estado Liberal, e em virtude de uma série de factores que não se justifica agora enumerar, "*a ideia unitária de Administração subordinada ao Governo que o Estado Liberal construíra, particularmente nos sistemas sociopolíticos que orbitam na zona de influência francesa, dá lugar a uma pluralidade de administrações que satisfazem interesses os mais diversos, cuja correspondência com as actividades humanas é praticamente total: interesses económicos, científicos, culturais, educacionais, de saúde, profissionais… Multiplicam-se*", assim, as "*entidades dotadas de vida independente do Estado, empreendendo funções administrativas*"[35].

Concretamente, em termos de estrutura administrativa, ao lado da multiplicação dos institutos públicos e das empresas públicas, que dão corpo, respectivamente, ao *sector público administrativo* e ao *sector empresarial do Estado* [36], torna-se hoje claro que nem todas as necessidades colectivas públicas são objecto de prossecução directa por entidades públicas e que "*estas últimas entidades não têm o monopólio do exercício de poderes de autoridade. Deste modo, o exercício privado de funções públicas é susceptível de envolver dois efeitos: a transferência (total ou parcial) da prossecução de um determinado interesse público e,*

[35] Cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Da Justiça Administrativa em Portugal - Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994, pág. 515.

[36] Cfr.. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1994, pág. 83.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

paralelamente, a atribuição (maior ou menor), de poderes de autoridade a entidades privadas sobre outros sujeitos de direito"[37].

Em conformidade, forçoso é hoje reconhecer que o Direito Administrativo não se aplica apenas às pessoas colectivas públicas, regulando igualmente *"algumas categorias de entidades privadas, precisamente aquelas que pela actividade a que se dedicam não podem deixar de ser consideradas na óptica do interesse geral. Trata-se de entidades privadas mas que prosseguem fins de interesse público e por isso ficam sujeitas por lei, em certa medida, a um regime traçado pelo Direito Administrativo"*[38].

Tudo isto pode ser evidenciado a propósito das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa. Trata-se, como é sabido, de uma categoria de entidades privadas autonomizada pela legislação do Estado Novo. A importância desta categoria de pessoas colectivas na satisfação das necessidades colectivas afigura-se evidente, pois não só não têm por fim o lucro, como também prosseguem fins de interesse geral que coincidem com atribuições da própria Administração Pública [39].

115. Todavia, não se pode obliterar que a subordinação a um certo regime específico de Direito Administrativo não converte a pessoa colectiva de utilidade pública administrativa numa entidade de direito público. Assim, a aplicação do Direito Administrativo é, aqui, apenas parcial.

116. A conclusão é evidente para aqueles que sustentaram que as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa desapareceram com a Constituição de 1976. É que, com um tal entendimento, pretendia-se justamente sublinhar uma radical *"mudança de regimes jurídicos e de concepções político-*

---

[37] Cfr.. PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1995, págs. 49 e 50.

[38] Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso…*, I, 2ª edição, pág. 549.

[39] Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1982 (reimp.), págs. 397 e ss..

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

administrativas"[40]. Nesta perspectiva, o que sobressai, com a nova ordem constitucional, que consagra o princípio constitucional da liberdade de associação e proíbe, em particular, a ingerência da Administração no funcionamento das associações [41], é a ideia de que as pessoas colectivas privadas, ainda que de utilidade pública administrativa, estão "*apenas submetidas a uma fiscalização que não se confunde com a anterior tutela administrativa*"[42].

A conclusão não se altera, porém, mesmo para quem defende que se mantém, no ordenamento jurídico português actual, a autonomia da figura das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa. Sem dúvida que tais entidades privadas estão sujeitas a um regime jurídico com uma intensa dimensão publicística. Mas, em qualquer caso, a normação legal aplicável e, em particular, as disposições correspondentes do Código Administrativo não podem deixar de ser lidas – ou, em rigor, de ser reinterpretadas – à luz da nova Constituição e, em particular, das normas constitucionais sobre liberdade de associação. Não se esqueça que, com o 25 de Abril, e ultrapassada a fase colectivista e estatizante dos primeiros tempos, é proclamado o respeito pelo pluralismo jurídico e social. O que releva inevitavelmente para a natureza das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa. É significativo que, na nova ordem constitucional, desapareça "*a inclusão das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa na Administração Pública, bem como a sua imediata sujeição à superintendência do Governo (artigo 199.º, alíneas d) e e), da Constituição). O diploma regulador das pessoas colectivas de utilidade pública – que se aplica tanto às de mera utilidade pública como às de utilidade pública administrativa e às instituições particulares de solidariedade social – considera-as a todas como entidades privadas que*

[40] Cfr. JORGE MIRANDA, *As associações públicas no direito português*, sep., Lisboa, 1988, pág. 63.

[41] Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982, págs. 154 e 155.

[42] Cfr. JORGE MIRANDA, *Ibidem*.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

cooperam com a Administração, e não como peças integrantes desta". Por isso, as pessoas colectivas de utilidade pública *são entidades privadas. "E as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, se alguma vez chegaram a ser pessoas colectivas públicas, são hoje privadas, e não constituem elementos da Administração Pública, mas entidades particulares que com ela colaboram"*[43]. **Por isso, "partilhando, embora, de certos pontos do regime de pessoas colectivas de direito público, tem-se entendido que o seu estatuto é primordialmente o de pessoas colectivas privadas"**[44].

Daqui resulta, portanto, que, **além da natureza de associação de direito privado decorrer inequivocamente dos respectivos Estatutos do SUCH, a sua qualidade de pessoa colectiva de utilidade administrativa não só não afasta essa natureza privada como, por tudo quanto se acabou de expor, a reforça.**

117. Mais: sendo o SUCH uma associação de direito privado sem fins lucrativos, rege-se por regras de contabilidade privada (POC e SNC) e, na área de recursos humanos, pelas regras do Código do Trabalho (regime de trabalho privado).

4.2.2 Do Âmbito de Aplicação das Regras de Gestão Pública

118. Quando, por simplicidade, se faz referência às *regras de gestão pública*, e ainda que o Tribunal de Contas não tenha usado tal expressão, limitando-se a chamar à colação, sem mais explicações, as regras aplicáveis às entidades públicas empresariais, devem ser tidos em consideração dois diplomas essenciais: o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, na redacção dada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado, e o Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de

[43] Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, I, 2ª edição, págs. 576 e 577.

[44] Cfr. Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Lisboa, 2001, págs. 471 e 472.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Março, na redacção dada pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Estatuto do Gestor Público.

Ao afirmar que "*sem prejuízo de o SUCH não ser um empresa pública, a Associação deve pautar-se por regras em tudo semelhantes às que regem a maioria dos seus associados, entidades públicas empresariais*", o Tribunal de Contas, embora sem o referir expressamente ou sequer fundamentar, está a referir-se àqueles dois diplomas. No fundo, daquela aparentemente simples afirmação, retira-se o seguinte entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas:

a) O SUCH não é uma empresa pública, mas sim uma associação de direito privado – e o Tribunal reconhece-o;

b) Porque a maioria dos seus associados são entidades públicas empresarias, e ainda que o SUCH não o seja, este devia pautar-se por regras aplicáveis àquelas;

c) Ao referir-se a "*regras em tudo semelhantes às que regem a maioria dos seus associados*", o Tribunal não especifica que regras estariam em causa (Todas as regras? Apenas algumas? Em relação a que matérias?).

Em suma, o Tribunal não fundamenta esta sua posição, nem económica nem juridicamente, muito provavelmente porque, tal como veremos, sabe que carece em absoluto de razão.

119. Em primeiro lugar, é importante reiterar que **o SUCH, enquanto pessoa colectiva autónoma, não se confunde com os seus associados**. Não vigora no ordenamento jurídico português, nem, tanto quanto nos é possível saber, em qualquer outro ordenamento jurídico estrangeiro, regra ou princípio que determine que as associações deixem de o ser, passando a assumir outra configuração jurídica, devido à natureza jurídica dos seus associados. Em *ultima ratio*, dir-se-ia que as associações só poderiam manter-se enquanto tal se todos os seus associados fossem também associações. Tal raciocínio não se pode

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

acolher, faltando-lhe sustentação jurídica, uma vez que contraria por completo a doutrina, centenária e universal, subjacente à existência de pessoas colectivas.

120. Em segundo lugar, **sendo o SUCH uma associação de direito privado, este pauta-se, antes de tudo o mais, pelos princípios e regras de direito civil**. Ora, como é consabido, no direito privado vigora o princípio da autonomia privada, segundo o qual os particulares têm o poder de regular, pelo exercício da sua própria vontade, as relações em que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Tal significa, em suma, que no direito privado é lícito tudo o que não é proibido por lei. Ou seja, para o que aqui importa, ao SUCH aplicar-se-iam as *regras de gestão pública*, que, em rigor, estabelecem limitações à liberdade e autonomia privada das entidades a que se aplicam, se a lei assim o determinasse – o que, como bem sabe o Tribunal de Contas, não se verifica.

121. Pois bem, não esquecendo que as críticas do Tribunal de Contas se dirigem principalmente à gestão dos recursos humanos, comece por referir-se que **o Estatuto do Gestor Público não é aplicável aos membros dos órgãos do SUCH**. No Capítulo I do Decreto-Lei n.º 71/2007 estabelece-se o âmbito de aplicação do diploma, começando pela definição de gestor público. De acordo com o disposto no artigo 1.º, gestor público é quem seja designado para órgão de gestão ou administração das empresas públicas abrangidas pelo Decreto-Lei n.º 558/99, ou seja, são gestores públicos os membros dos órgãos executivos das empresas públicas. E aqui é necessário atender ao disposto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99: "*1.Consideram-se empresas públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

fiscalização. 2. São também empresas públicas as entidades com natureza empresarial reguladas no capítulo III." Neste sentido, e embora dúvidas não pudessem existir, o SUCH não é uma empresa pública, desde logo porque não é uma sociedade constituída nos termos da lei comercial, mas ao invés – repita-se – uma associação privada. Do mesmo modo, o SUCH também não é uma entidade pública empresarial, nos termos do Capítulo III daquele diploma.

O Estatuto do Gestor Público aplica-se ainda, de acordo com o disposto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 71/2007, aos titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado. Também aqui é necessária atender ao disposto no Decreto-Lei n.º 558/99, em concreto, ao estabelecido no seu artigo 6.º, o qual dispõe que as empresas em o Estado detenha participações sociais também integram o sector empresarial do estado. Ora, não interessando entrar na discussão de saber que entidades integram o conceito de "empresa", é fácil concluir que o SUCH também não pode ser considerado uma empresa participada pelo Estado, pois só no âmbito das sociedades comerciais é possível deter participações sociais, sejam elas quotas ou acções. Sendo o SUCH uma associação, tipo de pessoa colectiva onde prevalece o substrato pessoal e não patrimonial, é juridicamente impossível deter participações do SUCH.

Resulta, portanto, do exposto, que não sendo o SUCH uma empresa pública, uma entidade pública empresarial ou sequer uma empresa participada pelo Estado, não só não está sujeito ao regime do sector empresarial do Estado, como, consequentemente, não se aplicam aos membros do respectivo Conselho de Administração as regras inerentes ao Estatuto do Gestor Público.

Em síntese, não existe regra no ordenamento jurídico português que sujeite as associações de direito privado às *regras de gestão pública* quando a maioria dos seus associados integrem o sector empresarial do estado. Assim sendo, o SUCH não está obrigado a pautar-se pelas mesmas regras que se aplicam às entidades públicas empresariais, nomeadamente as que se referem

110

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

a remunerações dos gestores, a utilização de telemóveis e de viaturas ou a benefícios sociais.

122. Por último, uma nota quanto à sujeição do SUCH à jurisdição e poderes de controlo do Tribunal de Contas. Tal sujeição existe, porquanto, nos termos do disposto na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 2.º da LOPTC, o SUCH é uma associação em que prevalecem, no seu substrato, entidades públicas, que representam a maioria dos seus associados. É, portanto, mais uma via de controlo dessas entidades públicas. Tal não significa, pois, que a associação em causa seja ela própria uma entidade pública – a própria letra da lei contraria esse entendimento – ou que, de alguma forma, tenha que se pautar por regras semelhantes às entidades públicas. Da lei não resulta nem podia resultar tal solução, pois o facto de se verificar a sujeição aos poderes de controlo do Tribunal de Contas não vale como elemento caracterizador da natureza jurídica de uma qualquer entidade.

Conclui-se, deste modo, que a "recomendação" do Tribunal de Contas não tem qualquer sustentação legal.

4.3 Das Boas Práticas de Gestão do SUCH

123. Sendo verdade que, relativamente à sua gestão interna, o SUCH não se rege pelas mesmas normas que a maioria dos seus associados, tal não significa, como parece fazer crer o Tribunal de Contas, que as práticas de gestão do SUCH não sejam as melhores. Tal não é, de todo, verdade. Com efeito, **o SUCH, na sua gestão interna, rege-se por boas políticas e boas práticas de gestão,** como devia ter concluído o Tribunal de Contas, não estivessem incorrectas as premissas de que partiu e viciado o juízo dos auditores, que tudo viram como *despesismo injustificado.*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

124. Relativamente às remunerações pagas aos membros do Conselho de Administração do SUCH, não é verdade que as mesmas registaram um aumento de 50,2% no triénio 2006-2008 relativamente ao triénio anterior (2003-2005). A taxa de 50,2% apresentada no RELATO tem por referência bases de incidência distintas e que, por isso, não podem ser relacionadas e muito menos comparadas.

Com efeito, a incorrecção da percentagem de aumento das remunerações apresentada no RELATO, bem como a diferença dos montantes identificados, prende-se com três aspectos que não foram bem percepcionados pelo Tribunal de Contas:

a) O montante identificado na contabilidade referente ao triénio 2006-2008 contempla a totalidade dos membros do órgão, que são cinco, de acordo com o estabelecido nos Estatutos do SUCH. Por seu turno, no triénio 2003-2005, o mesmo órgão laborou, pelo menos durante 18 meses (1 ano e meio!) com um membro a menos, ou seja, apenas com 4 membros. O Tribunal de Contas não considerou, por isso, que no triénio 2003-2005 foi pago um valor total necessariamente inferior referente a remunerações; não porque o valor de cada remuneração individualmente considerada fosse muito inferior, mas porque durante 18 meses foram remunerados apenas quatro membros do Conselho de Administração;

b) No triénio 2006-2008, o montante total pago a título de remunerações indicado no RELATO inclui a remuneração do Secretário Geral (€ 88.505,53), pelo que não podia o Tribunal de Contas considerar tal valor como incluído na margem de aumento das remunerações dos membros do Conselho de Administração;

c) No ano de 2006, o Tribunal de Contas não considerou que foram contabilizadas indemnizações a membros do Conselho de Administração do triénio anterior, no valor de € 45.019,02, o qual deveria ter sido descontado ao valor global de pagamentos feitos aos membros do órgão em causa se o que se

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

pretendia aferir era do valor total pago a título de remunerações (e não a outros títulos).

Para maior esclarecimento do que se acaba de referir, vejam-se os quadros abaixo:

VALORES PROCESSADOS AOS MEMBROS DO CA

Triénio 2003/2005

	Total 2003	Total 2004	Total 2005	Valores de acertos pagos no mandato seguinte	Total Trienio (inclui valores da coluna anterior)
vogal 1	67.271,75 €	68.844,30 €	70.590,90 €	24.538,31 €	231.245,26 €
presidente	86.088,47 €	88.591,82 €	90.367,84 €	17.756,84 €	282.804,97 €
vogal 2	66.830,08 €	68.816,30 €	70.310,93 €	2.723,87 €	208.681,18 €
vogal 3	63.727,95 €	65.348,50 €	66.932,46 €	- €	196.008,91 €
vogal 4	73.917,53 €	34.896,88 €	- €	- €	108.814,41 €
Totais	357.835,78 €	326.497,80 €	298.202,13 €	45.019,02 €	1.027.554,73 €
vogal 4		34.896,88 €	77.659,60 €		
Projecção Totais		361.394,68 €	375.861,73 €		1.140.111,21 € a)

Triénio 2006/2008

	Total 2006	Total 2007	Total 2008	Total Triénio
vogal 1	82.251,70 €	87.925,80 €	89.692,29 €	259.869,79 €
vogal 2	71.844,97 €	73.751,02 €	78.947,56 €	224.543,55 €
presidente	84.595,91 €	86.492,18 €	89.134,06 €	260.222,15 €
vogal 3	55.913,08 €	77.875,53 €	83.151,13 €	216.939,74 €
vicepresidente	0,00 €	0,00 €	80.424,76 €	80.424,76 €
vicepresidente	92.370,68 €	91.458,06 €	6.990,51 €	190.819,25 €
Totais	386.976,34 €	417.502,59 €	428.340,31 €	1.232.819,24 €

Variação Global Efectiva 2003/2005 e 2006/2008	19,90%
Variação Global Projectada considerando o pagamento do vogal do CA do mandato de 2003/2005 cujo mandato foi revogado em Março 2004 versus valores pagos em 2006/2008	7,50%

Nota: Foram retirados os valores de acertos de contas de saída pagos em 2006 decorrentes da cessação dos elementos do mandato anterior e incluídos na respectiva despesa.

	Totais 2005
vogal 1	70.590,90 €
presidente	90.367,84 €
vogal 2	70.310,93 €
vogal 3	66.932,46 €
vogal 4	77.659,60 € a)
total	375.861,73 €

125. Ainda no que concerne às remunerações pagas aos membros do Conselho de Administração do SUCH, é importante esclarecer que o valor das remunerações não é fixado pelos próprios membros desse órgão, mas sim por um órgão autónomo: a Comissão de Vencimentos, de acordo com o disposto no

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

n.º 2 do artigo 11.º dos Estatutos do SUCH. Ora, esta Comissão de Vencimentos é constituída por três elementos eleitos em Assembleia Geral, os quais exercem, por isso, as suas funções com total independência relativamente aos membros do Conselho de Administração. E repare-se até que, antes de Dezembro de 2006, altura em que ocorreu a última reformulação dos Estatutos do SUCH, essa Comissão de Vencimentos era composta por dois membros eleitos pela Assembleia Geral e um membro nomeado pela Ministra da Saúde. Não se pode, pois, falar em "auto-remuneração" dos membros do Conselho de Administração.

126. No que respeita a prémios pagos aos Directores Comerciais no biénio 2007-2008, o Tribunal de Contas ateve-se unicamente aos objectivos de cobranças, como se esse fosse o único motivo que fundamentou a atribuição dos referidos prémios, o que consubstancia uma visão demasiado redutora da questão.

Com efeito, o Plano de Incentivos para a Direcção Comercial (PIDC) insere-se no Sistema de Gestão de Desempenho Global (SGD), o qual permite estabelecer, de forma objectiva, a relação entre o desempenho profissional e a componente variável da remuneração, tendo por base objectivos acordados em *contrato de perfomance* celebrado entre o colaborador e o Conselho de Administração, sendo previsto em sede orçamento económico-financeiro. Este *contrato de performance* assenta em quatro objectivos estratégicos transversais a toda a organização e três objectivos individuais de desempenho, sendo a cobrança um objectivo entre os sete definidos. Apenas há lugar à atribuição de incentivos (ou prémios) quando o grau de concretização dos diversos objectivos for superior a 80% mediante os resultados alcançados.

É, portanto, incorrecto considerar que se está na presença de um "prémio de cobrança", pois, como se acabou de referir, a efectivação de cobranças é apenas um dos vários critérios de avaliação, de entre o volume de vendas, a

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

elaboração de documentos de análise do progresso da relação comercial com os associados, o desenvolvimento integrado das prestações nos associados e a redução de custos internos de operação das equipas comerciais, entre outros.

Em especial, no que concerne ao objectivo de intervenção dos Directores Comerciais no processo de cobrança, o mesmo incorpora para além do acompanhamento da tramitação da facturação nos serviços dos associados, a tarefa de providenciar junto destes no sentido da concretização de pagamentos em prazos que contribuam para minorar o recurso ao crédito bancário, missão essencial face às crónicas dificuldades de pagamento por parte dos associados.

É manifesta a importância da actividade das Direcções Comerciais junto dos associados, a qual tem contribuído para o incremento das relações de parceria entre estes e o SUCH, bem evidente, de resto, no acréscimo do número de áreas de negócio nos associados e no incremento do volume de negócios nos últimos anos.

Por último, refira-se que a política de incentivos – que não foram apenas atribuídos aos Directores Comerciais e que foi detalhadamente explicada em Informação própria dirigida aos Auditores em Novembro de 2009, sob o título: Política de Compensação e Benefícios – se insere no âmbito das Políticas e Boas Práticas de Gestão definidas e aprovadas no quadro do Plano Estratégico e que estão na base dos ganhos de eficiência e eficácia patenteados, cujos resultados são bem visíveis quanto ao alinhamento dos profissionais do SUCH com os seus objectivos estratégicos, no aumento da taxa de retenção do talento na associação, na concretização de 99% dos projectos previstos no Plano Estratégico e na redução de custos de não qualidade. De notar que o objectivo de redução de custos, definido com uma meta de 10%, foi largamente ultrapassado, tendo os custos sido reduzidos, em 2009, em mais de metade do inicialmente previsto.

Conclui-se, portanto, que a implementação de um processo de avaliação do desempenho dos colaboradores consubstancia uma excelente prática de

115

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

gestão, com resultados positivos comprovados. Neste sentido, estranha-se que o Tribunal de Contas venha tecer críticas quanto a este sistema quando o mesmo é próximo do adoptado pela Administração Pública e que está a ser praticado através do SIADAP – sistema integrado de gestão e de avaliação do desempenho na Administração Pública[45], o qual prevê expressamente a atribuição de incentivos aos profissionais e quadros gestores em função do desempenho e resultados alcançados.

Por último, quanto à utilização de viaturas por parte de colaboradores do SUCH, o Tribunal de Contas desconsiderou por completo que essa é uma prática historicamente seguida, uma vez que já desde há 20 anos o SUCH atribuía viaturas aos membros do Conselho de Administração e aos Directores e Sub-Directores Regionais.

A utilização das viaturas por alguns colaboradores do SUCH afigura-se essencial para a efectivação de todas as actividades da Associação, na medida em que as mesmas são desenvolvidas ao nível do território nacional – tenha-se em conta a localização das sedes dos associados e os setenta estabelecimentos em que o SUCH opera – o que obriga à deslocação constante dos colaboradores. Atento o motivo da sua atribuição, verifica-se que a utilização das viaturas é feita de forma criteriosa, pautando-se por critérios de racionalidade e contenção, como poderá ser aferido pela quilometragem percorrida *vs* a actividade desenvolvida junto dos associados. De referir ainda que esta foi uma matéria objecto de sucessivas decisões de racionalização no período 2007-2009, nomeadamente de definição de Políticas de atribuição e utilização de Frota Automóvel, com definição de regras claras e de *plafonds* de despesa pré-definidos. Destas políticas resultou, designadamente, a redução em cerca de 50% das despesas que o SUCH sustentava com a utilização de viatura pelos colaboradores em algumas áreas de actividade.

[45] Cfr. Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§5.º
ASSOCIAÇÃO PRIVADA E PESSOA COLECTIVA DE UTILIDADE PÚBLICA ADMINISTRATIVA

5.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

127. No ponto 1 do RELATO, na parte respeitante à natureza jurídica do SUCH, e mais desenvolvidamente, no ponto 5 do mesmo documento, o Tribunal de Contas veio a questionar a "*actualidade*" da qualificação jurídica do SUCH como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, vindo mesmo a recomendar ao Primeiro-Ministro a ponderação da manutenção do reconhecimento de utilidade pública do SUCH "*face ao quadro jurídico actual e ao posicionamento desde no mercado*".

De um modo geral, retira-se do RELATO que o Tribunal de Contas é do entendimento que o SUCH não está a contribuir para a sustentabilidade do SNS, podendo, por isso, perder as prerrogativas que lhe advém do estatuto de utilidade pública administrativa.

Contudo, e como acima já se esclareceu, não só tal entendimento se mostra totalmente incorrecto, como a "solução" admitida se afigura leviana e desconsidera por completo a missão e história do SUCH. Afinal, uma auditoria feita no espaço de um ano, que teve em consideração circunstâncias ocorridas no curto período temporal de 2008 e de 2009, arroga-se a pretensão de pode vir comprometer uma associação com uma história de 44 anos, durante os quais deu provas de intensa cooperação com a Administração Pública na prossecução de fins de interesse público na área da saúde, como o próprio Tribunal de Contas, em momentos anteriores, já admitira. Por isso mesmo, para além da inequívoca contestação dos pressupostos económico-financeiros em que labora o Tribunal de Contas – a que já se procedeu *supra* – importa refutar os argumentos aduzidos por este Tribunal quanto à questão da natureza jurídica

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

do SUCH, demonstrando que a sua qualificação como pessoa colectiva de utilidade pública se mantém plenamente justificada.

128. Em concreto, embora o Tribunal de Contas seja do entendimento de que, aquando da sua criação, a qualificação do SUCH como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa se mostrava justificada, este Tribunal vem agora admitir que essa qualificação não se deve manter, por três (pretensos) motivos:

a) Ter ocorrido uma alteração na "*natureza jurídica da maioria dos seus associados, que, com a criação do Serviço Nacional de Saúde, passaram a ser pessoas colectivas públicas, afastando-se assim um dos elementos essenciais do conceito de pessoa colectiva de utilidade pública – a sua fundação por entidade particulares (privadas)*";

b) Os fins prosseguidos pelo SUCH "*não se inserem nos fins beneficentes ou humanitários ou de assistência e de educação previstos no artigo 416.º do Código Administrativo e, posteriormente, no artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro (...)*";

c) A maioria dos associados do SUCH, sendo hospitais de Sector Público Administrativo e do Sector Empresarial do Estado, "*não auferem designadamente das isenções fiscais que, mantendo-se a qualificação jurídica do SUCH como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, beneficia a associação de que fazem parte*".

129. Salvo o devido respeito, não se pode concordar com tal posição. Por um lado, a cessação da declaração de utilidade pública apenas poderá ocorrer em determinadas situações que, no caso, não se verificam, e, por outro, os motivos apontados pelo Tribunal não valem para afastar – ainda que somente na perspectiva da qualificação jurídica –, no caso do SUCH, a existência dos elementos essenciais que conformam o conceito de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

5.2 DO REGIME LEGAL DA CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA E SUA APLICAÇÃO AO CASO

130. Antes de mais cumpre notar, como bem salienta o Tribunal de Contas, que a competência para a cessação da declaração de utilidade pública pertence ao Primeiro-Ministro, à luz do disposto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro. Não obstante, no exercício de tal competência, o Primeiro-Ministro não tem discricionariedade, visto que a referida cessação só poderá ocorrer uma vez verificada alguma das situações elencadas no artigo 13.º do mencionado diploma legal, a saber: *(i)* extinção da pessoa colectiva; *(ii)* não verificação dos pressupostos da declaração de utilidade pública; *(iii)* violação séria ou reiterada dos deveres que lhes estejam legalmente impostos.

Ora, atentos estes pressupostos, bem como as circunstâncias apontadas no RELATO, é de presumir que, na óptica do Tribunal de Contas, a cessação do reconhecimento de utilidade pública administrativa do SUCH – de acordo com a recomendação feita ao Primeiro-Ministro – se venha a fundamentar na não verificação de alguns dos pressupostos que justificaram a sua atribuição, atento o disposto na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 13.º, do Decreto-Lei nº 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro.

Tais pressupostos são os que constam do artigo 2.º do mesmo diploma, que ora se passam a analisar para aferir do mérito da posição defendida pelo Tribunal.

131. Em primeiro lugar, cumpre destacar que o SUCH desenvolve, sem fins lucrativos, directamente em benefício dos seus associados e indirectamente em favor da comunidade que estes directamente servem, actividades que são

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

complementares ao sistema de saúde português – as prestações realizadas pelo SUCH aos hospitais públicos surgem como instrumentais ou complementares da prestação de cuidados de saúde públicos –, considerando-se, nessa medida, verificado o pressuposto constante da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro.

A circunstância de o SUCH actuar, primariamente, em benefício dos seus associados não afasta a justificação para o reconhecimento do interesse público, na medida em que a existência do SUCH contribui relevantemente para as actividades dos seus associados em áreas de interesse geral como são a promoção e a prestação de cuidados de saúde, integrando assim a situação expressamente contemplada no n.º 2 do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro.

Perante isto, considera-se, pois, que totalmente improcedente qualquer argumentação no sentido de que a circunstância de as actividades desenvolvidas pelo SUCH terem como destinatários outras entidades para além dos associados comprometeria a sua caracterização como entidade que prossegue fins altruísticos e teria implicações ao nível da sua qualificação como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

Tal não se verifica, desde logo, atenta a configuração do SUCH enquanto pessoa colectiva de natureza associativa, caracterizada, enquanto tal, pela prossecução de fins não lucrativos, o que implica que a prossecução dos fins visados por esta associação, e que se prendem com a melhoria do serviço público de prestação de cuidados de saúde, não seja posta em causa.

Por outro lado, ainda que existam entidades a quem o SUCH presta serviços que não são seus associados, certo é que tais organismos, estando integrados no sistema de saúde português, prestam cuidados de saúde à comunidade em geral, visando, a esse nível, os mesmos fins e interesses que os

120

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

associados do SUCH, não se podendo assim, também por aqui, acompanhar o raciocínio gizado pelo Tribunal.

132. De outra parte, refira-se que o SUCH está regularmente constituído e rege-se por Estatutos elaborados em conformidade com a lei, encontrando-se, por isso, igualmente observado o pressuposto constante da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro.

133. Quanto aos serviços prestados pelo SUCH, importa destacar que o mesmo apenas desenvolve actividades económicas em regime de concorrência, a título secundário e marginal, encontrando-se, assim, simultaneamente preenchida a condição prevista na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 2.º, do Decreto-Lei nº 460/77, de 7 de Novembro.

Neste sentido, basta atentar no teor do Quadro II, na página 31 do RELATO, de onde se extrai que o volume de negócios principal e quase exclusivo do SUCH resulta de actividades prestadas aos seus associados.

O próprio Tribunal de Contas reconhece, aliás, que o facto de o SUCH prestar actividades a outras entidades que não sejam seus associados não colide com as condições gerais da declaração de utilidade pública, estabelecidas nas alíneas *c)* e *f)* do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro (cfr. página 33 do ponto 5 do RELATO).

134. Noutro plano, cumpre ainda referir que o SUCH possui os meios humanos e materiais adequados ao cumprimento dos seus objectivos estatutários, continuando, pois, a verificar-se o pressuposto previsto na alínea *e)* do n.º 1 do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

135. Por último, parece igualmente claro que, conforme dispõe a alínea *f)* do n.º 1 do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro, o SUCH não exerce a sua actividade em benefício de interesses privados dos seus associados, desde logo, porquanto tais associados não representam, em bom rigor, pessoas colectivas materialmente privadas, mas antes entidades inseridas nos sectores público ou social e cooperativo, não prosseguindo, assim, interesses puramente privados – o que, aliás, e como acima se evidenciou, é, em parte, reconhecido pelo próprio Tribunal de Contas.

A tudo isto acresce que, como *supra* se teve oportunidade de explicitar, mesmo os destinatários que não são associados do SUCH também visam a prossecução de um interesse geral, que se traduz na prestação de cuidados de saúde.

136. Conclui-se, portanto, que **o SUCH continua a reunir os pressupostos de que depende a sua qualificação como pessoa colectiva de utilidade pública, não existindo razões legais para a cessação de tal estatuto**. Assim sendo, e ao contrário do sentido da recomendação dirigida ao Primeiro-Ministro, este não pode fazer cessar os efeitos da declaração de utilidade pública em relação ao SUCH porquanto não se encontra verificada nenhuma das situações elencadas no n.º 1 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro, não havendo quaisquer razões para reponderar o estatuto do SUCH. Afinal, não se trata de uma decisão de cariz político, mas antes de uma decisão administrativa que tem obrigatoriamente que ser tomada com base nos pressupostos e dentro dos limites expressamente definidos na lei.

5.3 A IMPROCEDÊNCIA DOS ARGUMENTOS ESPECÍFICOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

137. Ao contrário do defendido pelo Tribunal de Contas, continuam a verificar-se relativamente ao SUCH todos os elementos essenciais que conformam o conceito de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, merecendo esta Associação, tal como à data da sua criação, a detenção do estatuto correspondente.

138. No que tange às considerações fundadas na afirmação da alegada alteração da natureza jurídica da maioria dos associados do SUCH – que segundo o Tribunal teria passado de privada a pública –, há uma manifesta confusão no Tribunal de Contas: uma coisa é a natureza privada do SUCH; outra, bem distinta, e irrelevante em face da lei, a natureza privada dos associados do SUCH. Ou seja, não se vislumbra, de modo algum, em que medida é que a natureza pública dos associados do SUCH compromete a sua qualificação como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, uma vez que da noção constante do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro, não resulta qualquer restrição a esse nível.

Com efeito, o que verdadeiramente importa para o conceito de pessoa colectiva de utilidade pública é a natureza privada da pessoa colectiva que coopera com a Administração Pública, requisito que o SUCH cumpre indiscutivelmente, visto tratar-se de uma associação de direito privado. E isto não é negado pela natureza jurídica dos seus associados, a qual, como se sabe, são pessoas colectivas autónomas, com natureza, estrutura e substrato patrimonial próprios.

A confirmar a importância da natureza privada da pessoa colectiva detentora do estatuto de utilidade pública administrativa e a irrelevância da natureza jurídica dos seus associados, no Acórdão do STA de 5 de Maio de 1999 (recurso n.º 39146), concluiu-se que, a partir de 1993, em consequência do Decreto-Lei n.º 12/93, de 15 de Janeiro, "*o SUCH retomou a estrutura associativa e*

a natureza originária de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa", já que era duvidoso que uma tal qualificação fosse válida no período compreendido entre o início da vigência do Decreto-Lei n.º 70/75 e a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 12/93, uma vez que após o 25 de Abril o Estado passou a exercer uma forte tutela sobre o SUCH, provocando o desaparecimento do seu substrato associativo e a evolução no sentido de se transformar num instituto público, como em 1991 o Tribunal de Contas chegou a concluir. Daqui se retira que a qualificação do SUCH como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa depende essencialmente da sua natureza privada, de cariz associativo, que, quando posta em causa, prejudica necessariamente essa qualificação.

O mesmo já não sucede com a alteração da natureza jurídica dos seus associados. E aqui importa ter em atenção um aspecto muito relevante que, aparentemente, o Tribunal de Contas não tomou em consideração: o próprio Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Novembro de 1965 previa a participação de *instituições hospitalares públicas* nos serviços de utilização comum, ao mesmo tempo que estabelecia que as entidades assim estabelecidas gozariam de personalidade jurídica, revestindo a natureza de pessoas colectivas de utilidade pública administrativa. Isto põe em evidência que a natureza pública das entidades que constituiriam os serviços comuns não afastava a qualificação de utilidade pública administrativa da pessoa colectiva a criar. Ora, se não afastava ao tempo da sua criação, também actualmente a natureza jurídica dos associados do SUCH não tem quaisquer implicações naquela qualificação.

Repare-se, aliás, que quando, nos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 1/95 e n.º 141/2001, se abordou a questão da natureza jurídica do SUCH, sempre se concluiu no sentido de que se tratava de uma "*associação de entidades hospitalares públicas e privadas e de instituições particulares de solidariedade social que se dediquem à promoção e protecção da saúde,* [que] *deve ser qualificado, pelas suas finalidades estatutárias e pelo regime de*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

intervenção estadual a que está submetido, como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa". Por aqui se vê, portanto, que o facto de o SUCH ter como associados pessoas colectivas públicas não prejudica – nem poderia prejudicar, nos termos do regime legal aplicável – o seu estatuto de utilidade pública administrativa.

139. Relativamente aos fins prosseguidos pelo SUCH, e como já acima oportunamente se explicitou, esta Associação continua a prosseguir fins de interesse geral, os quais coincidem com atribuições particularmente importantes da Administração.

Ou seja, o SUCH, enquanto pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, não só não tem por fim o lucro, como também prossegue fins de interesse geral que coincidem com atribuições da própria Administração Pública, na medida em que desenvolve actividades que são complementares ao sistema de saúde português – as prestações realizadas pelo SUCH aos hospitais públicos, ainda que tenham como contrapartida certas vantagens que a Administração confere a estes serviços, surgem como instrumentais ou complementares da prestação de cuidados de saúde públicos.

Também aqui não se pode, portanto, concordar com a posição do Tribunal de Contas. É certo que a prossecução de fins de interesse geral que coincidam com atribuições da própria Administração Pública é elemento essencial do conceito de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa. Mas também não é menos verdade que as actividades desenvolvidas pelo SUCH continuam, primordialmente, a cumprir fins de interesse geral.

140. Finalmente, quando o Tribunal de Contas argumenta que a maioria dos associados do SUCH, sendo hospitais de Sector Público Administrativo e do Sector Empresarial do Estado, "*não auferem designadamente das isenções fiscais que, mantendo-se a qualificação jurídica do SUCH como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, beneficia a associação de que fazem parte*",

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

confunde mais uma vez o SUCH com os seus associados, quando, como já antes se esclareceu, se tratam de pessoas colectivas autónomas, de entidades que não se confundem, ainda que estes participem naquele, não se vislumbrando o alcance da constatação de que o SUCH beneficia de certas isenções fiscais que os seus associados não beneficiam.

A um tempo, não se compreende por que razão tal circunstância impede a qualificação do SUCH como pessoa colectiva de utilidade pública. É normal que as pessoas ou entidades que participam nas associações ou fundações com tal estatuto não gozem de iguais benefícios.

A outro tempo, a mesma situação poderia verificar-se se estivessem em causa unicamente entidades do sector privado.

141. Em face do exposto, contrariamente ao sustentado no RELATO quanto a esta matéria, conclui-se que a qualificação do SUCH enquanto pessoa colectiva de utilidade pública administrativa não está de modo algum posta em causa, e com ela as prerrogativas que advém de tal estatuto, na medida em que a missão que prossegue se reveste de reconhecido mérito e validade, qual seja a de, na ausência ou insuficiência de respostas estruturadas dos demais agentes económicos que actuam na área da saúde, promover iniciativas com vista à obtenção de uma maior eficiência e qualidade na prestação de cuidados de saúde, pelas instituições que integram o sistema de saúde português.

126

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§6.º
LEGITIMIDADE E BONDADE DO AJUSTE DIRECTO AO SUCH

6.1 INTRODUÇÃO

142. Encontram-se, no RELATO, múltiplas menções à celebração de contratos entre o SUCH e os respectivos associados, designadamente nos respectivos n.os 1 (páginas 5 a 11) e 6 (páginas 34 a 37) desse documento e no respectivo Anexo III. A argumentação aí expendida é passível de ser reconduzida ao seguinte:

a) Após a entrada em vigor do CCP, deixaria de ter cabimento a doutrina consagrada em pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (nos quais se considerou que as relações entre o SUCH e os respectivos associados se situam no plano da auto-satisfação das necessidades da Administração, fora do âmbito de aplicação dos Decretos-Lei n.os 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho);

b) Os contratos celebrados entre os associados do SUCH e o próprio SUCH deveriam ser antecedidos da tramitação de procedimentos adjudicatórios próprios da contratação pública;

c) Esta tramitação impor-se-ia em virtude de entre o SUCH e os respectivos associados não se mostrarem preenchidos os requisitos que permitem concluir pela existência de uma relação *in house*, ou seja, *(i)* os associados do SUCH não exerceriam sobre este um *controlo análogo* àquele que exercem sobre os seus próprios serviços; e *(ii)* o *essencial da actividade* do SUCH não seria desenvolvido em benefícios dos respectivos associados;

d) Assim, muito embora se reconheça que o SUCH está sujeito à influência dominante dos seus associados, sustenta-se, no RELATO, que o

127

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

preenchimento do requisito do *controlo análogo* seria inviabilizado *(i)* pela existência de entidades *supostamente* privadas entre os associados do SUCH; *(ii)* pelo *suposto* risco – para mais, meramente "*abstracto*" e, portanto, reconhecidamente inexistente em concreto – de uma deliberação sobre matérias fundamentais para o controlo estratégico e de gestão do SUCH ser tomada por uma maioria de entidades supostamente privadas; *(iii)* por uma *suposta* total autonomia do Conselho de Administração do SUCH no que respeita ao que, de uma forma enigmática, se considera serem "*decisões de gestão ordinária relevantes*";

e) Já no que respeita ao requisito do *essencial da actividade*, o SUCH não seria economicamente dependente dos seus associados porque *(i)* uma parte *supostamente* considerável da sua actividade teria como destino o que se designa como "*o mercado em geral*"; e *(ii)* numa manifesta contradição nos termos do raciocínio, *supostamente* a dependência económica do SUCH só existiria se a actuação do SUCH não "colocasse em causa a concorrência" – ideia cujo significado, aliás, o RELATO se demite de concretizar;

f) Finalmente, afirma-se no RELATO que "*apenas o entendimento do SUCH como uma entidade adjudicante poderia concorrer para o preenchimento dos requisitos da contratação* in house";

143. Não obstante o tom crítico do RELATO, a verdade é que – e aí bem! – nele não se coloca, sequer, a hipótese de os membros do Conselho de Administração do SUCH incorrerem, eventualmente, em responsabilidade financeira (sancionatória ou outra).

144. De qualquer forma – e visto que ao contrário do perspectivado no RELATO, **existe, efectivamente uma relação *in house* entre o SUCH e os seus associados –**, impõem-se algumas considerações sobre esta matéria.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

6.2 Dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República e da actualidade da sua doutrina

145. Como é consabido – e, aliás, reconhecido no RELATO –, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República já se pronunciou, por duas vezes, sobre a questão das prestações efectuadas pelo SUCH aos seus associados, tendo concluído – sempre – que as mesmas se encontram excluídas do âmbito de aplicação dos diplomas legais em matéria de contratação pública.

Na verdade, conforme foi mencionado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, nos seus Pareceres n.os 1/95, de 9 de Março de 1995, e 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, "*o SUCH, tendo como finalidade a prestação de certos serviços aos seus associados, para um funcionamento mais ágil e eficiente destes, e em regime de cooperação e entreajuda, desenvolve a sua actuação num plano materialmente cooperativo*" [46].

Como então se evidenciou, "*não pode tal elemento teleológico-material deixar de desempenhar relevante missão na consideração da específica relação do ente com os seus associados e, especialmente, na caracterização jurídica do modo e dos termos da prestação de serviços pelo SUCH aos seus associados*" [47]. Com efeito, "*quer pela forma como o SUCH se organiza, quer pelos seus objectivos estatutários*", a respectiva actuação configura-se como uma "*actividade materialmente cooperativa*", *desenvolvida no interior da colectividade e para os membros desta, socorrendo-se dos meios que nela já existem, fruindo-os em comum e retirando as potencialidades que é possível extrair da optimização do uso dos recursos disponíveis*"[48]. Neste âmbito, não se verificam, pois, os pressupostos que compelem à abertura de procedimentos, designadamente, concursais, para efeitos de contratação entre o SUCH e os seus

[46] Cfr. Parecer n.º 1/95.

[47] Cfr. Parecer n.º 1/95.

[48] Cfr. Parecer n.º 145/2001.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

associados dos serviços por aquele prestados ou fornecidos, no quadro das respectivas atribuições[49]. Não existe, de facto, a "*necessidade de defender ou acautelar, quer o princípio da concorrência*", quer os princípios da imparcialidade e da igualdade" [50].

Deste modo, segundo os mencionados pareceres, os serviços prestados pelo SUCH aos seus associados consideram-se excluídos dos pressupostos de aplicação das normas sobre contratação pública, não estando, nessa medida, submetidos aos procedimentos de formação que aí se encontram previstos.

146. De acordo com o que parece resultar do RELATO, a doutrina do Tribunal de Contas neste domínio seria convergente com a do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, até ao momento da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Isto porque, após se mencionar os referidos pareceres, se afirma que, "*após a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, o Tribunal de Contas recusou o visto a contratos celebrados entre o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais e as entidades do Sector Público suas associadas, por os mesmos não estarem abrangidos por qualquer excepção à aplicação do regime da contratação pública* (...)"[51]. Depreende-se, pois, que o entendimento subjacente ao RELATO é o de que, por força da entrada em vigor do CCP, a doutrina do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República teria ficado, *supostamente*, desactualizada.

Muito embora não se encontre, no RELATO, um único argumento no sentido desta *suposta* desactualização, nem por isso, porém, se deve, para além de deixar de se discordar deste entendimento, passar a expor aquela que é a perspectiva correcta nesta matéria.

---

49 Cfr. Parecer n.º 145/2001.

50 Cfr. Parecer n.º 145/2001.

51 Cfr. RELATO, página 9.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

147. Desde logo, **cumpre deixar claro que – naquilo que aqui interessa –, aquando da emissão do Parecer n.º 145/2001 da Procuradoria-Geral da República, e tendo por referência a situação actual, a possibilidade de caracterizar determinados tipos de contratação entre entes públicos como auto-satisfação de necessidades não era mais ampla do que presentemente o é, na sequência das Directivas comunitárias sobre contratação pública de 2004 ou da entrada em vigor do CCP**.

É certo que, conforme refere CLÁUDIA VIANA, o artigo 1.º, alínea *c)*, da Directiva n.º 92/50/CEE, conjugado com o artigo 6.º da mesma Directiva, foi inicialmente interpretado por alguns Autores "*no sentido de que ficariam excluídos da regulação comunitária os contratos celebrados entre dois entes públicos*"[52].

Mas a verdade é que esta não era, já na altura, a interpretação correcta dos citados preceitos. Com efeito, o acórdão *Teckal*, proferido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) em 18 de Novembro de 1999, veio inequivocamente esclarecer que o regime comunitário sobre contratação pública "*é aplicável quando uma entidade adjudicante, como uma autarquia local ou regional, pretende celebrar por escrito, com uma entidade dela distinta no plano forma e dela autónoma no plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha por objecto o fornecimento de produtos, quer esta entidade seja ela própria uma entidade adjudicante ou não*". Por isso, para efeitos de aplicação da mencionada directiva, "*basta, em princípio, que o contrato tenha sido celebrado entre, por um lado, uma autarquia local ou regional e, por outro, uma pessoa dela juridicamente distinta*".

Deste modo, tendo sido emitido em data posterior à aprovação do acórdão *Teckal*, e destinando-se precisamente a confirmar a actualidade do parecer anterior (Parecer n.º 1/95), o Parecer n.º 145/2001 não terá deixado de atender à mencionada explicitação.

---

[52] Cfr. CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra, 2007, p. 474.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

148. Mas o acórdão *Teckal* não se limitou a afirmar a tendencial sujeição dos contratos celebrados entre entidades adjudicantes às normas comunitárias sobre contratação pública. Pelo contrário, nele se reconheceu, ainda, a existência de uma situação excluída do âmbito de aplicação dessas normas, associada à *hipótese de, simultaneamente, a entidade adjudicante exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com a ou as entidades adjudicantes que a compõem.*

Ao fim e ao cabo, defendeu-se a **doutrina das relações *in house*** (em sentido amplo), destinada a acautelar as relações que a Administração estabelece com os seus entes instrumentais, isto é, com pessoas colectivas, públicas ou privadas, por si criadas com o objectivo de agilizar a sua actuação em ordem à satisfação das necessidades colectivas.

Na base desta doutrina está o reconhecimento de que a sujeição da Administração às exigências postas pela necessária construção de um mercado concorrencial só subsiste nas hipóteses em que esta não opte, discricionariamente, pelo recurso aos seus próprios serviços para, em regime de autoprodução, satisfazer, por si própria, as respectivas necessidades. Afinal, o próprio Direito Comunitário reconhece explicitamente a possibilidade de as entidades administrativas, enquanto poderes adjudicantes, cumprirem as tarefas de interesse público que lhes incumbem pelos seus próprios meios — administrativos, técnicos e outros.

Ora, conforme se reconhece, sem margem para dúvidas, no RELATO, é precisamente esta ideia que subjaz aos pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (bem como às ligações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados): ou seja, a ideia — expressa, nesses pareceres — de que o "*plano da auto-satisfação das necessidades da*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Administração"[53] não se encontra abrangido pelas normas sobre contratação pública ou, por outras palavras, de que a aplicação destas normas deixa de ter razão de ser nos casos em que "*a Administração, directa ou indirectamente, crie ou participe na criação de mecanismos ou estruturas de auto-satisfação de carências, de modo a tornar dispensável o convite externo ao fornecimento de bens ou a prestação de serviços de que necessite*"[54].

149. Perante isto, **não existem razões para inculcar a ideia de o entendimento adoptado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República assentar numa interpretação desactualizada das normas sobre contratação pública e, em particular, do respectivo âmbito de incidência**. Desde logo, resulta claro que o mencionado entendimento — contrariamente ao que o RELATO parece supor — não foi emitido num alegado quadro de incerteza relativamente aos termos de sujeição dos contratos interadministrativos às normas de contratação pública. Na verdade, no momento da aprovação do Parecer n.º 145/2001, a mencionada questão já havia sido objecto de adequada clarificação no acórdão *Teckal*, não tendo sentido conceber que o mencionado parecer não tenha procedido à confirmação da posição defendida no Parecer n.º 1/95, com base numa interpretação conforme com a doutrina expendida nesse acórdão (cuja validade actual se afigura, por todos, inquestionável), a respeito das relações *in house*.

150. Mais: **os pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República procedem à valoração de requisitos idênticos àqueles que são exigidos no quadro da doutrina das relações *in house* — e que se encontram, nomeadamente, estabelecidos no artigo 5.º, n.º 2, do CCP —, conforme se comprova pelas referências aí contidas**:

[53] Cfr. Parecer n.º 1/95.

[54] Cfr. Parecer n.º 145/2001.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

a) À inexistência de uma "*diferença material ou juridicamente relevante entre a auto-satisfação de necessidades através (directamente) de meios próprios ou a satisfação dessas mesmas necessidades de funcionamento*" através do SUCH, enquanto conjunto "*de meios (ou organização de meios) postos em comum, para uso exclusivo dos associados*" (ou seja, à verificação do primeiro requisito da doutrina das relações *in house*: detenção pela entidade adjudicante de um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*); e

b) Ao facto de a "*natureza do SUCH e as respectivas finalidades estatutárias (assistência técnica a equipamentos dos associados e gestão de unidades, nomeadamente lavandarias, centrais e transportes) revela(re)m uma vocação e objectivos que apenas se compreendem na imediata relação com os seus associados*", e, sobretudo, à afectação das utilidades disponibilizadas pelo SUCH a "*uso exclusivo (ou quase) dos associados*" (o que indicia o preenchimento do segundo requisito, correspondente à *realização pelo adjudicatário do essencial da sua actividade às entidades adjudicantes que o controlam*).

Por aqui se vê, portanto, que o entendimento expresso nos pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República se revela, na verdade, absolutamente conforme com a teorização efectuada pela jurisprudência comunitária a propósito das relações *in house*, igualmente coincidindo com os termos mediante os quais essa teorização foi transposta para ordenamento jurídico nacional, por intermédio do artigo 5.º, n.º 2, do CCP.

151. Desta forma, não tem cabimento supor que a entrada em vigor do CCP teria ditado um afastamento, por desactualização, do entendimento propugnado nos pareceres da Procuradoria-Geral da República. Na verdade, atendendo a que o mencionado entendimento se reconduz à linha de pensamento subjacente à figura das relações *in house*, com actual assento no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, antes se considera que os mencionados factos tiveram por efeito a comprovação e enquadramento desse mesmo entendimento.

134

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

152. Por tudo o que ora se expõe, **comprova-se que os pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral da República mantêm-se actuais e válidos, encontrando, hoje em dia, apoio expresso no artigo 5.º, n.º 2, do CCP.**

153. Este sempre foi, aliás, o entendimento propugnado pelo Tribunal de Contas, em diversas decisões e actos que por este foram e vêm sendo proferidos (inclusivamente – e contrariamente ao que, implicitamente, decorre da exposição do RELATO, após a entrada em vigor do CCP). A título meramente exemplificativo, refiram-se, uma vez mais, os seguintes:

a) O Acórdão n.º 160/05, de 4 de Outubro, proferido pela subsecção da 1.ª Secção, relativamente a um contrato celebrado entre o então HOSPITAL DISTRITAL DE FARO e o SUCH;

b) A decisão de concessão de visto proferida no processo de fiscalização prévia n.º 143/06, no que concerne a um contrato celebrado entre o então HOSPITAL DISTRITAL DE FARO e o SUCH, para prestação de serviços de tratamento e fornecimento de roupa, durante o ano económico de 2006;

c) O Relatório de Auditoria n.º 26/2007, elaborado pela subsecção da 2.ª Secção;

d) A decisão de concessão de visto proferida no processo de fiscalização prévia n.º 1100/07, em sessão diária de visto de 29 de Novembro de 2007, relativamente ao protocolo celebrado entre o SUCH e o CENTRO HOSPITALAR DO BARLAVENTO ALGARVIO, E.P.E., em 23 de Agosto de 2007, que previa a execução da obra de remodelação e ampliação do serviço de urgência;

e) A decisão de concessão de visto proferida no processo de fiscalização prévia n.º 1710/08, pela 1.ª Secção do Tribunal de Contas, em 5 de Março de 2009, relativamente ao protocolo celebrado entre a ARS CENTRO e o SUCH, no âmbito da preparação da adesão daquela administração ao Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças;

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

f) A decisão de concessão de visto aprovada em sessão diária de visto da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, no âmbito do processo de fiscalização prévia n.º 552/09, relativamente ao protocolo celebrado entre a UNIDADE LOCAL DE SAÚDE DO NORTE ALENTEJANO, E.P.E., e o SUCH para a prestação de serviços de lavagem, tratamento e fornecimento de roupa, no triénio de 2008-2010;

g) O (recentíssimo) Relatório de Auditoria ao Centro Hospitalar do Médio Tejo, E.P.E., n.º 5/2010, emitido no âmbito do processo n.º 31/09-AUDIT[55]

154. Atendendo à manutenção dos pressupostos assumidos na aprovação dessas decisões e actos, **não se encontra, pois, qualquer motivo para a inversão do respectivo sentido, nos termos constantes do RELATO.**

6.3 DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DAS RELAÇÕES *IN HOUSE*

6.3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

155. Mas o RELATO vai mais longe, nele se defendendo que, nas ligações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados, não se encontrariam preenchidos os requisitos de aplicação da excepção prevista no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, relativamente aos contratos celebrados no âmbito das relações *in house*.

156. Ora, também aqui não é possível concordar com o entendimento defendido no RELATO. Antes de se proceder à explicitação dos motivos em que se baseia a presente posição, cumpre, porém, proceder a uma análise prévia e

[55] De referir que,. neste caso, o Ministério Público já decidiu não desencadear qualquer procedimento jurisdicional no âmbito do referido processo.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

sumária dos requisitos exigidos, no artigo 5.º, n.º 2, do CCP, para a aplicação da excepção referente aos contratos celebrados no âmbito das relações *in house*.

157. Segundo a doutrina expendida no Acórdão *Teckal*, e conforme decorre actualmente do artigo 5.º, n.º 2, do CCP, **para que se possa reconhecer a existência de uma relação *in house*, é necessária a verificação de dois requisitos cumulativos**:

a) O exercício pela entidade adjudicante sobre o adjudicatário de um *controlo análogo* ao que a referida entidade dispõe sobre os seus próprios serviços; e

b) A realização pelo adjudicatário do *essencial da sua actividade* com a entidade adjudicante.

158. O **primeiro requisito** – *"controlo análogo"* – assenta numa apreciação que deve ter em consideração todas as disposições legislativas e circunstâncias de facto pertinentes[56]. O mesmo traduz-se, essencialmente, na existência de mecanismos de controlo que permitam à entidade adjudicante influenciar as decisões da entidade com a qual pretende celebrar o contrato, atribuindo-lhe a *"possibilidade de influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes"*[57]. Assim, o que releva, para efeitos deste requisito, é que as tarefas cometidas ao adjudicatário não sejam executadas em termos substancialmente distintos daqueles em que seriam caso fossem internamente delegadas, atendendo à adstrição do modo de execução dessas tarefas a considerações e solicitações adequadas à prossecução dos fins de interesse público prosseguidos pela entidade adjudicante[58].

---

[56] Cfr. Acórdão *Parking Brixen*, de 13 de Outubro de 2005 (Proc. n.º C-458/03).

[57] Cfr. Acórdão *Parking Brixen*, de 13 de Outubro de 2005 (Proc. n.º C-458/03.

[58] Cfr. Conclusões do Advogado-Geral LÉGER, no Proc. n.º C-94/99 (*Arge*).

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

159. O **segundo requisito** por seu turno, frequentemente reconduzido à expressão "*essencial da actividade*", acarreta, para o TJCE, as seguintes exigências:

a) Que a entidade adjudicante encarregue a entidade adjudicatária do exercício de determinada actividade, originariamente da sua competência; e

b) Que a entidade adjudicatária tenha como objecto principal e quase exclusivo a exploração desses serviços ou actividades.

O que está em causa, portanto, neste requisito consiste em saber se o adjudicatário actua livremente no mercado ou se, pelo contrário, está de tal modo ligado ao poder público nas actividades que realiza que os contratos que com este celebra podem ser equiparados a *operações internas*, justificando, deste modo, a respectiva exclusão da aplicação do regime da contratação pública[59]. Para o efeito, é decisivo que as actividades do adjudicatário sejam principalmente afectas à entidade adjudicante, revestindo quaisquer outras actividades importância marginal[60]. Apenas nessa hipótese, de facto, "*se pode defender a ideia de um prolongamento administrativo da colectividade pública, que a dispensa de cumprir as regras de concorrência prescritas pela directiva, na medida em que escolhe realizar ela mesma as operações económicas que necessita*"[61].

160. Ambos os requisitos visam, assim, numa clara relação de complementaridade e equilíbrio, verificar se a entidade adjudicatária, apesar de distinta da entidade adjudicante no plano formal, é da mesma dependente no plano decisório. Ou seja, **os mencionados critérios destinam-se a aferir a falta de autonomia substancial da entidade adjudicatária, condição imprescindível à natureza *in house* da relação estabelecida com a entidade adjudicante**.

---

[59] Cfr. Conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT, no Proc. n.º C-458/03 (*Parking Brixen*).

[60] Cfr. Acórdão *Carbotermo*, de 11 de Maio de 2006 (Proc. n.º C-340/04).

[61] Cfr. Conclusões do Advogado-Geral LÉGER, no Proc. n.º C-94/99 (*Arge*).

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Em particular, o primeiro requisito – "*controlo análogo*" – pretende assegurar que o adjudicatário se encontra submetido a uma "influência determinante" por parte da entidade adjudicante, com incidência "quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes" daquela organização. Por seu turno, o segundo requisito – "*essencial da actividade*" – destina-se a confirmar que o adjudicatário se limita, na generalidade dos casos, a cumprir o mandato que recebeu por parte daquela entidade, em face da constatação de que uma entidade "*não é necessariamente privada de liberdade de acção apenas pelo facto de as decisões que lhe dizem respeito serem tomadas pela colectividade que a detém, se ela ainda puder exercer uma parte importante da sua actividade económica junto de outros operadores*"[62].

Atento o posicionamento do RELATO nesta matéria, impõe-se verificar, em pormenor, o preenchimento de cada um destes dois requisitos.

6.3.2 DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DO CONTROLO ANÁLOGO

A) Do preenchimento do requisito

161. O requisito do *controlo análogo* traduz-se, como já se antecipou, na exigência de subordinação do adjudicatário a uma influência determinante por parte da entidade adjudicante.

Com base neste requisito, deve poder concluir-se que a entidade dominada não goza de uma margem de autonomia decisória sobre aspectos relevantes da sua vida, relacionados, por exemplo, com a estratégia comercial a seguir, as actividades a desenvolver, os endividamentos a contrair, etc., e que a entidade adjudicante está em condições de fixar a orientação geral da empresa, atribuindo-lhe o capital de dotação, assegurando a cobertura de eventuais

[62] Cfr. Conclusões do Advogado-Geral LÉGER, no Proc. n.º C-94/99 (*Arge*).

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

custos sociais, verificando o resultado da gestão e exercendo supervisão estratégica. No essencial, o que se pretende assegurar é que o adjudicatário não detenha verdadeira autonomia do ponto de vista decisório, servindo como mero instrumento à realização de actividades originariamente assumidas pela entidade adjudicante.

Ora, a verdade é que **todos estes aspectos se encontram reunidos no relacionamento entre o SUCH e os respectivos associados**.

162. Neste sentido, cumpre evidenciar, em primeiro lugar, a particular natureza e missão assumidas pelo SUCH: este consiste, com efeito, numa instituição sem fins lucrativos, criada por despacho ministerial datado de 22 de Abril de 1966 e emitido ao abrigo do Decreto-Lei n.º 46.668, de 24 de Novembro de 1965, no qual se consagrou a possibilidade de criação de *serviços de utilização comum dos hospitais, "em ordem a obter um melhor rendimento económico"*.

Nos termos dos respectivos Estatutos, o SUCH "*tem, assim, por objecto tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão*" (cfr. artigo 2.º, n.º 1). Ou seja, na linha dos objectivos visados com a respectiva criação, em 1966, o SUCH destina-se a constituir um "*instrumento de auto-satisfação das necessidades dos seus associados*" (cfr. artigo 2.º, n.º 2), visando, desse modo, promover a redução de custos e o aumento da qualidade e eficiência dos respectivos serviços e, consequentemente, de todo o sistema nacional de saúde.

Nessa medida, o SUCH tem, desde sempre – e contrariamente ao suposto no RELATO –, demonstrado uma total e incondicionada disponibilidade para a satisfação das necessidades dos seus associados e, bem assim, a sua estrita vinculação à prestação das utilidades requeridas, de forma eficiente e vantajosa para os mesmos. Sintomático da especial afectação do SUCH à satisfação das necessidades dos seus associados — e, com isso, à prossecução

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

dos seus interesses — é, aliás, o facto de este, por diversas vezes, ser chamado a resolver situações graves e urgentes detectadas nas instalações ou serviços dos associados, com vista, inclusivamente, a colmatar a incapacidade demonstrada por outras empresas, nunca tendo deixado de atender a tais solicitações.

Em face do quadro legal e estatutário que serve de base ao exercício da respectiva actividade, é possível, portanto, depreender **a afectação do SUCH à prossecução de fins que coincidem com atribuições particularmente importantes da Administração**, atribuições essas cometidas ao conjunto de entidades que integram o seu substrato pessoal.

163. Não se pode ignorar, por outro lado, que o SUCH dispõe actualmente de 99 associados, prevalecendo no conjunto dos seus associados instituições e estabelecimentos de saúde que integram o SNS e que assumem a natureza jurídica de serviços públicos integrados na Administração Central do Estado, de institutos públicos ou entidades públicas empresariais. **O substrato pessoal do SUCH é, portanto, formado na sua esmagadora maioria por *entidades adjudicantes***, entendendo-se como tal, à luz do CCP, não apenas os associados que assumem a natureza de pessoas colectivas de direito público e, nessa medida, integram a Administração Pública em sentido orgânico-formal, como aqueles que, independentemente da sua natureza pública ou privada, se reconduzem ao conceito de *organismo de direito público*, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b)*, do CCP.

164. Em todo o caso, importa referir que o Acórdão *Tragsa II*, Processo n.º C-295/05, contrariamente ao sentido que lhe pretende dar o Tribunal de Contas — citando-o por forma a sustentar a necessidade de uma imposição administrativa da entidade adjudicante (cfr. página 30 do Anexo III do RELATO)—, veio ampliar as situações em que se pode verificar o preenchimento do requisito do "controlo análogo", admitindo que o "controlo análogo" – entendido enquanto influência determinante sobre os objectivos estratégicos e

141

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

decisões importantes da entidade adjudicatária – possa não ser exercido directamente pela entidade adjudicante interessada.

Recorde-se que o TJCE, no Acórdão *Tragsa II*, concluiu que quer o Estado quer as Comunidades Autónomas exercem um "controlo análogo" aos seus próprios serviços sobre a empresa Tragsa, não obstante estas últimas entidades apenas deterem uma participação meramente simbólica, visto que em conjunto apenas possuem 1% do capital social da Tragsa.

O TJCE parece, assim, ir na esteira do entendimento preconizado por SERRANO CHAMIZO[63] que entende poder dar-se o caso de o controlo de gestão ser também exercido por titulares minoritários ou mesmo por pessoas jurídicas não titulares de participações sociais.

Resulta do exposto que o TJCE introduz duas importantes variantes na configuração do primeiro "critério *teckal*": *(i)* por um lado, procede a uma reconfiguração do critério do "controlo análogo", na qual o nível da participação social da entidade adjudicante interessada assume relevância escassa; *(ii)* por outro, parece abrir a porta à afirmação de um "controlo análogo" exercido directamente por uma entidade que não participa nem exerce uma influência determinante sobre a entidade adjudicatária.

165. Clarificado este ponto, **mostra-se incorrecta a ideia, manifestada no RELATO, segundo a qual o SUCH disporia em face dos seus associados de um espaço relevante de liberdade de actuação**.

Com efeito, do que acima se expõe, resulta claro que o SUCH prossegue a sua actividade em conformidade com as vinculações advenientes dos respectivos Estatutos, que acentuam a missão do SUCH. Como refere o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, esta Associação está

[63] Cfr. SERRANO CHAMIZO, comunicação "*Los contratos entre Administraciones Públicas: la perspectiva del Derecho comunitário*", apresentada no Seminário "*La contratación pública en Europa*", realizado em Vitoria em 23 de Maio de 2000, organizado pelo Instituto Europeo de Administración Pública, p. 11.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

concretamente adstrita, por força estatutária, à prestação de certos serviços aos seus associados, para um funcionamento mais ágil e eficiente destes, e em regime de cooperação e entreajuda, não podendo tal elemento teleológico-material deixar de desempenhar relevante missão na consideração da específica relação do ente com os seus associados e, especialmente, na caracterização jurídica do modo e dos termos da prestação de serviços pelo SUCH aos seus associados.

Além disso, a actuação do SUCH é fortemente condicionada pelos seus associados. Na realidade, estes conservam poderes decisivos no âmbito da Assembleia Geral. Mesmo o exercício de actividades em "regime de concorrência e de mercado", para além da necessidade de observar o disposto no artigo 2.º, n.º 4, dos Estatutos (que exige que da actuação em causa não resulte qualquer prejuízo para os associados, mas antes vantagens assinaláveis, no plano económico ou tecnológico), deve conformar-se com as determinações emitidas pela Assembleia Geral, nomeadamente, nos planos estratégicos e de actividades por esta aprovados.

A esta luz, considera-se, pois, plenamente comprovada a dependência do SUCH relativamente às entidades adjudicantes que o integram, julgando-se, nessa medida, verificado o requisito do "controlo análogo".

B) Das entidades com configuração jurídica privada e das entidades que integram o sector social

166. De acordo com o entendimento expresso no RELATO, existiria, porém, uma circunstância que obstaria à verificação do requisito em análise: tratar-se-ia do facto de o substrato pessoal do SUCH ser integrado por associados não públicos e de, consequentemente, existir o risco da existência de deliberações da respectiva Assembleia Geral com base numa maioria formada por entidades privadas. Subjacente a este entendimento está, ao fim e ao cabo,

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

uma **concepção que resume as diversas categorias de associados existentes a uma dicotomia entre sector público e sector privado, ignorando que, por imperativo constitucional (artigo 82.º), as entidades que compõem o substrato pessoal do SUCH assumem outras configurações**. Trata-se, pois, de uma ideia manifestamente incorrecta, mas que, nem por isso, se deixa aqui de, circunstanciadamente, refutar.

167. Desde logo, interessa destacar que os associados do SUCH que consubstanciam instituições particulares de solidariedade social – e que representam 26 associados – não se inserem nem no sector público nem no sector privado, integrando, por força do disposto no n.º 4 do artigo 82.º da Constituição, **uma terceira categoria: o sector cooperativo e social**. Ora, quando o TJCE refere a rejeição do controlo análogo sempre que existirem participações privadas, ele não pretende abranger o caso das participações detidas por entidades cooperativas e sociais — que, como se viu, constituem um sector distinto, reconhecido e protegido pela própria Constituição (cfr. artigo 82.º). Aliás, nem sequer se pode olvidar que a própria lei proíbe que estas entidades tenham como finalidade a prossecução do lucro, nos termos do artigo 1.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social[64].

168. Por outro lado, **também não se afigura legítimo contar as duas sociedades anónimas que assumem a qualidade de associados do SUCH — CESPU, SERVIÇOS DE SAÚDE, S.A. e o HOSPITAL DOS LUSÍADAS — como entidades materialmente privadas**.

Com efeito, no caso do HOSPITAL DOS LUSÍADAS, é fundamental lembrar que o respectivo capital social é detido pela CAIXA GERAL DE DEPÓSITOS, que por sua vez representa uma empresa pública inserida no sector empresarial do

[64] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pelos Decreto-Lei n.º 386/83, de 15 de Outubro, Decreto-Lei n.º 9/85, de 9 de Janeiro, Decreto-Lei n.º 89/85, de 1 de Abril, Decreto-Lei n.º 402/85, de 11 de Outubro, e Decreto-Lei n.º 29/86, de 15 de Fevereiro.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Estado. Trata-se, portanto, por determinação expressa do n.º 2 do artigo 82.º da Constituição, de uma entidade do sector público. Neste quadro, não é legítimo ignorar a diferença qualitativa entre uma entidade privada autêntica ou genuína e uma *entidade administrativa privada*, ou seja, uma entidade privada em sentido jurídico-formal, mas dominada por uma ou várias entidades públicas e que, como tal, se integra no sector público e não no sector privado[65].

Por seu turno, a CESPU, SERVIÇOS DE SAÚDE, S.A. assume a particularidade de ser integralmente detida pela CESPU — COOPERATIVA DE ENSINO SUPERIOR, POLITÉCNICO E UNIVERSITÁRIO, CRL, que integra, ainda por força da própria Lei Fundamental, o sector cooperativo e social do Estado.

169. Daqui resulta, em síntese, que, **ao contrário do que é assumido pelo Tribunal de Contas, o SUCH não integra, hoje em dia, qualquer associado privado**, isto é, qualquer entidade inserida no sector privado da economia, na acepção constitucionalmente relevante do mesmo. Atento o sobredito, verifica-se que as participações no substrato pessoal do SUCH de instituições particulares de solidariedade social e de sociedades anónimas não podem, no caso em apreço, ser consideradas *participações privadas*, não existindo, assim, à luz da jurisprudência comunitária, qualquer obstáculo à verificação do requisito de *controlo análogo*.

170. Em todo o caso, independentemente do que ora se refere, a verdade é que **a alegada presença de uma entidade não adjudicante e/ou sem fins exclusivamente altruísticos no leque de associados do SUCH, bem como a mera possibilidade de entrada de novos elementos, jamais seria, só por si, passível de romper e/ou atenuar o nexo de vinculação do SUCH à prossecução das respectivas atribuições.**

[65] Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 432 e 433.

145

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Não se ignora, com isto, que alguma jurisprudência comunitária refere que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante em causa exclui que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

Mas acontece que — independentemente do carácter controverso desse entendimento jurisprudencial[66] — o pressuposto básico em que o mesmo assenta (em concreto, a *incompatibilidade entre a existência de participações privadas no capital social do adjudicatário e a estrita vinculação do mesmo à prossecução de fins de interesse público*) não se verifica no presente caso.

Na verdade, o risco associado pela jurisprudência comunitária à existência de capital privado nos entes *quase internos* da Administração — concretamente, a respectiva sujeição a considerações inerentes a interesses privados — encontra-se afastado pela própria natureza do SUCH (pessoa colectiva de natureza associativa sem fins lucrativos) e, bem assim, pelo carácter altruístico e comum dos objectivos visados por todos os seus associados com a respectiva integração nessa Associação: pura e simplesmente assegurar, de forma adequada e eficiente, a auto-satisfação das respectivas necessidades.

A situação vertente apresenta, com efeito, contornos particulares, em razão da especial configuração do SUCH, enquanto *pessoa colectiva de natureza associativa*, caracterizada, enquanto tal, pela prevalência do elemento pessoal, pela prossecução de fins não lucrativos, pela intransmissibilidade das participações sociais e pela não distribuição de dividendos.

Em particular, não havendo lugar à distribuição de dividendos, nem sendo possível a transmissão das respectivas participações sociais, não se vislumbra que interesse específico poderia ser visado pelos seus eventuais associados privados com a respectiva integração no substrato pessoal do SUCH

[66] Cfr. Conclusões da Advogada-Geral CHRISTINE STIX-HACKL, no Proc. n.º C-26/03 (*Stadt Halle*); Conclusões do Advogado-Geral LÉGER, no Proc. n.º C-94/99 (*Arge*).

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

para além da possibilidade de beneficiarem dos serviços que pelo mesmo são prestados.

171. Atendendo ao que ora se refere, **considera-se, pois, que, neste domínio, não se verificam os motivos da "desconfiança particular" demonstrada pela jurisprudência comunitária "em relação ao modelo empresarial em formato societário"**[67], motivos esses que estão justamente na base da orientação jurisprudencial referida.

Esta posição encontra, aliás, apoio no entendimento recentemente advogado pelo TJCE nos acórdãos *Coditel* e *Comissão/Alemanha*, proferidos, respectivamente, em 9 de Junho de 2009 e 13 de Novembro de 2008 (Processos n.os C-324/07 e 480/06).

Assim, no primeiro Acórdão, a respeito da aferição do requisito do *controlo análogo*, o TJCE entendeu necessário sublinhar e relevar a circunstância de o adjudicatário em questão consistir numa entidade que "*está constituída, não sob a forma de uma sociedade por acções ou de uma sociedade anónima susceptível de prosseguir objectivos independentemente dos seus accionistas, mas sob a forma de uma sociedade cooperativa intermunicipal regida pela lei relativa às associações intermunicipais*". Com base nesta circunstância, o Tribunal afirmou que o adjudicatário "*tem por objectivo estatutário a realização da missão de interesse municipal para o cumprimento da qual foi criada e que não possui qualquer interesse distinto do das autoridades públicas que lhe estão associadas*", o que permitiu comprovar o preenchimento do requisito do "*controlo análogo*".

O segundo Acórdão acima mencionado foi mesmo mais longe, ao atestar a verificação desse mesmo requisito num caso em que comprovadamente as entidades adjudicantes não exerciam sobre o respectivo co-contratante "*controlo algum que possa ser qualificado de análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços*". Neste caso, considerou o TJCE necessário realçar o facto de estarmos

[67] Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime jurídico das empresas municipais*, Coimbra, 2007, pp. 181 e 182.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

perante uma situação de "*cooperação entre autarquias locais, que tem por objectivo assegurar a realização de uma missão de serviço público comum*", representando os contratos celebrados nesse âmbito o simples "*culminar de um processo de cooperação intermunicipal entre as partes*", de forma idónea a assegurar a prossecução da inerente missão de serviço público.

C) Conclusão

172. Por tudo o que ora se refere, considera-se, pois, que **a tese do não preenchimento do primeiro requisito exigido pelo artigo 5.º, n.º 2, do CCP, ou seja, o requisito do "controlo análogo", não é correcta**. Na verdade, pelos motivos que acima se enunciaram, mostra-se comprovada, de uma forma cabal e acima de qualquer dúvida, a sujeição do SUCH — e, em particular, das suas decisões fundamentais — às exigências de interesse público subjacentes às atribuições dos seus associados.

6.3.3 DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DO ESSENCIAL DA ACTIVIDADE

O **segundo requisito imposto pelo artigo 5.º, n.º 2, do CCP — o *essencial da actividade* —** visa, por seu turno, como vimos atrás, salvaguardar a *dependência económico-jurídica* das empresas inseridas no quadro de relações contratuais excluídas do âmbito de aplicação das regras sobre contratação pública. Este prende-se, assim, no essencial, com a necessidade de "*a entidade dependente (...) funcionar como um «operador dedicado» (...), concentrado exclusivamente, ou quase, em alimentar (por via da prestação de serviços ou do fornecimento de bens) o seu ente-matriz no desenvolvimento da respectiva missão*"[68].

[68] Cfr. BERNARDO AZEVEDO, "Contratação in house: Entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado", in *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, p. 139.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Caso contrário, entende-se que a diversificação das actividades do operador económico evidencia a singularidade do seu estatuto em relação aos serviços internos da entidade adjudicante, estatuto que não se limita a uma simples especificidade orgânica[69].

173. E é isto que se verifica no caso do SUCH, como – importa sublinhá-lo – o próprio Tribunal de Contas já reconheceu, sem margem para dúvidas, no Acórdão n.º 13/2010, de 25 de Maio (1.ª S/PL), ao concluir ""*in casu*", *e sem mais delongas, reconhecemos que ocorre o requisito "destinação essencial da actividade" previsto no art. 5.º, n.º 2, al. b), porquanto o SUCH, entidade adjudicatária, tem desenvolvido a sua actividade, de modo principal, na satisfação das necessidades da adjudicante e outros associados públicos*" (referindo, para tanto, que "esta constatação suporta-se obviamente, na percentagem [9,82%] de serviços prestados no ano de 2008 a não associados do SUCH e no correspondente valor de facturação [€ 8.770.095,98], em contraposto o valor de facturação [€ 79.847.577,99] respeitante a serviços prestados aos associados públicos, elementos que, embora de natureza quantitativa, contribuem, adjuvantemente, para a densificação do citado critério) – cfr. páginas 41 e 42 do acórdão citado.

Com efeito, resulta claro que o SUCH se encontra obrigado a desenvolver o *essencial da sua actividade* na realização de serviços tendentes a assegurar "o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados" e, desse modo, a contribuir para a melhoria do sistema nacional de saúde.

É certo que, nos termos dos seus Estatutos, o SUCH pode ainda desenvolver actividades em áreas de apoio de instituições e serviços que, integrando o sistema de saúde português, não sejam seus associados (cfr. artigo 2.º, n.º 2).

---

[69] Cfr. J. J. PERNAS GARCIA, *Las operaciones in house y el Derecho comunitário de contratos públicos*, Madrid, 2008. p. 155.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Todavia, tal apenas sucede nos casos em que da prossecução dessas actividades não só não resulte qualquer prejuízo para os seus associados, como, pelo contrário, seja possível extrair visíveis vantagens para o SUCH e para os seus associados, quer no plano económico, quer no plano de enriquecimento e valorização tecnológica (cfr. artigo 2.º, n.º 4, dos Estatutos do SUCH). Daí que, sem surpresa, se constate o carácter marginal das mencionadas actividades na actividade global do SUCH.

174. Na verdade, tendo presente o peso efectivo das actividades realizadas em benefício de não associados do SUCH, é evidente a afectação quase exclusiva do SUCH aos interesses comuns dos seus associados. Contrariamente ao que é assumido pelo Tribunal de Contas, os dados extraídos da análise do volume de negócios do SUCH apenas permitem, pois, confirmar o preenchimento do segundo requisito exigido para a aplicação da excepção *in house* ("essencial da actividade").

A este respeito, importa, aliás, ter presente que, no contexto comunitário, apesar de se propugnar a relativização dos resultados extraídos da aplicação de puros critérios quantitativos na aferição da existência de relações *in house*[70], tende-se a apelar, na tarefa de densificação do requisito do "essencial da actividade", e tendo sobretudo em vista situações em que existe um vínculo económico sinalagmático entre as duas entidades em causa, para os critérios quantitativos estabelecidos em disposições comunitárias paralelas[71], concluindo-se, nessa conformidade, pela existência de uma relação *in house* em casos em que, pelo menos, 80% da actividade do adjudicatário é realizada em benefício da entidade adjudicante.

---

[70] Cfr. Conclusões da Advogada-Geral CHRISTINE STIX-Hackl, no Proc. n.º C-26/03.

[71] Cfr. artigo 23.º, n.º 3, da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Ora, no caso em apreço, esse número mostra-se inequivocamente preenchido. Resulta assim claro que a actividade essencial do SUCH se insere no quadro, definido em termos legais e estatutários, do abastecimento e satisfação de necessidades dos seus associados.

6.3.4 BALANÇO FINAL

175. Nesta conformidade, **considera-se suficientemente comprovado o preenchimento dos requisitos de que depende a aplicação da excepção prevista no artigo 5.º, n.º 2, do CCP para os contratos celebrados no quadro de relações *in house***. É, de facto, patente a falta de autonomia substancial do SUCH relativamente ao conjunto dos seus associados e, sobretudo, aos fins de interesse público que estes prosseguem.

176. Mais: **ao defender entendimento diverso, o Tribunal de Contas não se limita a proceder a uma errada interpretação e aplicação do disposto no artigo 5.º, n.º 2, do CCP. É que, em rigor, a interpretação aí efectuada, não só não se coaduna com a matriz comunitária desse preceito — em particular, com o sentido e telelogia imanentes à jurisprudência emitida pelo TJCE a respeito das relações *in house* —, como se revela ainda desconforme com os princípios e valores estabelecidos na Constituição.**

A desconformidade com o Direito da União Europeia decorre de tudo quanto se afirmou desenvolvidamente nos parágrafos anteriores.

A adopção de um entendimento do artigo 5.º, n.º 2, do CCP em desconformidade com a Constituição prende-se com outra razão. Com efeito, na base da regra estabelecida no artigo 5.º, n.º 2, do CCP está, como dissemos atrás, o reconhecimento de que a sujeição da Administração às exigências postas pela necessária construção de um mercado concorrencial só subsiste nas hipóteses em que esta não opte, discricionariamente, pelo recurso aos seus

próprios serviços para, em regime de autoprodução, satisfazer, por si própria, as respectivas necessidades. Ou seja, em causa está a ideia de que a defesa do princípio da concorrência não pode ir tão longe ao ponto de coarctar a liberdade de auto-organização da Administração, que encontra assento constitucional no princípio da separação de poderes (artigos 110.º, n.º 2, e 111.º, n.º 1, da Constituição), bem como na garantia de uma reserva geral da administração (que se extrai designadamente dos artigos 182.º e 199.º da Constituição). Deste modo, a interpretação do artigo 5.º, n.º 2, do CCP, ultimamente adoptada pelo Tribunal de Contas, na medida em que restringe a liberdade de auto-organização administrativa, em moldes que não se afiguram necessários à salvaguarda do princípio da concorrência ou quaisquer outros valores constitucionais, revela-se manifestamente contrária ao princípio constitucional da liberdade de auto-organização da Administração.

6.3.5 DA NÃO NECESSIDADE DA QUALIFICAÇÃO DO SUCH COMO ENTIDADE ADJUDICANTE

177. Impõe-se, ainda, **uma última nota, relativamente ao entendimento, expresso no RELATO, de acordo o qual a os pressupostos da relação *in house* só seriam aplicáveis se o SUCH devesse ser qualificado como uma entidade adjudicante**.

178. Na verdade, não pode deixar de se estranhar a relevância atribuída nos presentes autos pelo Tribunal de Contas à questão da qualificação do SUCH como «*entidade adjudicante*». Isto porque **a verificação da existência de uma «*relação in house*», nos termos do artigo 5.º, n.º 2, do CCP não implica a averiguação da questão da qualificação do SUCH como «*entidade adjudicante*».**

Com efeito, uma coisa é a verificação dos requisitos necessários à aplicação a determinado contrato da regra prevista no n.º 2 do artigo 5.º do CCP — entre os quais se inclui, como vimos, o requisito do "*controlo análogo*" —; outra coisa, bem distinta, é a questão da qualificação do adjudicatário como "*entidade adjudicante*" à luz do CCP. A primeira questão — verificação dos requisitos da "*relação in house*" — é, como vimos, relevante para efeitos de determinação do regime procedimental aplicável (ou não) ao contrato em causa e, por conseguinte, para o controlo da respectiva legalidade. A segunda questão, por seu turno, já não detém qualquer interesse para esse efeito, prendendo-se apenas com o problema de saber se o adjudicatário, quando celebra contratos com terceiros, está, em contrapartida, sujeito ao regime de contratação pública estabelecido na Parte II do Código.

Perante isto, é evidente que a questão da aplicação da regra prevista no n.º 2 do artigo 5.º do CCP não depende da prévia qualificação do adjudicatário como «*entidade adjudicante*». Pelo contrário, constitui ponto assente que pode haver uma «*relação in house*» sem que o adjudicatário seja qualificável como «*entidade adjudicante*», à luz das regras sobre formação de contratos públicos.

153

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§7.º
O RECURSO AO *OUTSOURCING* EM GERAL

7.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

179. O RELATO vem concluir pela existência de um conjunto de infracções financeiras, que se relacionam com a legalidade dos actos mediante os quais o SUCH atribui a terceiros a prestação de serviços que lhe tenham sido confiados no âmbito da relação *in house* existente com os seus associados. As entidades terceiras envolvidas correspondem aos ACE criados e participados pelo SUCH — SUCH-DALKIA, ACE, SOMOS COMPRAS, ACE e SOMOS PESSOAS, ACE — e, no caso de prestação de serviços de alimentação ao Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia (CHVNGE), respeitam ao consórcio constituído entre o SUCH e a EUREST (doravante "Consórcio SUCH/EUREST").

180. Previamente à análise casuística de todas as situações que o Tribunal de Contas entende poderem ser geradoras de responsabilidades financeiras sancionatórias, **importa fazer um breve enquadramento sobre a forma como o SUCH recorre, em geral, ao *outsourcing* e, posteriormente, demonstrar que a sua não qualificação como *organismo de direito público* impede o entendimento de que foram cometidas infracções financeiras.**

154

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

7.2. DO RECONHECIMENTO PELO SUCH DA IMPORTÂNCIA DA ADOPÇÃO DE BOAS PRÁTICAS DE CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS

181. Importa, antes de mais, sublinhar que, não obstante o SUCH não poder ser qualificado como organismo de direito público – como se verá de seguida –, o Conselho de Administração do SUCH não ignora que, numa perspectiva económico-financeira, uma boa prática de gestão postula a adopção de procedimentos imparciais, transparentes e amigos da concorrência. Vários exemplos do passado recente ilustram, justamente, esta postura.

182. Desde logo, o SUCH reconheceu que a contratação de terceiros, por forma a assegurar determinadas prestações necessárias ao exercício das atribuições que lhe competem, não deveria ser feita sem a observância de quaisquer regras e princípios que enformam a contratação pública.

Concretamente, o SUCH entendeu aprovar, em Março de 2008, um **Regulamento de Contratação**, com vista a observar as melhores práticas de contratação reconhecidas e adoptadas a nível comunitário e nacional, com respeito pelos princípios da transparência, imparcialidade e concorrência. A adopção pelo Conselho de Administração do SUCH, apenas dois meses após a publicação do novo Código dos Contratos Públicos e quatro meses antes da respectiva entrada em vigor, de um Regulamento de Contratação que adopta e aplica, nas aquisições do SUCH a terceiros, as regras de contratação pública, constitui um marco que merece bem ser destacado!

O próprio Tribunal de Contas vem admitir o cumprimento dessas regras e princípios pelo SUCH, quando refere que se verificou que, em geral, "*o SUCH tem adoptado Regulamentos de Contratação de Aquisição de Bens e Serviços e Empreitadas, moldados sobre as regras de contratação pública, confirmando-se nos processos de subcontratação seleccionados que essas regras têm sido aplicadas*" (cfr. página 34 do Anexo III do RELATO).

155

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

183. Por outro lado, assim que surgiram dúvidas sobre a legalidade dos procedimentos tradicionalmente adoptados em matéria de cogeração, **o próprio Conselho de Administração do SUCH, por sua iniciativa, deixou de cometer por ajuste directo a execução de serviços ao SUCH-DALKIA, ACE.** Com efeito, ainda que, relativamente à instalação e exploração da central de cogeração no Hospital de Santo André, E.P.E., a desenvolver pelo SUCH-DALKIA, o protocolo de adesão tenha sido celebrado em Janeiro de 2009, e, por conseguinte, depois da entrada em vigor do CCP, certo é que a questão apenas foi suscitada pelo Tribunal Contas em Junho de 2009, no âmbito do Relatório de Auditoria n.º 18/2009, sobre o Hospital Garcia da Orta, E.P.E., – momento a partir da qual, o Tribunal de Contas começou a recusar vistos também com fundamento na ilegalidade de contratação de terceiros pelo SUCH, como se já teve oportunidade de explicitar. Ora, logo que se apercebeu das dúvidas existentes neste domínio, o Conselho de Administração do SUCH pôs termo a uma tal prática.

184. Revelador ainda dessa preocupação, é a adenda recentemente outorgada ao Contrato de Consórcio interno celebrado entre o SUCH e a EUREST, para efeitos de remodelação e reequipamento da cozinha e do refeitório do Hospital de São João, bem como para desenvolvimento da actividade de prestação de serviços de fornecimento de alimentação aos doentes e pessoal daquela instituição hospitalar (cfr. DOC. N.º8). No âmbito da referida adenda, passou a abranger-se (transitoriamente) no objecto do Contrato de Consórcio a prestação de serviços de alimentação a doentes e pessoal do CHVNGE, a partir de 1 de Abril de 2009, que tinha sido cometida ao SUCH – com previsão expressa da possibilidade de subcontratação (cfr. Cláusula 2.ª) –através do Protocolo celebrado entre este e o CHVNGE em 19 de Março de 2009.

Não tendo sido possível, desde a outorga do protocolo, prestar os serviços de alimentação por ele abrangidos a partir da exploração, pelo SUCH,

156

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

da cozinha do CHVNGE, o SUCH analisou as diversas alternativas existentes à continuação do serviço de fornecimento de refeições ao CHVNGE, tendo por base as actuais cozinhas exploradas pelo SUCH, tendo concluído que não dispõe de instalações e equipamentos que apresentem as condições técnicas necessárias à confecção e preparação das refeições a prestar aos utentes e pessoal do CHVNGE.

Contudo, e tendo em conta a nova política adoptada no sentido de submeter à concorrência a subcontratação de terceiros, para efeitos de prestação de serviços que lhe tenham sido confiados por ajuste directo pelos seus associados, o Conselho de Administração do SUCH deliberou no sentido de que a atribuição ao consórcio SUCH/EUREST devia ser excepcional e transitória, prevendo-se especificamente na referida adenda que "*se mantém em vigor até à conclusão de um novo procedimento de contratação, a lançar pelo CHVNGE*", cessando, em qualquer caso, no dia 31 de Dezembro de 2010 (cfr. cláusula 5.ª da adenda).

A circunstância da subcontratação do Consórcio SUCH/EUREST decorrer da necessidade de se resolver uma situação para a qual não existia outra alternativa, (apenas) até que o CHVNGE encontre uma solução em conformidade com as regras da contratação pública, atesta, uma vez mais, a preocupação do SUCH em garantir que a contratação de terceiros seja feita em conformidade com os princípios da transparência, imparcialidade e concorrência.

185. Ademais, importa ainda destacar o **recurso aos acordos-quadro** existentes com vista ao «abastecimento» do SUCH. Tal decorreu do facto da Central de Compras, operacionalizada pelo SOMOS COMPRAS, ter estendido aos seus Agrupados os benefícios dos acordos-quadro da Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E, para diferentes categorias de produtos, tais como

157

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

combustíveis, seguro automóvel, equipamento informático, papel, economato, equipamento e consumíveis de cópia e impressão, e serviços móveis.

186. Por último, importa ainda referir que as aquisições de meios físicos, tecnológicos e financeiros efectuadas pelos ACE criados pelo SUCH foram efectuadas através da realização de consultas dirigidas aos operadores económicos presentes no mercado, tendo ocorrido ainda em alguns casos a publicação de anúncios em jornais diários de grande circulação, tendo-se observado, no âmbito daqueles procedimentos, os princípios da imparcialidade e transparência. A título exemplificativo, importa lembrar os procedimentos realizados para *(i)* "Obtenção do Financiamento Intercalar"; *(ii)* "Fornecimento, Instalação, Configuração e Manutenção de Plataforma Tecnológica de Informática Distribuída"; e *(iii)* "Aquisição de Serviços Financeiros no âmbito da Concepção e Implementação de um Sistema de garantia de Pagamentos e Concessão de Créditos aos Promotores" — todos encetados pelo SOMOS COMPRAS, ACE.

187. Daqui resulta, em síntese, que, não obstante não ser uma entidade adjudicante, o SUCH tem observado, na contratação com terceiros, os princípios que norteiam a contratação pública e as boas práticas aplicadas na gestão de grandes empresas privadas, buscando sempre obter "as melhores condições de mercado".

158

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

7.3. EM TODO O CASO: DA INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INFRACÇÃO FINANCEIRA

7.3.1. DA NÃO QUALIFICAÇÃO COMO *ORGANISMO DE DIREITO PÚBLICO* E DA (CONSEQUENTE) INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE

188. A questão essencial para que se possa apreciar a legalidade do procedimento de cometimento a terceiros de serviços contratados ao SUCH pelos seus associados é, bem vistas as coisas, a de saber se o SUCH, enquanto *pessoa colectiva de utilidade pública administrativa*, está ou não submetido às regras comunitárias e nacionais da contratação pública. Nesta medida, tendo em conta que as infracções financeiras imputadas ao Conselho de Administração do SUCH se reportam a factos ocorridos tanto ao abrigo do actual regime de contratação pública, constante do CCP, como do anterior, consagrado em geral no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, **impõe-se demonstrar a sua não qualificação como entidade adjudicante** à luz de ambos os regimes.

189. No **quadro legal de 1999**, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, estabelecia, no artigo 3.º, n.º 2, a respeito da questão em apreço, o seguinte: "*são consideradas donos de obras públicas as entidades dotadas de personalidade jurídica, criadas para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial e em relação às quais se verifique uma das seguintes circunstâncias:*

a) Cuja actividade seja financiada maioritariamente por alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número;

b) Cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte de alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número;

c) Cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados por alguma das entidades referidas no número anterior ou no presente número".

159

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Por sua vez, dispunha o artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, que "*ficam sujeitas às disposições do capítulo XIII* [Disposições especiais de natureza comunitária] *do presente diploma as pessoas colectivas sem natureza empresarial que, cumulativamente, sejam:*

a) Criadas com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral;

b) Financiadas maioritariamente pelas entidades referidas no artigo anterior ou sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, direcção ou fiscalização cujos membros sejam em mais de 50% designados por aquelas entidades."

Estas disposições pretenderam, na altura, transpor para o direito interno normas comunitárias constantes da Directiva n.º 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho ("Directiva-Serviços"), da Directiva n.º 93/37/CEE, do Conselho, de 14 de Junho ("Directiva-Empreitadas") e da Directiva n.º 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho ("Directiva-Fornecimentos")[72].

Entretanto, a Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, e que apenas foi transposta posteriormente pelo CCP, procedeu à revogação da referida normação comunitária. Mas, no essencial, no que à questão aqui em apreciação concerne, nada de essencial se alterou. Com efeito, de acordo com o n.º 9 do artigo 1º desta Directiva, por *organismo de direito público* deve entender-se qualquer

[72] O legislador comunitário, nos preceitos assinalados, esclarece que se entende por organismo de direito público qualquer organismo: *i)* criado com o objectivo específico de satisfazer necessidades de interesse geral, *ii)* sem carácter industrial ou comercial, *iii)* dotado de personalidade jurídica, e *iv)* financiado maioritariamente pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, *ou* submetido a um controlo de gestão por parte dessas entidades, ou que tenham um órgão de administração *ou* de fiscalização cujos membros sejam, em mais de 50%, designados pelo Estado, por autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público. Cfr. o artigo 1.º alínea *b)*, da Directiva 92/50/CEE, o artigo 1.º, alínea *b)*, da Directiva 93/37/CEE e o artigo 1.º, alínea *b)*, da Directiva 93/36/CEE.

160

organismo: *"i) criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral com carácter não industrial ou comercial; ii) dotado de personalidade jurídica; e iii) cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público; ou cuja gestão esteja sujeita a controlo por parte destes últimos; ou em cujos órgãos de administração, direcção ou fiscalização mais de metade dos membros sejam designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público"*.

190. Perante o quadro normativo em vigor, **o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República** pronunciou-se no sentido de o SUCH estar abrangido pelo âmbito subjectivo dos citados preceitos dos diplomas legais nacionais de 1999 sobre contratação pública[73].

191. Idêntica conclusão foi adoptada num parecer, solicitado pelo próprio SUCH e datado de 11 de Março de 2005, cujo primeiro subscritor foi o Professor Diogo Freitas do Amaral.

Efectivamente, nesse Parecer, foi sublinhado que o primeiro requisito mencionado da noção de organismo de direito público – tratar-se de uma entidade criada com o objectivo de satisfazer necessidades de interesse geral – se verificava, uma vez que o SUCH colabora instrumentalmente com a Administração Pública na realização da tarefa, constitucionalmente tutelada, de protecção da saúde, e, nessa medida, pode considerar-se que contribui para a satisfação de necessidades de interesse geral.

Por outro lado, no mesmo Parecer, concluiu-se igualmente que, não obstante o espaço de autonomia em face do Estado assegurado ao SUCH, enquanto entidade privada de natureza associativa, o Governo dispunha de uma vasta panóplia de instrumentos jurídicos com vista a assegurar que, no cumprimento das atribuições de utilidade pública administrativa que lhe são

[73] Cfr. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 145/2001.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

confiadas, as decisões fundamentais do SUCH sejam efectivamente norteadas pela prossecução do interesse público

192. Posteriormente, o entendimento em causa – no sentido da sujeição do SUCH às regras gerais da contratação pública por força do controlo que sobre ele exerce o Estado – foi posteriormente criticado, se bem que num estudo que não se ocupava especificamente da questão, por Licínio Lopes[74].

Este Autor defendeu, na verdade, que, **estando em causa uma entidade privada, a simples existência de uma relação de tutela só permite a qualificação como *organismo de direito público* em situações excepcionais**. Ou seja, neste entendimento, não é legítimo, à partida, qualificar uma entidade privada como organismo de direito público, isto para efeitos da aplicação do regime da contratação pública, com base apenas na existência de uma relação de tutela ou de controlo de gestão. É certo que o regime legal da contratação acima identificado parece ir nesse sentido. A verdade, porém, é que ele deve ser interpretado de acordo com a Constituição. A própria *ratio* do regime é a racionalização e transparência da gestão de fundos públicos, o que aponta para que a limitação à liberdade de contratação de entidades de direito privado apenas seja justificada se o financiamento do contrato for garantido integral ou maioritariamente por fundos públicos. Doutro modo: o regime contratual público "deverá ser observado naquelas situações – e apenas nestas – em que o financiamento seja maioritário"[75].

E, na verdade, no sentido deste entendimento, sempre se poderia sublinhar a natureza privada de uma entidade de natureza associativa e dotada, em face do actual regime constitucional e, concretamente, do direito de autonomia privada decorrente da Constituição, de uma larga margem de

[74] L. LOPES MARTINS, "Aplicação do regime jurídico de empreitada de obras públicas às Instituições particulares de solidariedade social", in *CJA*, n.º 55, pp. 17 ss..

[75] L. LOPES, "Aplicação do regime jurídico", p. 33.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

autonomia perante a intervenção do Estado. Aliás, neste sentido, já no citado Parecer de 11 de Março de 2005 se concluíra que o artigo 418.º do Código Administrativo, ao afirmar o princípio da sujeição das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa à tutela do Estado, sem enunciar e densificar as modalidades de tutela admitidas, não se aplicava *de per si*. E, com ressalva da tutela inspectiva e fiscalizadora prevista no artigo 420.º do Código Administrativo, a generalidade dos poderes de tutela consagrados no Código Administrativo – com a amplitude das previsões normativas e o seu reduzido nível de densificação – envolve compressões desproporcionadas – e, nessa medida, inconstitucionais – do espaço de autonomia que, numa ordem constitucional assente no pluralismo jurídico e social, deve ser reconhecido às pessoas colectivas de utilidade pública administrativa.

193. Em 2006, o SUCH procedeu a uma **alteração estatutária**, através da qual acentuou a dimensão privatista e procedeu ao enfraquecimento dos poderes de tutela do Ministério da Saúde, o que implicou a perda do controlo directo exercido pelo Estado.

Desta forma, a alteração dos Estatutos do SUCH veio assim resolver a questão em torno da qualificação do SUCH como entidade adjudicante, implicando, em conformidade com as conclusões alcançadas pelo Professores Freitas do Amaral e Rui Medeiros no referido Parecer, a sua não qualificação como organismo de direito público e, desse modo, a sua não sujeição às regras da contratação pública.

Esta alteração estatutária – que manteve total fidelidade à missão do SUCH enquanto instrumento de auto-satisfação das necessidades dos seus associados – teve assim em vista reduzir significativamente o risco de uma actuação que viesse, *a posteriori*, a ser qualificada como ilegal, uma vez que, sem a supressão dos poderes de intervenção do Governo mais significativos, não

163

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

estava garantido que uma leitura no sentido da sua não sujeição ao regime da contratação pública fosse considerada legítima.

O próprio Tribunal de Contas veio confirmar, recentemente, que a alteração introduzida aos Estatutos em 2006 alcançou o objectivo pretendido. Como se pode ler no Acórdão n.º 6/2010, de 25 de Fevereiro, da 1.ª Secção, em subsecção, do Tribunal de Contas "*face a essas mutações* [dos Estatutos], *pode afirmar-se que o actual SUCH constitui uma entidade com características diversas daquela que existia à data da emissão do Parecer da PGR atrás referido. Na verdade, não só se assistiu a uma redução dos poderes tutelares e de controlo do Estado, como se reforçou a sua natureza privada e associativa (…)*".

194. Com a entrada em vigor do CCP, e perante as novas disposições sobre o âmbito subjectivo de aplicação, o Conselho de Administração do SUCH – revelando sempre um grau de diligência particularmente elevado –veio solicitar, novamente, ao Professor Freitas do Amaral, um parecer sobre o seu enquadramento jurídico em face do novo regime.

Nesse parecer, para além de se ter concluído que o CCP não tinha introduzido qualquer alteração significativa ao nível do conceito de *organismo de direito público* entendeu que o SUCH, pela sua natureza jurídica, não se encontra submetido à aplicação do regime jurídico da contratação pública, na medida em que não é passível de qualificação como "*entidade adjudicante*" à luz desse regime. Reconheceu-se, por isso, que a alteração estatutária introduzida em 2006, ao ter enfraquecido os poderes de tutela, obsta a que, desde aquele momento e até à presente data, o SUCH possa ser qualificado como um organismo de direito público.

195. Por aqui se vê, portanto, que, após a alteração estatutária de 2006, quer à luz do anterior quer à luz do actual regime, o SUCH não tinha que ter observado qualquer procedimento público de contratação para o cometimento dos serviços, identificados no RELATO, respectivamente, ao Consórcio

164

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

SUCH/EUREST[76], ao SUCH-DALKIA, ACE[77], ao SOMOS COMPRAS, ACE e ao SOMOS PESSOAS, ACE. Não se verificando qualquer comportamento ilícito, não pode, assim, haver lugar à efectivação de responsabilidade financeira sancionatória dos membros do Conselho de Administração do SUCH e, de igual modo, dos associados envolvidos.

7.3.2. DA INEXISTÊNCIA DE UM COMPORTAMENTO CULPOSO E CENSURÁVEL

196. Sem prejuízo do que atrás se expôs, importa referir que, mesmo que estivéssemos perante condutas ilícitas – o que, sublinhe-se, apenas se admite por mera cautela de patrocínio –, certo é que **não se encontram reunidas as condições legais de imputação subjectiva**.

Com efeito, a efectivação de responsabilidades financeiras não depende apenas da prova da ilicitude e consequente *imputação objectiva*, tendo sempre que, num segundo momento, proceder-se à tarefa central e mais decisiva que consiste na avaliação da susceptibilidade de os factos identificados fundamentarem a imputação individual de responsabilidades subjectivas de natureza sancionatória. Tal avaliação afigura-se indispensável porque, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 61.º da LOPTC, aplicável *ex vi* n.º 3 do artigo 67.º da mesma lei, a responsabilidade sancionatória *"só ocorre se a acção for praticada com culpa"*.

---

[76] De referir que, mesmo que assim não se entenda, o consórcio SUCH/EUREST prestou serviços de alimentação ao CHVNGE, no âmbito da subcontratação feita pelo SUCH, ao abrigo do disposto no protocolo celebrado com o CHVNGE. Nesta medida, não estando aqui em causa nenhuma das situações elencadas no artigo 317.º do CCP; para as quais tal possibilidade se encontra vedada, o SUCH agiu em conformidade com o disposto na lei.

[77] Incluem-se também aqui, para além das infracções financeiras relacionadas com a instalação de centrais de cogeração, que se analisarão de seguida com maior detalhe, a infracção financeira relativa à aquisição de serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas pelo CHLO (cfr. Quadro III). Veja-se que, também para este caso, e independentemente da qualificação do SUCH, ocorreu uma subcontratação do SUCH-DALKIA, ACE , como o próprio Tribunal o reconhece, pelo que, não estando em causa nenhuma das limitações previstas no artigo 317.º do CCP, verifica-se que tal procedimento foi feito em conformidade com a lei.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Pretende, pois, avaliar-se qual a responsabilidade individual que os titulares concretos dos órgãos administrativos tiveram na prática de ilegalidades financeiras, por forma a verificar se a sua conduta foi pessoal e subjectivamente censurável – tão censurável que justifique a aplicação de multas dotadas de um carácter sancionatório. Isto significa que, ao juízo objectivo quanto à ilegalidade de uma conduta, tem de acrescer uma avaliação da responsabilidade subjectiva de concretos agentes.

197. Neste sentido, como bem se reconheceu na Sentença n.º 1/2004 (Processo n.º 6/JRF/2003), ao admitir "*a relevância da culpa no comportamento dos responsáveis*", o legislador pressupõe que "***a responsabilidade financeira, por outro lado, apesar de depender da prática de actos ou omissões objectivamente qualificados como infracções financeiras, não tem natureza objectiva***".

Por isso, tal como resulta da jurisprudência uniformizada do Tribunal de Contas, o facto de «*se apela*[r], *na Lei n.º 98/97, à necessidade de se comprovar a culpa do agente como elemento integrador da infracção*» «*impõe o recurso ao direito penal e aos conceitos de culpa aí definidos*», «*sendo pacífico que os conceitos enformadores dos diversos regimes sancionatórios nas múltiplas áreas do Direito se devem adequar aos princípios e conceitos enformadores do direito penal, onde estão mais solidificados e têm recebido desenvolvido tratamento*», pelo que «*um dos princípios basilares* [do ordenamento jurídico-penal, aplicável ao processo de julgamento de responsabilidades financeiras] *reside na compreensão de que toda a pena tem de ter como suporte axiológico-normatico uma culpa concreta*» (cfr., entre tantas outras, as Sentenças n.º 14/2006 [Processo n.º 6/JFR-2006] e n.º 14/2005 [Processo n.º 2-M/2005], bem como o Acórdão n.º 1/2003, do Plenário da 3.ª Secção do Tribunal de Contas).

É por isso que, para a protecção das garantias individuais, a qual é inerente a uma avaliação da *responsabilidade subjectiva* fundamentada na culpa, é postulado indiscutível o de que, com o máximo rigor e elevado grau de concretização, "*a lei define os pressupostos da responsabilidade financeira, estabelece*

166

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

tipicamente os responsáveis, determina as inter relações na respectiva obrigação e fixa também os modelos de avaliação da culpa" (cfr. Sentença n.º 1/2004 [Processo n.º 6/JFR/2003]).

Em concreto, a lei estabelece, de forma clara e taxativa, que *(i) "a responsabilidade (…) recai sobre o agente ou agentes da acção"* (cfr. n.º 1 do artigo 61.º, aplicável *ex vi* n.º 3 do artigo 67.º, ambos da LOPTC) — hipótese em que se verifica uma *"responsabilidade directa"* (cfr n.º 2 do artigo 62.º) — ou, ainda, *(ii)* nos casos expressamente indicados na lei, sobre os responsáveis *"subsidiários"* referidos, de modo taxativo, no n.º 3 do artigo 62.º da LOPTC.

Isto significa que, de acordo com as palavras bem esclarecedoras do Juiz Conselheiro Amável Raposo, *"perante um facto previsto na lei como dando lugar a responsabilidade financeira, importa, então analisar quem o praticou, ou, havendo omissão ilícita, quem tinha o dever funcional de o praticar. Esse será o autor material do facto e, em razão disso, em primeira linha, responsável"*.

198. Ora, atento o exposto no ponto anterior, facilmente se percebe a falta de censurabilidade da conduta adoptada pelos membros do Conselho de Administração do SUCH relativamente a quaisquer dos factos que lhe são imputados.

Com efeito, perante as dúvidas suscitadas em torno da qualificação do SUCH e da sua sujeição às regras da contratação pública, as pessoas em causa tiveram o zelo e o cuidado de *(i)* num primeiro momento e na sequência das conclusões do Parecer subscrito, em primeiro lugar, pelo Professor Freitas do Amaral, promover as alterações estatutárias necessárias para acentuar a natureza privada do SUCH (se bem que num quadro de total fidelidade à missão genética desta Associação) e afastar o risco de uma interpretação no sentido da qualificação do SUCH como entidade adjudicante; e, *(ii)* num segundo momento, aquando da alteração ao regime da contratação pública até então vigente, solicitar novo parecer ao Professor Freitas do Amaral, com vista à análise do enquadramento da natureza jurídica do SUCH à luz do regime constante do CCP.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Por aqui se vê, portanto, que tanto as condutas adoptadas ao abrigo do anterior regime como aquelas que foram adoptadas ao abrigo do actual estiveram sempre suportadas na douta opinião jurídica do decano dos administrativistas portugueses.

199. Todos os elementos existentes evidenciam, assim, a convicção dos membros do Conselho de Administração do SUCH quanto à licitude da sua conduta, afastando, por isso, qualquer possibilidade de um juízo de censurabilidade que sustente a condenação de cada um como agente culposo, razão pela qual se deve concluir liminarmente pela inexistência de qualquer responsabilidade financeira sancionatória.

168

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§8.º
O PRECEDENTE DO SUCH-DALKIA

8.1 INTRODUÇÃO

200. A questão das centrais de cogeração e dos contratos que se lhe encontram subjacentes também é abordada no RELATO (n.º 1, páginas 16 a 17, e n.º 7.2., páginas 51 a 54), sendo-lhe dado um enquadramento que, em síntese, se traduz no seguinte:

a) Diversos associados do SUCH celebraram com este contratos, tendo em vista *(i)* a instalação e *(ii)* a exploração de centrais de cogeração, *(iii)* o fornecimento de energia térmica àquelas primeiras entidades e *(iv)* o fornecimento de energia eléctrica à Rede Eléctrica de Serviço Público;

b) Tais contratos foram celebrados sem precedência de procedimentos pré-contratuais públicos;

c) O investimento era da responsabilidade do SUCH;

d) A amortização desse investimento era assegurada através dos proveitos do fornecimento de energia;

e) Findos os contratos, os equipamentos ficavam propriedade dos associados contratantes;

f) Os contratos assentaram em estudos previsionais, concluindo no sentido do respectivo equilíbrio económico;

g) Os contratos integravam cláusulas permitindo o controlo da respectiva execução financeira pelos associados contratantes;

h) Os referidos contratos permitiam a cedência de direitos e obrigações por parte do SUCH;

169

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

i) O SUCH cedeu tais direitos e obrigações ao SUCH-DALKIA, SERVIÇOS HOSPITALARES, ACE – um agrupamento complementar de empresas com participações de 50% do SUCH e da DALKIA, EMPRESA DE SERVIÇOS, CONDUÇÃO E MANUTENÇÃO DE INSTALAÇÕES TÉCNICAS, S.A.;

j) A SUCH-DALKIA, ACE assumiu, assim, a execução e a exploração do projecto;

k) Os proventos decorrentes da actividade do ACE eram repartidos entre os seus membros.

Em face deste enquadramento, entende-se, no RELATO, também em síntese:

a) Que os contratos celebrados deveriam ter sido antecedidos de procedimentos adjudicatórios públicos;

b) Que a não realização de tais procedimentos configuraria, eventualmente, a prática da infracção financeira, geradora de responsabilidade financeira sancionatória, prevista na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na sua redacção actual, por parte dos membros dos conselhos de administração do SUCH, do Hospital de São João, E.P.E., do Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E., e do Hospital de Santo André, E.P.E. (estando a responsabilidade dos membros dos conselhos de administração dos restantes associados contratantes desde logo excluída, por prescrição).

201. Mas, na realidade, **nem o referido enquadramento se mostra completo (ou mesmo correcto, na sua plenitude), nem as conclusões extraídas se conformam com o Direito aplicável**.

170

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

8.2 VANTAGENS DA COGERAÇÃO

202. Em qualquer caso, antes de prosseguir, e uma vez que o Tribunal de Contas está legitimamente preocupado com a racionalidade económico-financeira das decisões de contratação, importa deixar claro que **os projectos de cogeração se traduzem numa forma exemplar de boa gestão dos recursos públicos, comportando benefícios quantitativos e qualitativos para as instituições de saúde, para a sustentabilidade da globalidade do SNS e – há que dizê-lo – para o conjunto do erário público**.

203. Em termos sumários, pode dizer-se que **as centrais de cogeração consistem em instalações de produção de energia eléctrica dotadas de maior eficiência**, na medida em que, ao contrário das centrais termo-eléctricas convencionais, potenciam um maior aproveitamento da energia gerada pelo consumo de combustível, mediante a respectiva conversão noutra fonte de energia (energia térmica). De facto, os sistemas convencionais logram apenas converter um terço da energia do combustível em energia eléctrica, consubstanciando os restantes dois terços perdas sob a forma de calor. A cogeração, pelo contrário, assegura a produção de energia eléctrica em termos que permitem a utilização do calor que no processo convencional inevitavelmente se perderia.

Assim, as centrais de cogeração, para além de energia eléctrica, garantem a produção e fornecimento de calor — ou seja, de energia térmica — para consumo local, sem aumentar a quantidade de combustível utilizada no processo. Por este motivo, a cogeração tem sido associada à produção combinada de calor e electricidade[78], sujeitando-se ambas essas formas de energia a destinos e regimes diferenciados.

[78] Cfr. artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 538/99, de 13 de Dezembro (diploma que aprova as normas aplicáveis à produção de co-geração), na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 313/2001, de 10 de Dezembro.

171

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

A electricidade produzida através de mecanismos de cogeração pode ser prioritariamente fornecida ao estabelecimento que seja o principal consumidor da energia térmica gerada. Todavia, quando tal não suceda ou, sucedendo, quando a energia eléctrica produzida exceda as necessidades de consumo do referido estabelecimento, o gestor da cogeração (igualmente denominado por "cogerador") pode fornecer electricidade ao RESP, nas condições estabelecidas no Decreto-Lei n.º 538/99, de 13 de Dezembro.

Por seu turno, a energia térmica aproveitada destina-se essencialmente a ser consumida pelo estabelecimento em que se insere a central de cogeração ou que seja contíguo à respectiva área de implantação, permitindo, assim, suprir as respectivas necessidades de aquecimento, ventilação e ar condicionado, e podendo igualmente servir — ainda que em menor extensão e já sob a forma de vapor e água quente —, para outras utilizações, tais como lavandarias, cozinhas e esterilização.

Por fim, cumpre sublinhar que, de acordo com as normas legais estabelecidas, o financiamento do método de cogeração é assegurado através da consagração de uma obrigação de compra, pela RESP, da energia eléctrica produzida pelas instalações de cogeração e, bem assim, pela estipulação de tarifários de venda de energia adequados a "*proporcionar uma suficiente estabilidade às receitas que o co-gerador auferirá ao longo do período normal de recuperação dos investimentos em instalações similares, por forma a não onerar tais investimentos com níveis desadequados de risco*"[79].

204. O **financiamento do método de cogeração é primacialmente assegurado pela venda à RESP da energia eléctrica produzida**, de acordo com os tarifários de venda de energia legalmente estabelecidos, de modo a "*proporcionar uma suficiente estabilidade às receitas que o co-gerador auferirá ao longo do período normal de recuperação dos investimentos em instalações similares, por forma*

[79] Cfr. alínea *b)* do n.º 4 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 538/99, de 13 de Dezembro.

172

a não onerar tais investimentos com níveis desadequados de risco" [cfr. alínea *b)* do n.º 4 do artigo 10.º do Decreto-lei n.º 538/99, de 13 de Dezembro].

205. Por outro lado, é ainda de referir a **diminuição substancial da factura energética que o sistema de cogeração proporciona aos associados do SUCH**. Com efeito, as centrais de cogeração consistem em instalações de produção de energia eléctrica dotadas de maior eficiência, na medida em que, ao contrário das centrais termo-eléctricas convencionais, potenciam um maior aproveitamento da energia gerada pelo consumo de combustível, mediante a respectiva conversão noutra fonte de energia (energia térmica). Essas centrais possibilitam, assim, a obtenção de uma redução no custo global das energias consumidas.

206. Por seu turno, quanto aos **benefícios ambientais**, importa destacar que o projecto de cogeração potencia, em geral, a redução das emissões de gases de efeito de estufa (700 ton/ano de CO2), em linha com as recomendações do Governo e os acordos europeus firmados nesse âmbito. Neste sentido, atente-se no teor das políticas e medidas adicionais constantes do PNAC 2006 (Programa Nacional para as Alterações Climáticas, aprovado pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 104/2006, de 23 de Agosto). Idêntica relevância assume o Plano Nacional de Acção para a Eficiência Energética – Portugal Eficiência 2015, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 80/2008, de 20 de Maio, no qual se prevê, como medida fundamental, a criação de centros de produção de energia em unidades hospitalares de grande e média dimensão, que garantam produção endógena de energia eléctrica e calor para cobrir parcialmente as necessidades eléctricas e térmicas dos edifícios hospitalares de um modo economicamente viável.

8.3 CRÍTICA DA ARGUMENTAÇÃO CONSTANTE DO RELATO: ASPECTOS GERAIS

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

207. Importa, porém, avançar. É que, **para além da bondade económico-financeira das opções tomadas, não há, no procedimento em causa, qualquer espaço para um juízo de ilicitude**.

208. Desde logo, **os contratos aqui em causa não geram qualquer despesa pública. Por esse motivo, é manifesto que não se encontra preenchido o tipo sancionatório (desde logo, objectivo) previsto na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto**. Em boa verdade, para que a referida alínea possa ser, sequer, invocável, não basta alegar que um regime de contratação pública supostamente aplicável não teria sido cumprido – pois que a referida norma, pura e simplesmente, não tutela o cumprimento de tal regime. Pelo contrário, teria que se demonstrar que os contratos em causa implicaram alguma assunção, autorização ou pagamento de despesa pública. Ora, não se tendo verificado qualquer dessas realidades, o tipo não se mostra preenchido.

209. Mas, ainda que assim não fosse – e é! – também se impunha, em qualquer caso, a demonstração de que a não tramitação de procedimentos pré-contratuais públicos correspondia a um incumprimento do regime da contratação pública. E, para tanto, seria imprescindível ter em conta que as actividades relativas à cogeração se integram nos designados *sectores especiais*. Ora, o RELATO é totalmente omisso quanto a esta matéria, sendo que, se tal omissão não tivesse ocorrido ter-se-ia verificado que, **nas situações aqui relevantes – em particular, nas subcontratações do SUCH ao SUCH-DALKIA, ACE –, os procedimentos pré-contratuais não eram juridicamente exigíveis**, fosse por ausência de imposição legal nesse sentido, fosse por verificação dos requisitos das relações *in house*, tal como regulados no contexto específico dos referidos sectores especiais – nos quais, aliás, a possibilidade de existência de privados é muito maior no que nos demais sectores de actividade. Estes pontos serão desenvolvidos, mais adiante.

174

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

210. Finalmente, ainda que assim também não fosse – e continua a sê-lo! –, verificar-se-ia **a existência de múltiplas circunstâncias que degradariam qualquer imputação subjectiva de ilícitos geradores de responsabilidade financeira sancionatória** (a bem dizer, de qualquer forma de responsabilidade financeira). E isto, quer no que respeita a um eventual grau de ilicitude, seja no que se refere a uma eventual culpa.

211. Com efeito, a perspectiva que agora se procura sustentar no RELATO é contrária àquela que, quer de forma implícita, quer de forma expressa, enformou, durante largo período de tempo, as posições do Tribunal de Contas neste domínio. De facto, **durante anos, o Tribunal de Contas não suscitou qualquer questão quanto à legitimidade ou à legalidade das actuações aqui em causa** – ao ponto de, como se reconhece no RELATO, múltiplas supostas infracções (as ligadas aos projectos de cogeração na Unidade Local de Saúde de Matosinhos, E.P.E., no Hospital Garcia de Orta, E.P.E., ou Centro Hospitalar de Lisboa Central, E.P.E.) se mostrarem prescritas. Por outro lado – e conforme se reconhece no RELATO –, a partir do momento em que algumas questões começaram a ser levantadas, imediatamente se determinou a não realização de quaisquer eventuais novas diligências neste domínio.

8.4 QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM A SUCH-DALKIA, ACE COMO SITUAÇÕES DE SUBCONTRATAÇÃO LEGÍTIMAS

212. Noutro plano, deve ter-se em atenção que **o que no RELATO se designa, sem mais desenvolvimentos, como *cedência de direitos e obrigações do SUCH ao SUCH-DALKIA, ACE* constitui, na verdade, subcontratação – e não uma qualquer cessão da posição contratual, que implicaria o abandono, pelo SUCH, dos projectos de cogeração**. E este é um aspecto relevante, tendo em

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

conta o que a seguir se expõe, relativamente à não exigibilidade de procedimentos adjudicatórios públicos.

213. Na verdade, por via dos contratos com ele celebrados, o SUCH-DALKIA, ACE, assume a responsabilidade pela execução e exploração dos projectos de cogeração, nas condições fixadas entre o SUCH e o seu associado. Mas nem por isso (bem diversamente!) o SUCH-DALKIA, ACE, adquire uma posição de parte contratante com o associado do SUCH. Por conseguinte, **o ACE não passa a integrar o âmbito subjectivo da ligação contratual com aquele mesmo associado**. É por isso, aliás, que o SUCH-DALKIA, ACE fica obrigado a fornecer ao SUCH todas as energias eléctricas térmicas produzidas no âmbito do Protocolo e necessárias aos consumos internos dos associados do SUCH, cabendo a este proceder ao fornecimento dessas energias aos associados.

Desta forma, é evidente que os contratos celebrados com o ACE não têm o efeito de uma cessão de posição contratual. De facto, por força da respectiva celebração, o SUCH-DALKIA, ACE não passa a ser directamente responsável perante as instituições de saúde pela execução das prestações que lhe compete. O SUCH- DALKIA, ACE antes actua na qualidade de subcontratado do SUCH, o qual permanece integralmente responsável pelo exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais anteriormente assumidas.

214. Ora, a subcontratação corresponde a um fenómeno de "*sucessão de contratos*"[80], cujos termos não tendem a afectar a situação jurídica dos sujeitos primitivamente envolvidos. Assim, **nos casos de subcontratação — ao contrário do que sucede na cessão da posição contratual —, as partes no contrato principal não perdem essa qualidade**.

[80] Cfr. F. MODERNE, *La Sous-Traitance …*, *cit.*, p. 22, *apud* J. LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato…*, p. 26.

176

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

215. Ambas as figuras que ora se descrevem encontram tratamento específico no regime jurídico dos contratos públicos. Concretamente, e tendo em conta as datas da celebração dos vários contratos aqui relevantes, importa destacar os artigos 248.º e 266.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 22 de Dezembro, aludindo à subempreitada de obras públicas[81], bem como os artigos 316.º e seguintes do CCP. Ora, **no que se refere ao procedimento de formação dos contratos no âmbito de uma subcontratação, o facto de o adjudicatário ter sido escolhido por ajuste directo não constitui qualquer limite à admissibilidade da subcontratação sem procedimento concorrencial. O único limite, para utilizar a linguagem da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 317.º do CCP, respeita às situações em que a escolha do co-contratante tenha sido determinada por ajuste directo, nos casos – e apenas nestes casos – e, que só possa ser convidada uma entidade. Não é manifestamente o que se verifica nos contratos de cogeração celebrados entre os associados do SUCH e o próprio SUCH.**

8.5 DA NÃO SUJEIÇÃO DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM O SUCH-DALKIA, ACE ÀS REGRAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA POR FORÇA DO REGIME PARTICULAR APLICÁVEL NOS SECTORES ESPECIAIS

216. Isto dito, cumpre ainda acrescentar, agora a partir de outro argumento, que **a celebração dos contratos com o SUCH-DALKIA, ACE, não se encontrava sujeita a qualquer procedimento pré-contratual público, atento o regime jurídico aplicável à contratação no domínio dos sectores especiais**. Tal

[81] Cfr. acórdãos *ANAV*, de 6 de Abril de 2006 (Proc. n.º C-410/04), e *Comissão/Áustria*, de 10 de Novembro de 2005 (Proc. n.º C-29/04).

177

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

é o que se fará já de seguida, principiando pela demonstração da integração das actividades aqui em causa nestes sectores.

217. Todos os contratos aqui em causa se prendem com o exercício de actividades integradas nos designados sectores especiais, mais concretamente com a *alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da distribuição de electricidade*, nos termos, sucessivamente, do artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto, e do artigo 9.º, n.º 1, alínea *a)*, do CCP.

De facto, como acima foi posto em evidência, os contratos de cogeração têm por objecto a subcontratação pelo SUCH ao SUCH-DALKIA, ACE de tarefas de construção e exploração de centrais de cogeração. E a esta actividade acresce outra, traduzida no fornecimento da electricidade produzida (que não seja consumida pelo beneficiário da energia térmica) ao RESP, nas condições estabelecidas no Decreto-Lei n.º 538/99, de 13 de Dezembro, e de acordo com os tarifários de venda fixados em portarias do Ministro da Economia[82]. Esta vertente encontra-se expressamente referida nos protocolos de cogeração e nos contratos tripartidos em apreço, através da referência ao "*fornecimento de electricidade, produzida pela Cogeração, para a Rede Eléctrica Nacional*".

Mostra-se, pois, claro que as actividades desenvolvidas pelo SUCH ao abrigo dos protocolos de cogeração, com as quais se prende o objecto dos contratos celebrados com o SUCH-DALKIA, ACE, conduzem à *alimentação de redes fixas de prestação de serviços ao público no domínio da distribuição da electricidade* (em regra, da *rede nacional de distribuição*, em média e alta tensão, concessionada à EDP Distribuição). De facto, a energia eléctrica produzida através das centrais de cogeração cuja instalação e exploração é assegurada pelo SUCH destina-se a ser fornecida, na sua totalidade ou em parte, à RESP, a qual é constituída pelo "*conjunto das instalações de serviço público destinadas ao transporte e à distribuição de electricidade que integram a Rede Nacional de Transporte*

[82] Cfr. Portarias n.ºs 58/2002, 57/2002, 60/2002, todas de 15 de Janeiro.

178

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

(RNT), a Rede Nacional de Distribuição (RND) e as redes de distribuição de electricidade em baixa tensão"[83].

Mais: esta realidade não é prejudicada pelo facto de as centrais de cogeração envolverem o aproveitamento de calor resultante do processo de produção eléctrica. É que é o próprio legislador insere a cogeração no âmbito das *actividades de produção de energia eléctrica em regime especial*, a par da geração com utilização de recursos endógenos e renováveis (cfr. artigos 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro) - sendo, aliás, que, atendendo à sua estreita ligação com "*os princípios da utilização racional dos recursos naturais, da sua preservação e da manutenção do equilíbrio ecológico*", é concedida a essa actividade prevalência em matéria de gestão da capacidade da RESP, mediante a atribuição aos respectivos promotores de um direito à entrega da energia eléctrica produzida nas infra-estruturas dessa rede (cfr. artigos 4.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de Dezembro).

218. Parte dos contratos de cogeração foi celebrada ainda antes de Dezembro de 2001 e, portanto, ainda antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto. Daqui se extrai que no momento em que tais contratos foram outorgados não se encontravam sujeitos àquele diploma, nem a qualquer outro regime legal português sobre sectores especiais anteriormente vigente, visto que aquele diploma legal foi o primeiro a proceder à transposição da Directiva 93/38/CEE, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. Antes disso, portanto, os sectores em causa não eram *especiais*, mas sim pura e simplesmente *excluídos* do âmbito da contratação pública.

[83] Cfr. artigo 3.º, alínea *ee*), do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

179

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

219. Em qualquer caso – e debruçando-nos, agora, sobre os contratos posteriores à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto, ou do CCP –, **é aplicável à relação entre o SUCH e o SUCH-DALKIA, ACE, a excepção *in house*, seja nos termos do disposto no artigo 13.º da Directiva n.º 93/38/CEE, seja nos termos do CCP. Pelo que, também por aqui não seriam aplicáveis quaisquer regras de contratação pública**.

De acordo com a actual disposição do CCP (cfr. artigo 13.º), que dispõe em termos semelhantes aos do artigo 13.º da referida Directiva, consideram-se não abrangidos pelas regras de formação de contratos públicos *os contratos celebrados entre uma entidade adjudicante abrangida pela alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º* (ou seja, por um organismo de direito público) *e uma empresa sua associada.* Simultaneamente, o n.º 3 do artigo 13.º exige que "*pelo menos, 80 % da média do volume de negócios da empresa associada nos últimos três anos, em matéria de obras, de bens móveis ou de serviços, consoante o caso, provenha da realização dessas obras, do fornecimento desses bens ou da prestação desses serviços à entidade à qual aquela se encontra associada ou, caso a empresa associada esteja constituída há menos de três anos, desde que esta demonstre, nomeadamente por recurso a projecções da sua actividade, que o respectivo volume de negócios é credível*".

Os requisitos da aplicação da excepção *in house*, no contexto específico dos sectores especiais são, portanto, dois: *(i)* o adjudicatário ser uma empresa associada da entidade adjudicante; e *(ii)* cumprimento dos critérios quantitativos com base nos quais o legislador comunitário veio definir, neste específico domínio, o requisito do *essencial da actividade* (cfr. citado n.º 3 do artigo 13.º do CCP). E a verdade é que ambos se encontram preenchidos, sem margem para dúvidas, nas situações que aqui relevam.

220. No que toca ao **primeiro requisito – *qualificação do adjudicatário como empresa associada* –**, importa ter em atenção o disposto no artigo 14.º do CCP (de teor essencialmente similar ao n.º 3 do artigo 1.º da

180

Directiva n.º 93/38/CEE e, bem assim, ao n.º 4 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto).

De acordo com esse preceito, considera-se empresa associada "*qualquer pessoa colectiva cujas contas anuais sejam consolidadas com as da entidade adjudicante, nos termos do disposto na Sétima Directiva n.º 83/349/CEE, do Conselho, de 13 de Junho, ou, no caso de a entidade adjudicante não se encontrar abrangida pela referida directiva: a) qualquer pessoa colectiva sobre a qual a entidade adjudicante possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em virtude, nomeadamente, de deter a maioria do capital social, a maioria dos direitos de voto, o controlo de gestão ou o direito de designar, directa ou indirectamente, a maioria dos titulares de um órgão de administração, direcção ou fiscalização; b) Qualquer pessoa colectiva que possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante sobre a entidade adjudicante, em virtude de qualquer uma das situações referidas na alínea anterior; c) Qualquer pessoa colectiva que, conjuntamente com a entidade adjudicante, esteja sujeita, directa ou indirectamente, à influência dominante de uma terceira entidade, em virtude de qualquer uma das situações referidas na alínea a)*" [84].

Por aqui se vê que o conceito de empresa associada não condiciona a natureza jurídica das entidades aí incluídas, sobretudo considerando que a noção comunitária de empresa abrange — com particular relevância ao nível do direito da concorrência —"*qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento*", considerando-se por actividade económica "*qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado*"[85].

A recondução do SUCH-DALKIA, ACE ao conceito de *empresa associada*, nos termos prescritos no artigo 14.º do CCP, depende, assim, tão-somente da averiguação de nexos de *influência dominante* entre esta e o SUCH. Em

[84] Cfr. artigo 14.º do CCP.

[85] Cfr., acórdão *Wouters*, de 19 de Fevereiro de 1992 (Proc. C-309/99), pontos 46 e 47.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

particular, atendendo à configuração do caso em apreço, poder-se-á demonstrar que o ACE representa uma *pessoa colectiva sobre a qual o SUCH pode exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante em virtude, nomeadamente, de deter o seu controlo de gestão*. Já não será, porém, necessário comprovar a detenção por parte do SUCH de um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços, ao contrário do que tem sido exigido pela jurisprudência comunitária para efeitos de aplicação da excepção *in house* fora dos sectores especiais. Com efeito, resulta do artigo 14.º do CCP que a *influência dominante* poderá passar pelo exercício de um *controlo de gestão* por parte da entidade adjudicante.

Este critério constitui uma cláusula geral subsidiária que não se confunde com os critérios, bastante mais concretos e densificados, do financiamento, direitos de voto ou nomeação da maioria dos membros dos órgãos de administração ou fiscalização. Com efeito, para assegurar a existência de um poder preponderante da Administração, não se afigura absolutamente necessária a existência de uma dependência financeira ou orgânica. Pelo contrário, são diversas as soluções que asseguram um controlo efectivo de determinada entidade por parte do Estado ou de outra entidade pública. É que, em rigor, numa óptica substancialista e funcional, a grande linha divisória está entre os particulares cujas decisões se pautam por interesses privados e as entidades de direito privado em relação às quais se possa afirmar que as grandes decisões são norteadas por interesses públicos. A exigência de que esteja em causa um sujeito privado submetido ao controlo de uma entidade adjudicante impõe, em suma, que a entidade privada esteja, numa determinada perspectiva, influenciada na sua actuação pelo interesse público[86].

Ora, atenta a própria natureza jurídica de um agrupamento complementar de empresas e em concreto a relação estabelecida entre o SUCH-

[86] Cfr. A. SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, I, Coimbra, 1993 (reimp.), pp. 185 ss..

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

DALKIA, ACE e os seus membros (SUCH e DALKIA), verifica-se que as razões que subjazem à exigência de *influência dominante* ao nível do controlo de gestão se encontram reunidas.

Com efeito, não se pode obliterar que, ao contrário das sociedades comerciais, um agrupamento complementar de empresas corresponde a um "*ente jurídico personalizado que, não podendo ter por fim principal a realização e partilha de lucros, foi instituído com o objectivo de melhorar as condições de exercício ou de resultado das actividades económicas dos sujeitos jurídicos singulares ou colectivos que o constituíram*"[87]. A natureza institucional que está na génese da criação desta entidade assume assim particular preponderância, na medida em que "*dá origem a uma comunhão de interesse-fim duradoiro a que o legislador resolveu estender ou aplicar também a técnica jurídica da personalização jurídica da pessoa colectiva*"[88]. Esta instrumentalidade particularmente evidente no caso de um agrupamento complementar de empresas é ainda demonstrada pela forma como os membros participam activamente na gestão do agrupamento constituído, o que não acontece nas sociedades comerciais.

De igual modo, deve tomar-se em consideração que o SUCH- DALKIA, ACE consiste numa entidade instrumental do SUCH, criada especificamente para prosseguir as atribuições originariamente cometidas ao SUCH. Neste sentido, tal como se retira dos seus estatutos, o SUCH- DALKIA, ACE tem em vista a realização de tarefas tendentes a "*gerir nas condições económicas, técnicas e sociais mais favoráveis as actividades dos membros relacionadas com a gestão e exploração de actividades de apoio em hospitais e outros serviços de apoio e instituições de saúde, designadamente o conjunto de serviços técnicos de manutenção de equipamentos e exploração de lavandaria, incineração de lixos, centrais, transportes e, ainda, gerir e explorar estas ou outras actividades, em relação a quaisquer entidades com*

[87] Cfr. JOSÉ ANTÓNIO PINTO RIBEIRO e RUI PINTO DUARTE, *Dos Agrupamentos Complementares de Empresas*, in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 118, 1980, p.63.

[88] Cfr. JOSÉ ANTÓNIO PINTO RIBEIRO e RUI PINTO DUARTE, *Dos Agrupamentos…, cit.*, p.63.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

as quais possa vir a contratar em hospitais" (cfr. artigo 2.º, n.º 1, dos Estatutos do ACE). Conforme resulta ainda do respectivo quadro estatutário, apenas *acessoriamente* o ACE visa "*a realização e partilha dos lucros resultantes da sua actividade*" (cfr. artigo 2.º, n.º 2, dos Estatutos do ACE).

E por aqui se vê que, no caso em apreço, não se verificam os motivos da "*desconfiança particular*" demonstrada pela jurisprudência comunitária "*em relação ao modelo empresarial em formato societário*". Atendendo à especial natureza jurídica deste ACE, não se concebe, de facto, a existência de um fundado risco de que aquele possa ser orientado por outras considerações, mormente, respeitantes a fins lucrativos, incompatíveis com a prossecução – inerente à referida natureza – de fins de interesse público (ou, por outras palavras, de *utilidade pública administrativa*). Pelo que o primeiro requisito se encontra preenchido.

221. Para além da existência de um controlo de gestão por parte do SUCH, **a instrumentalidade do SUCH- DALKIA, ACE, relativamente ao SUCH é ainda evidenciada pelo preenchimento do critério quantitativo – correspondente à afectação essencial de, pelo menos, 80% da média do volume de negócios obtido pela empresa associada, nos últimos três anos**.

Na verdade, a percentagem mínima exigida foi inclusivamente superada, uma vez que, tal como foi possível apurar, a facturação das actividades desenvolvidas pelo SUCH- DALKIA, ACE para o SUCH — seja directamente, seja indirectamente em benefício dos seus associados — correspondeu, por exemplo durante o ano de 2008, a 84% do volume de negócios.

222. Em face do que antecede, **comprova-se, portanto, que a celebração de contratos entre o SUCH e o SUCH- DALKIA, ACE, não se encontra sujeita a quaisquer procedimentos pré-contratuais públicos**, pelo que, ainda que tal fosse relevante para o preenchimento da previsão da alínea *b)*

184

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

do n.º 1 do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto – e não é, conforme acima se demonstrou –, mesmo assim não ficariam preenchidos os pressupostos de uma eventual efectivação de responsabilidade financeira sancionatória, nos termos desse mesmo preceito.

185

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§9.º
DOS NOVOS ACE

9.1. IDENTIFICAÇÃO DAS INFRACÇÕES FINANCEIRAS EM CAUSA

223. Conforme se referiu ao longo da presente pronúncia, o RELATO vem concluir por um conjunto de infracções financeiras, que se reportam ao facto de, durante a vigência dos Decretos-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, bem como durante a vigência do CCP, o SUCH ter cometido a entidades terceiras a execução de contratos públicos, os quais não foram precedidos dos procedimentos de contratação pública supostamente exigíveis por lei (cfr. página 36 do RELATO).

Concretamente, está em causa a (alegada) *(i)* aquisição de serviços de compras e logística ao SOMOS COMPRAS, ACE, pelo Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, E.P.E., Centro Hospitalar de Lisboa do Norte, E.P.E., Centro Hospitalar de Lisboa Central, E.P.E.; e *(ii)* a aquisição de serviços de gestão de recursos humanos ao SOMOS PESSOAS, ACE, pela ARS DO ALGARVE e ARS DO CENTRO.

Na óptica do Tribunal de Contas, a tónica da questão reside na escolha do parceiro privado – que integra o SOMOS PESSOAS, ACE e, no caso do SOMOS COMPRAS, ACE, que integrava até Março de 2009 – sem precedência de procedimento de contratação pública legalmente aplicável, referindo, quanto a esta parte, que "*embora a formação dos contratos de agrupamento complementar de empresas e de consórcio não estivesse sujeita ao regime jurídico da contratação pública, o facto de, por via deles, essas entidades virem a prestar serviços a entidades públicas adjudicantes, ainda que por intermediação do SUCH, vinculava esta entidade a aplicar aquele regime, se não aquando da celebração dos contratos de agrupamento ou de*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

consórcio, pelo menos aquando da atribuição em concreto dos contratos públicos com ele celebrados. As situações identificadas não se conformam nem o entendimento constante dos Pareceres do Conselho Consultivo da PGR nem com a doutrina da contratação "in house" na medida em que envolverem operadores económicos privados que não foram escolhidos com base em procedimentos de contratação pública" (cfr. página 37 do RELATO).

Nesta linha de raciocínio, o Tribunal de Contas vem, assim, concluir que a responsabilidade financeira, de natureza sancionatória, pela prática das referidas infracções financeiras recai tanto *(i)* no Conselho de Administração do SUCH, na medida em que, "*no respeito pelos princípios da transparência e igualdade entre os operadores económicos e como entidade adjudicante (...), deveria ter lançado um procedimento para a escolha do parceiro privado que permitisse a participação de todos os eventuais interessados*" (cfr. página 62 do RELATO); como nos *(ii)* Conselhos de Administração das entidades públicas adjudicantes acima referidas, porquanto "*não podiam ter aceite que os serviços que lhe seriam prestados, ao abrigo do contrato de adesão por elas celebrado, o fossem por uma entidade (o ACE) que, contando com um operador económico privado, não foi sujeita a qualquer procedimento prévio de contratação pública*" (cfr. página 62 do RELATO).

224. Atentas as considerações expostas no ponto § 7.º, mormente no que respeita à circunstância de o SUCH não poder ser qualificado como *organismo de direito público* e daí, consequentemente, como entidade adjudicante, ficou demonstrado, com meridiana clareza, a legalidade da conduta adoptada pelo SUCH, bem como do seu Conselho de Administração, sendo assim patente a inexistência de qualquer infracção financeira.

Sem prejuízo do exposto, tendo em consideração que a prestação de serviços pelos ACE – criados no quadro da constituição de serviços partilhados na saúde – apresenta algumas particularidades, impõe-se agora debruçarmo-

187

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

nos sobre a matéria com maior detalhe, procedendo à análise e contestação das considerações tecidas no RELATO.

9.2. DA LEGITIMIDADE NA CONSTITUIÇÃO DOS ACE

225. Em primeiro lugar, importa averiguar se os contratos constitutivos dos ACE deveriam ou não ter sido antecedidos de um procedimento concorrencial. Efectivamente, ainda que se considere que o SUCH é um organismo de direito público – matéria em que não se concede –, cumpre apurar se, em concreto, o contrato em formação é ou não daqueles que se encontra subtraído à exigência de um procedimento concorrencial prévio.

226. A constituição de um agrupamento complementar de empresas passa pela celebração de um contrato constitutivo. Todavia, quer em face do Direito Comunitário, quer à luz do Direito nacional, não existe qualquer regulamentação específica que imponha aos organismos públicos a obrigação de fazerem preceder a celebração de um contrato constitutivo de um ACE, mesmo que envolva a participação de privados, da adopção de um procedimento concursal.

O mesmo se diga, aliás, em relação ao contrato de sociedade. A conclusão é cristalina, quer em face da legislação anterior ao CCP, quer em face da delimitação negativa que se extrai do artigo 6.º do CCP. Ou seja, embora o CCP preveja especificamente a realização de procedimentos pré-contratuais com vista à celebração de contratos de sociedade, certo é que tal exigência não se impõe aos organismos de direito público. Com efeito, resulta da leitura conjugada dos n.º 1 e 2 do artigo 6.º que, quanto a essas entidades adjudicantes, a observância das regras relativas à formação dos contratos apenas se afigura obrigatória quando o objecto dos mesmos abranja prestações típicas de *(i)* empreitadas de obras públicas, *(ii)* concessão de obras públicas, *(iii)* concessão

188

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

de serviços públicos, *(iv)* locação ou aquisição de bens móveis, e *(v)* aquisição de serviços.

227. Em todo o caso, porém, antes da entrada em vigor do CCP, não se pode olvidar que se o contrato em causa fosse de qualificar como *administrativo* (cfr. artigo 178º do Código do Procedimento Administrativo – CPA), o regime geral previsto no CPA apontava, em regra, para a ideia de que a formação de contratos deste tipo deveria ser precedida de concurso público (cf. artigos 182º e 183º). Tudo está, pois, em saber se, nos casos referidos no RELATO, se estava perante um acordo de vontades tendente à constituição de uma "*relação jurídica administrativa* (cfr. artigo 178.º, n.º 1 do CPA).

A intercorrência entre um acordo celebrado entre as partes e uma relação jurídica administrativa é, pois, o critério de que a lei se serve para caracterizar o contrato administrativo e distingui-lo de outros contratos de direito público ou de contratos de direito privado. As dificuldades que se levantam na definição de relação jurídica administrativa – e, portanto, na delimitação da noção de contrato administrativo – levaram a doutrina a identificar um conjunto de factores, que poderão designar-se como *factores de administratividade* ou *marcas juspublicistas*, que, estando presentes num determinado acordo de vontades, abonam com maior grau de certeza a sua qualificação como contrato administrativo[89].

No entanto, desde a reforma do contencioso administrativo e, portanto, muito antes da entrada em vigor do CCP, a própria lei fornecia algumas indicações precisas sobre o que deveria entender-se por "sinais de administratividade", ao definir o âmbito da jurisdição administrativa, no *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais* (ETAF)[90], relativamente a litígios

[89] Para uma explanação dos diversos critérios possíveis de qualificação de um contrato administrativo, cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual da Administração Pública*, Coimbra, 1987, pp. 364 e ss..

[90] Aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, e alterado pelas Leis n.ºs 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, e 107-D/2003, de 31 de Dezembro.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

emergentes de questões relativas à interpretação, validade e execução de contratos, por referência a três tipos de contratos: *(i)* contratos de objecto passível de acto administrativo; *(ii)* contratos especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspectos do respectivo regime substantivo; *(iii)* contratos que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público (cf. artigo 4.º, n.º 1, alínea *f)*)[91]. O ETAF aponta, portanto, para a identificação de um contrato como administrativo através de dois factores: ou pelo respectivo *objecto*, como sucede quando o contrato é celebrado no contexto de uma relação que, pela sua própria natureza, é regulada pelo Direito Administrativo (um contrato que tenha um objecto passível de acto administrativo e que envolva, por isso, o exercício de poderes públicos); ou pelo *específico regime de direito substantivo* aplicável, seja por directa determinação da lei, seja por expressa remissão das partes, aí se enquadrando os contratos que prevejam poderes e prerrogativas especiais a favor da Administração.

228. Em face do que se disse, designadamente dos "critérios de administratividade de um contrato", verifica-se, pois, que os contratos constitutivos dos ACE em questão, celebrados antes da entrada em vigor do CCP, não podem ou devem ser qualificados como contratos administrativos, porquanto não preenchem os referidos critérios. Senão vejamos.

No que toca especificamente à constituição do SOMOS PESSOAS, ACE, trata-se, desde logo, de um contrato celebrado entre duas pessoas colectivas privadas.

---

[91] Realçando o contributo que o novo critério de delimitação do âmbito da jurisdição administrativa no domínio das relações contratuais da Administração pode trazer para a delimitação da figura do contrato administrativo, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, "Implicações de direito substantivo da reforma de contencioso administrativo", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, p. 78; e PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo no Nosso Tempo*, Coimbra, 2004 (reimpressão), p. 56.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

De todo o modo, em ambos os casos – quer no caso dos SOMOS PESSOAS, ACE, quer no caso do SOMOS COMPRAS, ACE -, o objecto não parece ser daqueles que poderiam figurar num acto administrativo. Depois, é evidente que nenhuma lei submete a celebração deste tipo de contratos por parte de uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa do tipo do SUCH a um enquadramento juspublicista. Por outras palavras, e ao contrário do que se pode porventura defender a respeito da natureza dos contratos constitutivos de empresas municipais e intermunicipais, não existe, neste domínio, uma lei que, de modo paralelo ao que resulta da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, estabeleça um enquadramento específico de direito público que nos permita qualificar os contratos constitutivos dos ACE como administrativos.

Nestes termos, conclui-se que o contrato celebrado entre o SUCH e a CAPEGEMINI PORTUGAL, SERVIÇOS DE CONSULTORIA E INFORMÁTICA, S.A., por um lado, e o contrato celebrado entre o SUCH, a SGS – SERVIÇOS GERAIS DE GESTÃO, S.A. e os três Centros Hospitalares de Lisboa, por outro, com vista à constituição, respectivamente, do SOMOS PESSOAS, ACE e do SOMOS COMPRAS, ACE, são contratos de direito privado e, portanto, pactos cuja formação não se encontrava, nos termos e para os efeitos do CPA, sujeita a qualquer procedimento concorrencial.

229. Porém, mesmo que se admitisse - sem conceder - que se deveria qualificar o contrato em apreço como administrativo e, portanto, como um contrato cuja celebração dependeria, na altura em que foram celebrados, por força do disposto nas normas conjugadas dos artigos 178º, 182º e 183º do CPA, da observância prévia de um concurso público – isto salvo se outro procedimento não resultasse da aplicação das normas que regulam a realização de despesas públicas (cf. artigo 183º do CPA) –, a verdade é que não se pode olvidar que a aplicação das mencionadas normas constantes do CPA às *instituições particulares de interesse público* (categoria onde se inserem, como

191

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

subgrupo, as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa), exige a existência de preceito legal expresso nesse sentido (cfr. artigo 2.º, n.º 4, do CPA). Ora, não conhecemos qualquer regra legal que estenda o regime geral do CPA ao SUCH. Assim, mesmo no cenário hipotético traçado, é de concluir que a celebração dos referidos contratos de constituição de ACE não estava – e continua a não estar - sujeita ao prévio lançamento de um procedimento concorrencial.

Na medida do que se disse, verifica-se, pois, que o SUCH não cometeu qualquer ilegalidade na constituição do SOMOS PESSOAS, ACE e do SOMOS COMPRAS, ACE, e, bem assim, na escolha dos parceiros privados que os mesmos iriam integrar.

230. Sustenta-se, no Relato, a qualificação do SUCH como uma entidade adjudicante, para os efeitos da aplicação das normas sobre contratação pública. Para tanto, é invocado o artigo 2.º, n.º 2, alínea d), do CCP e referida a circunstância de a maioria dos associados do SUCH corresponderem, eles próprios, a entidades adjudicantes. Mas a verdade é que isso não é suficiente para concluir pela existência de um controlo de gestão, nem, consequentemente, para a qualificação do SUCH como entidade adjudicante.

De facto, a existência de uma maioria de associados públicos não é suficiente para concluir por um controlo de gestão. Para além disso, é, ainda, necessário comprovar que – à semelhança do que se verifica com a imputação de votos, no domínio dos valores mobiliários, em face do determinado no artigo 20.º do respectivo código – a actuação dos associados públicos seja concertada. De outro modo, é injustificada a conclusão por um controlo público. Ora, a verdade é que, na presente situação, tal actuação concertada não é comprovada.

231. Para além da questão legalidade observada na constituição dos ACE, importa ainda salientar que, subjacente à criação das unidades de serviços

partilhados criados pelo SUCH, operadas pelos ACE, está ainda um inequívoco racional económico, uma vez que aquelas têm como principal objectivo promover crescentes níveis de poupança por parte dos seus associados e do erário público em geral, como, de resto, ficou demonstrado no ponto § 2.º.

A ausência de serviços partilhados no mercado, associada à falta de competências internas do SUCH para desenhar esta oferta – apesar de ser desde há 40 anos o berço natural dos serviços partilhados (de utilização comum) da saúde – bem como à incapacidade de as instituições de saúde de "*per se*" o fazerem, dado que a criação de estruturas partilhadas e os processos de suporte não são o seu "*core*", justifica a criação dos mesmos.

Ainda assim, e do ponto de vista da preocupação com a concorrência, houve a preocupação em constituir ACE de duração propositadamente limitada, no âmbito dos quais se cruza o "*know-how*" dos parceiros privados - com experiência internacional na criação de serviços partilhados de saúde e experiências de sucesso no processo específico, como se evidenciou no § 2.º- com o domínio da legislação, processos e requisitos de cada uma das instituições de saúde envolvidas e a quem, enquanto instituições-piloto, compete influenciar de modo decisivo a formatação dos novos serviços partilhados de saúde.

232. Por tudo o quanto se disse, conclui-se que a constituição do SOMOS PESSOAS, ACE e do SOMOS COMPRAS, ACE, não só foi realizada sem qualquer violação do disposto no regime da contratação pública, como também apresenta características que comprovam a racionalidade económica subjacente a essa decisão.

9.3. DA LEGALIDADE NO COMETIMENTO, PELO SUCH, DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM OS SEUS ASSOCIADOS AOS ACE

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

ALGARVE foram oficiadas no sentido de que passaria a ser o SOMOS PESSOAS, ACE a assegurar a gestão do respectivo protocolo no âmbito do Centro de Processamento de Remunerações e Gestão de Recursos Humanos.

Contudo, sendo o referido ACE um instrumento do próprio SUCH, o qual é controlado pela maioria dos seus associados públicos, também não é seguro afirmar-se que não está aqui em causa, ainda, a prestação de um serviço ao abrigo de uma relação *in house*, uma vez que, por intermédio do SUCH - que detém uma participação de 95% -, o controlo exercido pelos associados é estendido ao próprio SOMOS PESSOAS, ACE. Com isto não se olvida que a jurisprudência comunitária entende que a participação de privados obsta à verificação de uma tal relação. Contudo, certo é também que não resultando essa limitação da letra da lei (cfr. artigo 5.º, n.º 2 do CCP), tem pleno sentido questionar em que medida é que uma tal interpretação restritiva poderá "valer como lei", tendo particularmente em conta o entendimento crítico de alguns autores quanto à bondade de um tal entendimento do TJCE quando estão em causa – como no caso aqui em discussão, uma vez que os privados que integram os ACE detém apenas 5% - particulares com participações irrisórias, isto é, inferiores a 10%[92].

9.3.3. O CASO (PARTICULAR) DO SOMOS COMPRAS, ACE

237. Independentemente das últimas considerações tecidas valerem também aqui - e, neste caso, com especial evidência, uma vez que não existe desde Março de 2009 qualquer privado no SOMOS COMPRAS, ACE -, certo é, porém, que a circunstância de o recurso a este ACE decorrer de determinações legais e administrativas, relativamente às quais o Tribunal de Contas não se

[92] Entre outros, v. RUI MEDEIROS, "Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência", in *CJA*, n.º 69, Maio/Junho 2008, p. 7.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

pode imiscuir, impede a responsabilização dos associados do SUCH aqui envolvidos.

Nos termos do artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, "para efeitos do presente Decreto-Lei, a unidade ministerial de compras assegurada pela ACSS, criada pelo Decreto-Lei n.º 219/2007, de 29 de Maio, **e o agrupamento complementar de empresas SOMOS COMPRAS, ACE, autorizado por despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde, são consideradas centrais de compras**". Por seu turno, ficou previsto no n.º 2 da referida disposição legal que, sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, as aquisições a efectuar ao abrigo dos contratos de aprovisionamento celebrados pela ACSS podem ser tornadas obrigatórias, por despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde, para todos os serviços e estabelecimentos do SNS.

Na sequência do referido diploma legal, foi estabelecida, pelo Despacho n.º 18628/2009, de 4 de Agosto, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, a obrigatoriedade de recurso ao Sistema Comum de Compras constituído pela ACSS e o SOMOS COMPRAS, ACE. Concretamente, no n.º 4 desse Despacho, é determinado que "***as aquisições das categorias de bens e serviços para os quais exista ou venha a existir um contrato público de aprovisionamento celebrado pela ACSS ou pelo Somos Compras são obrigatoriamente efectuados através do Sistema Comum de Compras***, *devendo respeitar as condições daqueles contratos, com recurso ao disposto no artigo 259.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro*". E, acrescenta ainda o seu n.º5, "***a obrigatoriedade a que se refere o número anterior abrange todos os estabelecimentos e serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde***, *independentemente da sua natureza jurídica, aqui designados no seu conjunto por entidades compradoras, as quais devem fornecer os elementos informativos necessários ao funcionamento do Sistema Comum de Compras e colaborar nas actividades deste*".

197

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

9.4. DO (ALEGADO) NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS GERAIS PARA A AUTORIZAÇÃO DE DESPESA RESPEITANTE À AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS

238. Para além da (pretensa) ilegalidade da conduta adoptada pelas ARS ALGARVE e ARS CENTRO, quanto à aquisição de serviços de gestão de recursos humanos ao SOMOS PESSOAS, ACE, fundamentada na não observância de procedimento pré-contratual aplicável, o Tribunal de Contas vem ainda referir que, em ambos os casos, a decisão de adesão aos serviços partilhados de recursos humanos foi tomada sem que estivessem reunidos "*os requisitos gerais para a autorização da despesa, nomeadamente os da economia, eficiência e eficácia, previstos na alínea c) do n.º 6 do artigo 42.º, da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, e na alínea c) do n.º 1 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 155/92*" (cfr. páginas 69 e 70 do RELATO).

Como suporte a uma tal afirmação, no caso da ARS ALGARVE, o Tribunal de Contas vem destacar *(i)* a falta de realização de estudos próprios que confirmassem os resultados previstos na cláusula 6.º do protocolo de adesão, *(ii)* a adesão a um projecto que iria incrementar os custos por salário processado, *(iii)* e a não verificação da redução dos *full time equivalent* ("FTE"), como previsto. E, no caso da ARS CENTRO, voltando a salientar a questão da falta de realização de estudos próprios, sustenta a infracção na inexistência no protocolo de qualquer estimativa de redução do número de recursos afectos à actividade de processamento de salários na ARS CENTRO após a "externalização" desta função e a previsibilidade de que a mesma acarretaria acréscimos de custo por salários.

Importa, pois, demonstrar como, também aqui, o juízo do Tribunal de Contas se manifesta, salvo o devido respeito, desacertado.

198

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

239. Desde logo, a crítica de que as entidades públicas aderentes não efectuaram estudos próprios só é possível num quadro interpretativo de que o SUCH se preparou para ser um mero fornecedor em mercado e não – contrariamente ao propósito da Tutela, dos associados e da Associação - um **Serviço Partilhado, cumprindo assim a sua missão e desígnio históricos.** De facto, subjacente à implementação de serviços partilhados está a ideia de os associados **criarem uma estrutura comum** e, em conjunto, desenharem processos adequados, delimitarem a relação definindo competências e níveis de serviço, para controlo efectivo, e melhorarem continuamente o serviço, **conseguindo, com a escala** decorrente dos novos aderentes, **a redução do preço do serviço no tempo. Os estudos prévios à adesão (análise custo-beneficio designada por "*Due Dilligencie*") foram participados pelas entidades aderentes – toda a informação foi prestada e validada por cada uma destas entidades, como aliás se reconhece no RELATO - constituindo estes estudos o fundamento da decisão final de adesão.**

É pois falsa a afirmação de que os aderentes não realizaram estudos.

Tratando-se dos serviços partilhados das instituições de saúde (pedidos pelo Governo e pelos associados do SUCH à sua associação, em 2006), criticável seria se as entidades aderentes, no caso todas as ARS, tivessem, para além dos custos em que incorreram na realização das '*Due Dilligencies*', adicionalmente contratado, em mercado, outros estudos, duplicando encargos e esbanjando erário público!

A vantagem de deter um Serviço Partilhado é ainda a de reter, no seio do sistema de saúde e, em concreto, do SNS, uma estrutura que, sem fins lucrativos mas dotada de competência, pode servir perdurando no tempo e melhorando continuamente, sistemas, processos e serviços, com ganhos, crescentes, de escala e de eficiência.

199

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

240. Em matéria das análises custo-benefício referenciadas a este ponto do RELATO, importa ainda aditar outros elementos transversais relevantes.

Em primeiro lugar, é omitido no RELATO que o preço previsto para o serviço de processamento salarial nos primeiros cinco anos de adesão observa uma redução tal como se resume no quadro *infra*.

	Ano 1	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5
Preço por salário processado s/IVA	5,25€	5,25€	5,25€	4,71€	4,64€

Por outro lado, é ainda ignorado no RELATO que a parcela referente ao custo do IVA – enquanto existente – se traduz em receita do Estado (com o consequente impacto positivo no erário público) e, se solicitada a sua isenção – processo que poderá ser desencadeado em qualquer momento à semelhança do efectuado pela generalidade dos ACE de serviços partilhados –, mesmo no âmbito do sector privado, se tornará inexistente, e nesse caso, constituirá efectiva poupança dos serviços de saúde.

241. De outra parte, é concluído, no RELATO, que a redução de FTE prevista em sede de *Due Dilligencie* não se havia verificado (com excepção de algumas reformas[93] no caso da ARS ALGARVE). Contudo, pela informação disponibilizada amplamente em sede de auditoria, era conhecido que essa redução de FTE se encontrava associada, em grande parte, à fase do serviço com disponibilização do Portal do Empregado (o que veio a suceder apenas no decurso do segundo semestre de 2009), **pelo que o momento de realização da**

[93] Recorda-se, no entanto, que o conhecimento do número previsional de funcionários a reformar-se no período 2008-2010 e a sua (im)possibilidade de substituição por força do PRACE foi um dos muitos motivos reiteradamente ponderados pelas ARS aquando da decisão de Adesão.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

auditoria é muito precoce[94] **para a extracção das conclusões pretendidas**. O outro factor na base da redução estimada do número de FTE prende-se com a total automatização de processos a montante do processamento de salários, processos estes a cargo de cada uma das ARS, assegurando-se, no serviço disponibilizado pelo SOMOS PESSOAS, total inter-operabilidade com qualquer das soluções a adoptar.

Por último, também não é referido no RELATO, apesar de disponível quer na informação de *Benchmarking* Internacional, quer em toda a documentação disponibilizada sobre este serviço aos auditores, o conjunto de Benefícios Qualitativos associados a este serviço, entre os quais se destacam a disponibilidade dos indicadores de gestão que permitem um melhor controlo pelos aderentes ao nível dos seus recursos humanos. Em Serviços Partilhados, a este melhor controlo, em regra, associam-se poupanças com muito significado, sendo o contributo médio deste factor, de acordo com o *Benchmarking* Internacional, de 18% no cômputo global das poupanças efectivadas.

[94] A Auditoria aprecia, por exemplo, a implementação do serviço partilhado de recursos humanos na ARS Norte 3 meses após a verificação da adesão.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§10.º
LEGITIMIDADE DA QUOTA SUPLEMENTAR

10.1 INTRODUÇÃO

242. No RELATO ora em análise, o Tribunal de Contas considera que a quota suplementar paga por alguns dos associados do SUCH constitui um empréstimo, pelo que a decisão tomada pelos órgãos de administração de alguns dos associados do SUCH de pagar tal quota suplementar seria ilegal.

243. Todavia, como se confirmará de seguida, uma tal posição desconsidera manifestamente a natureza jurídica da quota em causa, bem como adopta uma interpretação incorrecta quanto à capacidade jurídica das entidades em causa, questões que serão analisadas seguidamente.

10.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA QUOTA SUPLEMENTAR

244. Note-se, antes de mais, a manifesta impossibilidade de considerar a quota suplementar prevista no regime de quotização do SUCH como um empréstimo.

245. O SUCH é, como já se referiu, uma associação de direito privado, declarada como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.

A matriz substantiva desta entidade é, assim, uma matriz associativa, razão pela qual o regime jurídico que lhe é aplicável é, antes do mais, o regime previsto no Código Civil para as associações (artigos 167.º a 184.º do Código

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Civil). Ou seja, o substrato das pessoas colectivas associativas é "*constituído por uma agremiação de pessoas, que juntam os seus esforços para um objectivo comum*"[95].

Tal não significa, contudo, que as associações sejam desprovidas de qualquer património. A realização dos fins associativos implica, as mais das vezes, a necessidade de constituição de um património próprio e autónomo, que habilite a estrutura associativa a prosseguir os seus fins.

246. Não impondo o regime legal quaisquer soluções específicas quanto ao contributo dos associados para o património de uma associação, a prática mais comum vem sendo a da fixação de "quotas" periódicas a pagar pelos associados. A generalização de tal prática leva a doutrina a considerá-la mesmo uma prática seguida "*universalmente*"[96].

A mesma doutrina caracteriza claramente a natureza jurídica de tais "quotas" de forma manifestamente incompatível com o entendimento perfilhado pelo Tribunal de Contas.

De facto, as contribuições que os associados fazem para o património de uma associação resultam na integração dessas mesmas contribuições no património da associação. A contribuição do associado deixa mesmo "*de estar na disponibilidade daquele*", de tal modo que "*o associado que (…) deixe de pertencer à associação não pode reclamar os bens com que tenha contribuído*"[97].

Deste modo, é forçoso concluir que o contributo realizado por um associado para o património associativo constitui uma contribuição "a fundo perdido", não lhe conferindo qualquer direito à restituição dos bens assim prestados em favor da associação.

---

[95] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo III, Almedina, 2004, pág. 546.

[96] Cfr. Manuel Vilar de Macedo, As Associações no Direito Civil, Coimbra Editora, 2007, pág. 49.

[97] Cfr. ANTÓNIO VILAR DE MACEDO, op. cit., pág. 48.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

247. O Tribunal de Contas, contudo, atribui à "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH a natureza de um empréstimo, o que pressupõe, naturalmente, a assunção pela associação de um dever de restituição da quantia entregue.

Apesar da escassa fundamentação de tal caracterização, parece que tal entendimento do Tribunal resulta do facto de tal "quota suplementar" conferir ao associado o direito a que lhe sejam atribuídos descontos nos serviços que lhe sejam futuramente prestados pelo SUCH.

Ora, salvo o devido respeito, tal característica da "quota suplementar" não é, de modo algum, suficiente para que lhe seja atribuída a natureza de empréstimo. Vejamos:

248. Em primeiro lugar, é manifestamente comum que as quotas pagas pelos associados lhes confiram, em contrapartida, direito a descontos na aquisição de serviços junto da respectiva associação.

A doutrina inclui tal tipo de benefícios entre as "*vantagens puramente internas*" que podem decorrer da qualidade de associado, designadamente o direito de utilizar bens ou serviços da associação com "*descontos ou em condições preferenciais*"[98]. Sendo perfeitamente inédito que, por causa de tais descontos, se conclua que as quotas pagas pelos associados constituem empréstimos.

É igualmente corrente a aceitação de que, para além da contribuição devida no momento da adesão (usualmente denominada "jóia") e da contribuição periódica (usualmente denominada "quota"), os estatutos ou regulamentos prevejam outras contribuições, sejam elas "*devidas em certas ocasiões ou como contrapartida de determinadas vantagens*".[99]

Esse é o caso presente: os associados do SUCH podem contribuir para o património associativo de outra forma para além da quota regular. Ao pagarem

[98] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, págs. 664-665.

[99] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, pág. 665.

204

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

a "quota suplementar", os associados do SUCH têm acesso à aquisição de serviços em condições preferenciais (o referido desconto).

Pode discutir-se se as vantagens obtidas em consequência do pagamento da "quota suplementar" são suficientes para compensar o dispêndio correspondente, mas essa é uma discussão puramente ao nível gestionário, sem qualquer relevância ao nível jurídico.

Juridicamente, a "quota suplementar" é um modo relativamente típico de contribuição para o património de uma associação, não sendo descaracterizada pelo facto de conferir determinadas vantagens aos associados que a realizem.

249. Em segundo lugar, é inexorável constatar que a natureza jurídica das "quotas" pagas pelos associados é totalmente insusceptível de ser enquadrada no instituto do mútuo.

Um dos elementos essenciais do contrato de mútuo é o dever de restituição a que o mutuário fica obrigado (nos termos do artigo 1142.º do Código Civil, o dever de "*restituir outro tanto do mesmo género e qualidade*").

Ora, com o pagamento da "quota suplementar", o SUCH não assume qualquer dever de restituição da mesma quantia, nem o associado fica titular do direito ao respectivo reembolso. O associado que contribua para o património associativo mediante o pagamento da "quota suplementar" beneficiará, apenas, do direito a adquirir determinados serviços junto do SUCH, em condições preferenciais, ou seja, com desconto. O montante de tal desconto pode, ou não, atingir o montante da contribuição em causa.

Estamos, assim, perante uma situação relativamente vulgar no âmbito das contribuições para o património de uma associação (uma quota extraordinária), assim como perante uma vantagem comummente atribuída aos associados (um desconto) e não perante um mútuo. Quer do lado dos deveres

205

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

dos associados, quer do lado dos direitos dos associados, tal situação corresponde a uma situação perfeitamente típica no universo associativo.

As contribuições realizadas pelos associados do SUCH a título de "quota suplementar" constituem, assim, uma forma de esses associados contribuírem (a fundo perdido) para o património associativo, com o objectivo de dotar a associação dos meios necessários para a prossecução dos respectivos fins (no essencial, a prestação de serviços aos respectivos associados).

O pagamento de tal contribuição constitui uma mera decorrência da qualidade de associado do SUCH, qualidade essa de que deriva o dever de contribuir para o património associativo (a doutrina chega mesmo a considerá-la "*a principal obrigação dos associados*"[100]).

No RELATO confunde-se, portanto, financiamento com empréstimo: naturalmente o pagamento da quota suplementar visa financiar o SUCH, tal como qualquer outra contribuição para o património de uma associação; contudo, tal financiamento não reveste a forma de empréstimo. De facto, esta forma de financiamento não reveste qualquer natureza creditícia pois não cria, a favor do associado, qualquer direito de crédito à restituição da quantia em causa.

250. Em terceiro lugar, a conclusão, a nosso ver precipitada, de que a "quota suplementar" é um empréstimo, conduziria, por identidade de razões, a considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH também o é.

De facto, também o pagamento da quota ordinária confere aos associados do SUCH o direito a descontos na aquisição de serviços junto deste (cfr. artigo 5.º do Regime de Quotização e Benefícios dos Associados do SUCH).

---

[100] Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.ª edição, Universidade Católica Editora, 2001, pág. 627.

Pelo que, a ser tal característica um elemento decisivo no sentido de tornar a "quota" um empréstimo, tal característica também se verifica quanto à quota ordinária paga pelos associados do SUCH.

Ora, por todas as razões já expostas, também aqui não faz sentido considerar que a quota ordinária paga pelos associados do SUCH constitui um empréstimo destes à Associação.

É natural que alguns associados possam encará-la, do ponto de vista económico, como uma forma de "adiantamento" por conta dos benefícios que a qualidade de associado lhes trará (nomeadamente os descontos). Contudo, juridicamente, é totalmente claro que o negócio jurídico em causa não é um mútuo, mas sim uma prestação a fundo perdido, que não confere ao associado qualquer direito à restituição da quantia prestada, que se integra ou dilui, definitivamente, no património associativo[101].

10.3 DA CAPACIDADE JURÍDICA DAS ENTIDADES DO SNS ENVOLVIDAS

251. Após se ter demonstrado que o negócio jurídico atinente ao pagamento da "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH não poderá, em caso algum, ser considerado um contrato de empréstimo, passar-se-á a analisar a questão de saber se as entidades do SNS em questão teriam, ou não, capacidade jurídica para a prática de tal acto.

Segundo o RELATO, a "quota suplementar" foi paga por quatro entidades hospitalares, duas deles Entidade Públicas Empresariais e outras duas do Sector Público Administrativo, que não seriam dotadas da capacidade jurídica necessária para a prática de tal acto.

---

[101] O património associativo só poderá reverter em benefício dos associados em caso de liquidação. Cfr., *a contrario sensu*, o disposto no artigo 181.º do Código Civil e António Vilar de Macedo, op.cit., págs. 28-29. É esta uma das características diferenciadoras da contribuição para o património de uma associação face às entradas dos sócios numa sociedade comercial.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Analisemos separadamente a capacidade jurídica de cada uma deste tipo de entidades.

252. Os hospitais E.P.E. são pessoas colectivas de direito público de natureza empresarial dotadas de autonomia administrativa, financeira e patrimonial (cfr. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro).

Os hospitais E. P. E. regem-se pelo regime jurídico aplicável às entidades públicas empresariais, com as especificidades constantes do diploma supra referido, dos seus Estatutos, bem como dos respectivos regulamentos internos e das normas em vigor para o SNS.

Nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, "*a capacidade jurídica dos hospitais E. P. E. abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu objecto e das suas atribuições*".

A norma em causa mais não é do que uma adaptação do princípio da especialidade, princípio geral de direito civil, constante do artigo 160.º do Código Civil, segundo o qual "*A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.*".

A doutrina de há muito ultrapassou a visão restritiva que limitava a capacidade das pessoas colectivas, em benefício de uma visão mais aberta, em que se permite às pessoas colectivas o gozo da generalidade dos direitos[102]. No direito civil, a discussão restringe-se hoje à capacidade das pessoas colectivas com fim lucrativo para a prática de actos gratuitos, ainda assim admitidos em determinados casos.

No que especificamente se refere às pessoas colectivas públicas, é sabido que estas também gozam de capacidade jurídica de direito privado. É o escopo

[102] PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA afirmam que "consagra-se, por conseguinte, o princípio da especialização, mas com larga atenuação do seu rigor" (Código Civil Anotado, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 1987, pág. 165), enquanto MENEZES CORDEIRO é mais afirmativo ao declarar que "*o denominado princípio da especialidade não restringe, hoje, a capacidade das pessoas colectivas*" (op.cit., pág. 597).

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

estatutário que serve de medida do âmbito dessa capacidade, visto que, no Direito português, o princípio da especialidade vigora para as pessoas colectivas em geral e, assim sendo, também, para as pessoas colectivas públicas (artigo 160.º do Código Civil). A capacidade de gozo de direito privado das pessoas colectivas públicas modela-se, portanto, sobre as respectivas atribuições.

A sujeição das pessoas colectivas públicas ao princípio da especialidade não constitui razão suficiente para concluir que a celebração por elas de negócios jurídicos de direito privado se processe fora do âmbito do princípio da autonomia privada. O princípio da especialidade não é incompatível com a autonomia privada visto que ele não acarreta a substituição da vontade do autor da declaração negocial pelo comando normativo no que toca à determinação do fim do acto. Da especialidade apenas resulta a ilicitude daqueles fins que não correspondam ao escopo estatutário da pessoa colectiva (ou seja, às atribuições da pessoa colectiva pública). Para aquém dessa delimitação negativa de fins susceptíveis de ser prosseguidos, ou seja, enquanto se mantenha no âmbito do acervo dos fins estatutários, o momento em que o órgão da pessoa colectiva individualiza o fim concreto de um negócio específico escapa ao controlo do Direito. E é nessa ausência de enquadramento normativo directo da escolha do conteúdo e do fim da conduta que consiste a autonomia privada[103]. Esta consiste na permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e na titularidade e exercício do correspondente poder[104].

A autonomia privada compreende na sua essência a ideia de uma esfera de liberdade. Ela não faria pois sentido se não presidisse a um tráfego jurídico predominantemente participado por seres humanos e por pessoas colectivas

[103]Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, pp. 525 e ss..

[104]Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 432.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

privadas. Na medida, porém, em que se justifique que a Administração também tome parte no tráfego jurídico indiscriminadamente aberto a todos e regido por normas que a todos são aplicáveis, é inevitável que se verifique quanto a ela um "efeito de arrastamento". Para que a Administração Pública se sirva de institutos do Direito privado, não é necessário que os fundamentos destes lhe sejam também a ela dirigidos na sua qualidade específica de portadora dos interesses colectivos. É preciso, isso sim, que as virtualidades técnico jurídicas desses institutos também possam ser postas ao serviço das atribuições da pessoa colectiva pública.

No caso presente, verifica-se que os hospitais E.P.E. têm como objecto estatutário a "*prestação de cuidados de saúde à população*". Como já se demonstrou, os hospitais E.P.E. dispõem de capacidade jurídica de direito privado, ou seja, podem prosseguir o seu objecto utilizando para tal institutos de direito privado, desde que os mesmos se revelem aptos para a prossecução do respectivo objecto social.

Ora, constata-se, antes de mais, que os hospitais E.P.E. em causa são associados do SUCH de há longa data, decisão que não está agora a ser sindicada.

Sendo titulares da qualidade de associado do SUCH, os hospitais E.P.E. serão certamente dotados da capacidade jurídica necessária para gerir tal posição jurídica, salvo se se concluísse que tais actos não são necessários ou convenientes para a prossecução das atribuições de tais hospitais E.P.E..

Sendo o SUCH uma associação que prossegue, como fim principal, "*tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus próprios associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão*" (cfr. artigo 2.º dos respectivos Estatutos), parece claro que os actos praticados pelos hospitais E.P.E. na qualidade de associados do SUCH são susceptíveis de contribuir para a prossecução das atribuições dos hospitais E.P.E..

210

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

De entre os actos atinentes à qualidade de associado do SUCH conta-se, naturalmente, o dever de contribuir para o património da Associação, seja através do pagamento da quota ordinária ou da quota suplementar, actos para os quais os referidos hospitais E.P.E. estão dotados de capacidade jurídica.

Em conclusão: os hospitais E.P.E. têm uma capacidade de gozo de direitos que abrange, potencialmente, qualquer acto de direito privado que se mostre necessário ou conveniente à prossecução das suas atribuições, o que, à partida, lhe confere uma capacidade de gozo da generalidade dos direitos. Qualquer acto pode, potencialmente, contribuir para a prossecução das atribuições de um hospital E.P.E., só podendo afirmar-se que estão excluídos da capacidade de gozo de direitos os actos que manifestamente não contribuam para aquela prossecução. Ora, o exercício de direitos e o cumprimento de deveres na qualidade de associado do SUCH são actos jurídicos que claramente concorrem para a prossecução das atribuições dos hospitais E.P.E., na medida em que tal associação visa apoiar as entidades hospitalares na melhoria da eficiência na prestação de cuidados de saúde.

253. As conclusões extraídas acima quanto aos hospitais E.P.E. são basicamente extrapoláveis para a realidade dos hospitais incluídos no Sector Público Administrativo, sujeitos ao regime do Decreto-Lei n.º 188/2003, de 20 de Agosto.

De facto, também a estes hospitais é reconhecida personalidade jurídica, abrangendo a respectiva capacidade jurídica *"a universalidade dos direitos e obrigações necessários à prossecução dos seus fins."* (cfr. artigo 2.º do referido diploma).

Assim, e pelas mesmas razões já apontadas, nada parece restringir a capacidade destes hospitais para praticarem actos relacionados com a gestão da qualidade de associado do SUCH.

211

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Como já se constatou, não só o princípio da especialidade é, actualmente, entendido de forma bastante atenuada, como a actividade do SUCH se integra claramente no âmbito das atribuições prosseguidas por tais hospitais. Por essas razões, nada parece confirmar a posição adoptada no RELATO segundo a qual o pagamento da "quota suplementar" corresponderia à prática de acto para o qual os referidos hospitais não disporiam de capacidade jurídica.

10.4 CONCLUSÃO QUANTO À EVENTUAL RESPONSABILIDADE FINANCEIRA RESULTANTE DO PAGAMENTO DE QUOTA SUPLEMENTAR

254. Compulsados todos os argumentos supra expendidos, afigura-se seguro concluir não existirem condições para imputação de qualquer responsabilidade financeira, nos termos do artigo 65.º da LOPTC.

255. De facto, sugere-se no RELATO que foi praticada a infracção prevista na alínea *i)* do n.º 1 do artigo 65.º daquela Lei, que prevê que Tribunal de Contas pode aplicar multas caso se verifique "*a utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista*".

Ora, não se vislumbra que a "quota suplementar" prevista no regime de quotização do SUCH se destine a uma finalidade diversa daquela que se encontra prevista na lei para os fundos administrados pelos hospitais E.P.E. ou pelos hospitais integrados no Sector Público Administrativo.

O património de qualquer uma das entidades deste tipo, ambas dotadas de personalidade jurídica, destina-se a satisfazer as atribuições legalmente estabelecidas, que são, no essencial, a da prestação de cuidados de saúde aos cidadãos utentes do SNS.

Constatando-se que os hospitais em questão (Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, E.P.E., Centro Hospitalar da Cova da Beira, E.P.E., Hospital do Arcebispo João Crisóstomo e Centro Hospitalar Psiquiátrico de Coimbra) são

212

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

associados do SUCH e que o SUCH prossegue fins de apoio à actividade destes, será forçoso concluir que as contribuições feitas por aqueles para o património desta associação não constituem qualquer desvio à finalidade legalmente estabelecida para os fundos geridos por aqueles hospitais.

256. A imputação do pretenso desvio para finalidade diversa resulta, no essencial, do entendimento de que o pagamento da quota suplementar constituiria um empréstimo dos associados ao SUCH, tese que, juridicamente, não revela qualquer procedência, pois as contribuições para o património associativo não conferem qualquer direito a restituição, integrando-se definitivamente no património da associação.

10.5 DA NÃO TRIBUTAÇÃO, EM SEDE DE IVA, DOS DESCONTOS DE QUE BENEFICIAM OS ASSOCIADOS DO SUCH

257. O RELATO ora em análise questiona ainda o facto de o SUCH não fazer incidir IVA sobre os descontos de que os associados beneficiam, em contrapartida do pagamento das respectivas quotizações, considerando que esse comportamento é susceptível de distorção da concorrência.

258. Ora, não só a prática do SUCH se conforma claramente com a legislação fiscal vigente, como a mesma foi já objecto de concordância por parte da Administração Fiscal em casos semelhantes.

Na realidade, e antes de mais, note-se que o SUCH liquida IVA sobre o montante cobrado aos seus associados pelos serviços que lhes presta. De facto, a isenção prevista no n.º 19 do artigo 9.º do Código do IVA não abrange estas prestações de serviços, uma vez que o SUCH cobra aos associados uma contrapartida que excede as quotas estatutariamente pagas pelos associados.

Contudo, como já se viu acima, o preço pelo qual o SUCH cobra tais serviços é diferente consoante o destinatário dos mesmos seja um associado ou

213

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

um não associado. Quando se trate de um associado, este poderá beneficiar de um desconto. Sobre tal desconto, o SUCH não liquida IVA, tal como legalmente previsto no n.º 6 do artigo 16.º do Código do IVA.

259. Sobre a licitude de tal comportamento restam muito poucas dúvidas, pois tal é a interpretação directa e literal da *supra* citada disposição legal.

260. Acresce que a Administração Fiscal já teve oportunidade de se pronunciar sobre, pelo menos, um caso em tudo semelhante, tendo concluído que a actuação do SUCH é, de facto, a mais correcta.

Afirmaram os serviços da Administração Fiscal que "*As prestações de serviços efectuadas aos associados, e não só, são remuneradas segundo uma tabela de preços e pelas quais vem sendo liquidado IVA, tornando-se evidente que os descontos concedidos aos associados mais não são que a correspondência à quota por ele paga. Isto é, a quota funcionará como um desconto nos serviços remunerados, o que leva a concluir que a mesma não deverá ser passível de IVA*" (cfr. Despacho de 2-12-1986, Proc. 30, E.N. 5079186, citado por E. PINTO FERNANDES *et al.*, em *Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado Anotado e Comentado*, Editora Rei dos Livros, 4.ª Edição, 1997).

Este entendimento da Administração Fiscal vem confirmar o bem fundado da actuação do SUCH, actuação essa insusceptível de provocar qualquer distorção da concorrência. Tal é evidente se constatarmos que o montante dos descontos atribuídos aos associados do SUCH não ultrapassou 3,39% do valor total da facturação do SUCH no ano de 2009 (total de facturação de cerca de € 103.157.175,51, confrontada com quotas cobradas no montante de apenas € 3.496.789,42), proporção essa perfeitamente condicente com um típico desconto comercial.

261. Em qualquer caso, por razões de transparência e para evitar qualquer controvérsia, o SUCH, numa gestão exemplar, cuidou de solicitar à

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Administração Fiscal, em 6 de Março de 2010, uma informação vinculativa sobre a questão específica das quotas suplementares, resultantes de alteração recente do regime de quotizações do SUCH.

262. Por todas estas razões, o SUCH não tem quaisquer dúvidas de que cumpre integralmente as exigências da lei fiscal, estranhando por que razão esta questão é, sequer, suscitada, neste RELATO, pois é uma questão de todo alheia às competências do Tribunal de Contas.

215

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§11.º
OUTRAS CONSIDERAÇÕES TECIDAS A PROPÓSITO DE SITUAÇÕES QUE NÃO CONFIGURAM INFRACÇÕES FINANCEIRAS

11.1 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRATAMENTO E LAVAGEM DE ROUPA E SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO AO HOSPITAL DE SÃO JOÃO, E.P.E.

263. Nas páginas 11, 40 e seguintes do RELATO, o Tribunal de Contas vem referir um conjunto de circunstâncias anómalas, verificadas no âmbito da prestação de serviços de tratamento e lavagem de roupa pelo SUCH ao Hospital de São João, E.P.E. ("HSJ") e da prestação de serviços de alimentação pelo Consórcio SUCH/EUREST.

264. Quanto às questões atinentes aos serviços de lavagem e tratamento de roupa, importa referir que o Protocolo celebrado em 12 de Outubro de 2006, embora preveja a leitura efectiva dos consumos, prevê também e cautelosamente valores estimados de consumo, que foram contratualmente acordados e fixados em face do histórico de exploração da lavandaria durante 10 anos, o que, na falta de leituras, tem permitido apurar o valor a pagar ao SUCH (cfr. cláusula 7.ª, n.os 2, 3 e 4).

Por outro lado, convém ainda referir que, quanto aos créditos dos hospitais associados do SUCH, e em especial do HSJ, tradicionalmente os hospitais diferem a exigência do pagamento de um tal débito como forma de contrapartida pelo facto de se sentirem devedores de valores muito superiores ao próprio SUCH, por acerto de contas em conta corrente.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

265. No que concerne aos serviços de alimentação, convém relembrar que o Protocolo aqui em causa foi negociado em finais de 1998 e inícios de 1999, e iniciou execução em 2000, numa situação de emergência dada a falta de condições da então cozinha (quer ao nível das instalações quer ao nível dos equipamentos), facto que conduziu a uma ordem de desactivação da cozinha pela autoridade sanitária. Estas circunstâncias foram determinantes para o fecho das negociações, já existentes e em curso, iniciadas em face do sucesso da operação idêntica levada a cabo pelo SUCH na Lavandaria do HSJ.

Quanto à falta de estudos próprios onde se evidenciasse a análise de custo-benefício ou fossem aferidos outros elementos que comprovassem a afectação eficiente e eficaz dos recursos públicos, importa referir que tal não corresponde à verdade, na medida em que durante as negociações foi trocada um conjunto de informações que evidenciam o contrário.

Refere ainda o Tribunal de Contas a falta de diligência do HSJ, aquando da celebração do contrato, no que respeita às contrapartidas de fornecimento de refeições para o exterior e a cláusula de protecção do investimento. A este propósito, convém referir e salientar o seguinte: no final dos anos noventa, não existia em Portugal nenhuma tradição, na área hospitalar, de cozinhas centrais ou partilhadas, provavelmente porque, para além das fortes exigências legais e de conhecimento especifico da área, o seu licenciamento não se afigurava fácil.

266. Assim, o fornecimento das refeições para o exterior era um projecto intencional sem que existissem à época outros hospitais associados interessados na partilha da cozinha, razão pela qual não seria cauteloso prever amortizações efectuadas por outros associados.

Importa também referir que o projecto de investimento de equipamentos realizado foi apenas o indispensável para o fornecimento ao HSJ, prevendo-se e deixando-se espaço e infra-estruturas funcionais preparadas, de modo a ser

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

possível a instalação de mais equipamentos, não previstos na amortização do HSJ.

Por outro lado, é de salientar que o HSJ, até à remodelação da cozinha efectuada pelo SUCH, não efectuava distribuição unitária de refeições – unidose – mas sim o empratamento nos serviços com distribuição a granel das refeições, e apresentava nas suas estatísticas uma quantidade de refeições muito superior ao verificado por este método mais racional de gestão.

11.2 DA GESTÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS DO CHVNGE, E.P.E.

267. O Tribunal de Contas vem ainda referir, na página 45 do RELATO, que a inexistência de contadores na central de autoclavagem, cuja instalação estava a cargo do SUCH, originou o recurso a estimativas de consumo, pelo que as quantias facturadas pelo CHVNGE podem ter ficado aquém dos consumos efectivamente realizados.

Ora, em primeiro lugar, cumpre referir que não é verdade a inexistência de contadores, pois o SUCH, tendo criado esta central de raiz, instalou, desde o início, o contador de água dos balneários e o contador da energia eléctrica, além de ter providenciado o licenciamento e executado captações de água para usos industriais e uma central térmica, não prevista no protocolo, tendo-se tornado necessária na sequencia de o CHVNGE ter decidido abandonar a sua central de vapor e instalar centrais de água quente.

O consumo de energia eléctrica teve que ser aferido a partir da totalidade de Kg de resíduos tratados, pois a dada altura, em data que não se consegue precisar, e, muito provavelmente, como consequência das diversas obras de remodelação efectuadas pelo CHVNGE – incluindo obras realizadas ao posto de transformação que alimenta a central de autoclavagem –, o contador descalibrou-se e deixou de apresentar contagens fiáveis. Detectado este problema, calibrou-se o contador e aferiram-se os consumos unitários de

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

energia eléctrica consumida por Kg de resíduo tratado e, com recurso à estatística de laboração da central, chegou-se ao valor total.

11.3 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRATAMENTO E LAVAGEM DE ROUPA AOS HOSPITAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, E.P.E

268. Refere o RELATO que os HOSPITAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, E.P.E ("HUC") "*fazem uma estimativa do vapor consumido, o que não assegura que os montantes cobrados ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais' correspondem efectivamente aos consumos realizados*".

Relativamente aos pagamentos dos consumos de vapor, tal como é referido, estes são assegurados pelo SUCH, com base nos estudos elaborados pelos Serviços de Instalações e Equipamentos dos HUC, os quais calcularam, com rigor, o custo do kg de vapor utilizado na fórmula matemática aplicada, em função dos kg de roupa tratada, sendo actualizados periodicamente.

De referir que este método foi adoptado, após ter falhado o funcionamento do contador de vapor instalado nos HUC, que não resistiu às elevadas temperaturas e pressões da rede.

O relato do Tribunal de Contas refere ainda que os HUC "*não controlam se o preço por kilograma de roupa que pagam é, de facto, inferior ao cobrado pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais às outras entidades a quem presta serviços, conforme previsto contratualmente*". A este respeito, importa sublinhar que o SUCH tem cumprido o previsto contratualmente, assegurando junto dos HUC que o preço por kg de roupa tratada cobrado é inferior ao pago pelas restantes entidades utilizadoras da lavandaria, tendo em conta o carácter específico do serviço prestado e o âmbito em que o mesmo se insere.

Com efeito, em termos de poupanças, o SUCH proporciona ainda um conjunto significativo de benefícios, assumindo, designadamente as despesas de

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

manutenção dos equipamentos e realizando todos os elevados investimentos (equipamentos e instalações) e inovações indispensáveis à prossecução desta prestação de serviços.

Uma última palavra, quanto a este tópico, para lembrar que esta prestação de serviços assenta no contrato n.º 17/89/99, celebrado em 1989 e renovado por períodos sucessivos de um ano, tendo merecido o visto favorável do Tribunal de Contas.

11.4 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INFORMÁTICOS NOS HOSPITAIS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, E.P.E

269. A respeito desta situação que o RELATO trata nas páginas 49 e 50, o SUCH tem apenas a dizer que se trata de uma situação descontinuada desde 31 de Dezembro de 2009, tendo todos os colaboradores cessado funções por iniciativa própria. O conselho de administração do SUCH deliberou em 8 de Junho de 2006 no sentido de descontinuar os serviços denominados Apoios não Especificados que o SUCH historicamente prestava por solicitação dos associados.

11.5 DA FORMAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS E COMERCIAIS

270. No RELATO são ainda tecidas considerações a propósito da formação de preços das propostas técnicas e comerciais do SUCH, constando do mesmo que "*Até à implementação do modelo de valorização económica de propostas, em Setembro de 2009, os Directores Comerciais do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais gozavam de ampla discricionariedade na fixação dos preços de comercialização dos serviços. Deste modo, os preços propostos pela Associação para a prestação de um determinado serviço baixavam quando as entidades públicas consultavam o mercado e as*

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

margens de lucro das propostas comerciais eram definidas casuisticamente." (cfr. página 17).

Antes de mais, importa referir que o Modelo de Valorização Económica das Propostas iniciou a sua implementação no final de 2008, tendo sido adoptado progressivamente pelas diferentes áreas de negócio durante o primeiro semestre de 2009 e adoptado generalizadamente em Setembro de 2009.

A afirmação que é feita relativamente à fixação dos preços por parte dos Directores Comerciais assenta numa ausência de conhecimento do funcionamento do SUCH, pois até à entrada em vigor do Modelo de Valorização Económica de Propostas, os preços eram definidos em conjunto com as Áreas de Actividade, analisando-se cada oportunidade individualmente e, nomeadamente, mediante os seguintes factores de custo: *(i)* pessoal, tendo em consideração o Contrato Colectivo de Trabalho Sectorial aplicável; *(ii)* materiais, consoante a tipologia de produtos consumíveis ou matérias-primas integrantes no processo respectivo; *(iii)* energias, com especial referência para a variação de preços dos combustíveis (processo e transportes); *(iv)* impacto por aplicação de legislação para os sectores; *(v)* oferta integrada, com captação de sinergias; e *(vi)* prazos de pagamento dos associados.

Para além da avaliação de todos estes factores de custos, havia ainda um conjunto de ferramentas de suporte à decisão, tais como tabelas de valor/hora na manutenção; documentos de formulação de preços associados ao Sistema de Gestão da Qualidade e análises aos resultados de exploração das áreas de negócio. Com a implementação do modelo de valorização económica de propostas, houve uma evolução no processo de formação de preços, com o registo das diversas fases e responsáveis do preenchimento da informação, criando-se um mecanismo sistematizado e de fácil gestão, quer em termos de decisão, quer para efeitos de consulta de histórico.

221

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

271. Acrescenta-se ainda no RELATO que, nos "*contratos mais antigos, que vêm sendo anualmente renovados, o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, muitas vezes, limita-se a propor a actualização do valor dos contratos tendo por referência o valor do índice de preços no consumidor, o que não garante que os preços praticados cubram os custos com a execução dos serviços ou que os preços praticados não possam ser inferiores relativamente aos montantes inicialmente contratados. Outras vezes porém, as actualizações propostas representam reavaliações dos contratos em execução de determinam alterações significativas nos preços em vigor*".

Relativamente às actualizações de preços realizadas anualmente, nos contratos renovados, foram descritas as várias alternativas de revisão de preços, com base no Índice de Preços ao Consumo ou através de reavaliações dos contratos em execução, tendo por base os diversos factores de custo e respectivas oscilações de mercado, sendo muitas vezes feitas abaixo dos índices de inflação. De facto, quando o SUCH se "limita" a actualizar os preços tendo por referência o IPC, está a cumprir o clausulado dos acordos realizados com o associados, suportando em algumas situações, agravamentos de encargos superiores à compensação da revisão de preços – gerando, desta forma, poupanças no SNS. Quando a situação contratual se torna insustentável economicamente, é feita uma exposição ao associado, propondo-se actualizações de preços, de acordo com a conjuntura de mercado e agravamento dos custos dos factores de produção.

272. Neste ponto, é ainda referido pelo Tribunal de Contas que, frequentemente, os "*preços propostos pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais para a prestação de um determinado serviço baixavam quando as entidades públicas consultavam o mercado*".

Em relação a esta afirmação, tendo em conta o nível de gravidade implícita na mesma, a qual é desmerecedora da idoneidade do SUCH e dos seus associados, afectando a relação de transparência que constitui um dos valores

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

principais em que assenta a actuação do SUCH, seria de todo o interesse que o Tribunal de Contas informasse sobre quais foram os contratos onde verificou esta situação e em que elementos se baseou para chegar a uma tal conclusão.

O SUCH desconhece qualquer caso em que esta anomalia se tivesse verificado, sendo que os preços que apresenta, mesmo antes da implementação do modelo de valorização económica de propostas, sempre se basearam em critérios assentes numa análise dos custos inerentes a determinado serviço e na relação financeira com o associado em questão, podendo ser diferentes entre regiões uma vez que historicamente as ex-direcções regionais tinham autonomia para tal.

273. Ademais, refere-se ainda ser frequente "*contratos da mesma área de negócio, relativos ao mesmo cliente, terem margens sobre os custos diferentes*" e, por outro lado, "*contratos da mesma área de negócio com margens sobre os custos diferentes em função da entidade adjudicante*" (cfr. página 55).

Quanto à primeira situação, esclareça-se que o exemplo que é referido de obras de remodelação não pode servir para suporte desta afirmação, pois o contexto em que se insere a Área de Projectos e Obras é muito inconstante, havendo uma grande oscilação nos custos de cada projecto, mediante os serviços e acompanhamento respectivo que se afigurem necessários.

Quanto à segunda situação, cada oportunidade detectada pelo SUCH ou pedido de serviços por parte dos associados é analisada criteriosamente, caso a caso, pelo que será frequente e compreensível existirem contratos com alguma similitude, mas que, devido ao contexto em que se inserem e aos factores de custo específicos, apresentem valores distintos e/ou margens variáveis, não obstante respeitar à mesma área de negócio. Com efeito, tal resulta, normalmente, da circunstância de se estar perante associados nos quais a actividade do SUCH tem realidades diferentes, seja pela existência de estrutura operacional do SUCH já existente junto desse associado, seja pela sinergia com

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

outras prestações já em curso nas instalações do associado ou pelos prazos de pagamento por ele praticados e em função da esfera de actuação da ex-direcção regional (as Direcções Regionais foram extintas no âmbito da reestruturação do SUCH e a verticalização das áreas de negocio previstas no Plano Estratégico 2007-2009 aprovado pela Assembleia Geral em 17 de Janeiro de 2007).

11.6 DOS SERVIÇOS DO SUCH INSTALADOS NO PARQUE DE SAÚDE DE LISBOA

274. Refere o RELATO que não se encontra prevista qualquer remuneração do SUCH ao Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa ("CHPL") como contrapartida da ocupação do espaço (cfr. página 38 do Anexo III).

Sucede, porém, que tal afirmação não se afigura correcta, pois o SUCH paga renda ao CHPL pelos diversos edifícios que ocupa no Parque da Saúde de Lisboa, designadamente os Pavilhões 33 A (Central de Incineração), 31ª (Biblioteca), 31B (Áreas de armazenagem e de apoio à central de incineração)

11.7 DA LAVANDARIA DO SUCH INSTALADA NO HOSPITAL DA VIALONGA

275. O Tribunal de Contas vem ainda referir que o Protocolo celebrado em 6 de Outubro de 1999, entre a ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DE SAÚDE DE LISBOA E VALE DO TEJO e o SUCH ("ARSLVT"), por intermédio do qual aquele associado cedeu ao SUCH uma parcela de terreno do HOSPITAL DA VIALONGA, para instalação de uma lavandaria, não estabeleceu qualquer contrapartida em benefício da ARLSVT, nem prevê qualquer remuneração pelo espaço ocupado.

Neste contexto, convém esclarecer que a construção da lavandaria central de Vialonga permitiu a diversas instituições afectas à ARSLVT, - tais como os HOSPITAIS DE SANTA MARIA, PULIDO VALENTE, SÃO JOSÉ, EGAS MONIZ, NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO-BARREIRO, SÃO BERNARDO, ORTOPÉDICO DE

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

SANTIAGO DO OUTÃO, CASCAIS, DISTRITAL DE SANTARÉM, REYNALDO DOS SANTOS – VILA FRANCA DE XIRA E DE TORRES VEDRAS – encerrar as respectivas lavandarias existentes, já obsoletas, evitando custos de renovação/remodelação muito significativos.

Para além dos hospitais afectos à ARSLVT, possibilitou o encerramento de outras lavandarias, também já obsoletas, afectas à ARS DO ALENTEJO e ARS ALGARVE, nomeadamente as sitas nos Hospitais de Portalegre, Elvas, Évora, Beja e Faro.

Tal situação implicou assim a assunção pelo SUCH do investimento de uma infra-estrutura produtiva a partilhar pelos seus associados, evitando os custos de investimento a assumir isoladamente por cada associado na renovação das suas próprias lavandarias.

Conclui-se, pois, que a criação desta unidade produtiva partilhada contribuiu para o funcionamento eficiente dos seus associados e uma boa gestão dos recursos públicos.

11.8 CONSIDERAÇÕES TECIDAS A PROPÓSITO DAS ÁREAS TRADICIONAIS DO SUCH

11.8.1 SOMOS AMBIENTE

276. Na página 42 do Anexo III do RELATO, refere-se ainda que, no respeitante ao negócio de lavagem e tratamento de roupa, não tem existido a prática, na generalidade dos hospitais, de submeter esta área a um procedimento concorrencial, apesar de, como refere o Relatório Preliminar do Plano de Sustentabilidade 2010-2015-SUCH-SOMOS SPS, o SUCH praticar "(…) *preços superiores à concorrência* (…)".

225

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

Todavia, não se poderá generalizar uma tal afirmação, uma vez que o SUCH, em procedimentos de concurso tem apresentado propostas com condições muito favoráveis. Por outro lado importa salientar que o SUCH detêm conhecimentos específicos de lavandarias hospitalares, dispõe de profissionais com formação especializada e detêm instalações e meios adequados e certificados ao tratamento e lavagem de roupa hospitalar de nível superior.

11.8.2 SOMOS EQUIPAS

277. Por fim, o RELATO vem referir que na Área de Projectos e Obras o SUCH tem de recorrer, no âmbito da gestão de obras, a entidades externas, o que penaliza os hospitais e o SNS, visto que as entidades prestadoras de cuidados de saúde têm que suportar todos os custos incorridos pelo SUCH com as subcontratações.

A este respeito, importa esclarecer que o SUCH formula propostas para a gestão de obras (execução de obras) com base em concursos por especialidades – com a participação directa das empresas dessas especialidades e não por via indirecta através do empreiteiro geral, garantindo assim uma maior qualidade e economia – e não para a globalidade da obra – que não permite a selecção das empresas de cada especialidade. Essa prática permite evitar os encargos de administração e lucros normalmente considerados pelo empreiteiro geral nesses subcontratos, o que permite ao SUCH integrar no valor global da proposta os custos de coordenação e gestão da obra e margens, praticando preços similares aos que os hospitais obteriam por lançamento de concursos por empreitada global.

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

§12.º
SÍNTESE CONCLUSIVA

Atenta a extensão e densidade da presente resposta, toda ela merecedora de cuidada análise e da máxima ponderação, faz-se de seguida uma síntese conclusiva que não pretende espelhar, de forma alguma, o conteúdo do presente documento.

1ª. Não assiste qualquer razão ao Tribunal de Contas, seja nas críticas que tece quanto à actuação estratégica desenvolvida pelo SUCH, mormente no quadro dos serviços partilhados constituídos, e (consequente) situação económico-financeira, seja na leitura que faz da implementação dos projectos de cada ACE e respectivas situações económico-financeiras.

2ª. No ciclo estratégico 2006-2009, o SUCH – associação privada sem fins lucrativos e que prossegue o interesse público – viu aumentar o seu volume de negócios em 77%, com impacto significativo em todas as áreas tradicionais de actuação, e criou quatro novas unidades de negócio, três das quais sem qualquer alternativa de mercado – a saber: os novos serviços partilhados em saúde.

3ª. É absolutamente evidente e cristalino que se verifica uma inequívoca inversão da posição do Tribunal de Contas em relação às actividades e correspondentes procedimentos desenvolvidos pelo SUCH. Desse modo, não pode o Tribunal de Contas pretender aplicar infracções financeiras relativas a factos anteriores a Julho de 2009 (pelo menos) e, portanto, a factos anteriores à assunção de um novo entendimento jurisprudencial da normação aplicável, sem que tal implique a violação dos princípios

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

constitucionais da *protecção da confiança* e da *não retroactividade dos ilícitos sancionatórios*.

4ª. Enquanto associação de direito privado, o SUCH não está obrigado a respeitar as normas de direito público concernentes a práticas de gestão.

5ª. O SUCH, na sua gestão interna, rege-se por boas políticas e boas práticas de gestão.

6ª. O SUCH continua a reunir os pressupostos de que depende a sua qualificação como pessoa colectiva de utilidade pública, não existindo razões legais para a cessação de tal estatuto.

7ª. Existe, efectivamente uma relação *in house* entre o SUCH e os seus associados.

8ª. O SUCH não integra, hoje em dia, qualquer associado privado.

9ª. Após a alteração estatutária de 2006, quer à luz do anterior quer à luz do actual regime, o SUCH não tinha que ter observado qualquer procedimento público de contratação para o cometimento dos serviços, identificados no RELATO, respectivamente, ao Consórcio SUCH/EUREST, ao SUCH-DALKIA, ACE, ao SOMOS COMPRAS, ACE e ao SOMOS PESSOAS, ACE.

10ª. Os projectos de cogeração traduzem-se numa forma exemplar de boa gestão dos recursos públicos, comportando benefícios quantitativos e qualitativos para as instituições de saúde, para a sustentabilidade da globalidade do SNS e para o conjunto do erário público.

11ª. A celebração dos contratos com o SUCH-DALKIA, ACE, não se encontrava sujeita a qualquer procedimento pré-contratual público,

228

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

atento o regime jurídico aplicável à contratação no domínio dos sectores especiais.

12ª. A constituição do SOMOS PESSOAS, ACE e do SOMOS COMPRAS, ACE, foi realizada sem qualquer violação do disposto no regime da contratação pública e apresenta características que comprovam a racionalidade económica subjacente a essa decisão.

13ª. Não sendo o SUCH um organismo de direito público, da mesma forma que não estava obrigado a encetar qualquer procedimento pré-contratual para a escolha do parceiro privado na constituição do ACE, não se encontra igualmente obrigado à observância de quaisquer regras na atribuição a terceiros da execução de contratos que lhe tenham sido confiados pelos seus associados.

14ª. O entendimento segundo o qual o pagamento da quota suplementar constituiria um empréstimo dos associados ao SUCH não revela qualquer procedência, pois as contribuições para o património associativo não conferem qualquer direito a restituição, integrando-se definitivamente no património da associação.

15ª. Em face do exposto, é patente a inexistência de qualquer infracção financeira, motivo pelo qual não pode haver lugar à efectivação de responsabilidade financeira sancionatória dos membros do Conselho de Administração do SUCH.

229

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

OS ADVOGADOS

(com procuração junta aos autos)

RUI MEDEIROS
ADVOGADO
Rua Garrett, n.º 64
1200-204 Lisboa
Tel. 21 093 30 00 – Fax. 21 093 30 01
Cont. n.º 136 068 995 Céd. Prof. 8468

JOÃO LAMY FONTOURA
ADVOGADO
Rua Garrett, n.º 64
1200-204 Lisboa
Tel. 21 093 30 00 – Fax. 21 093 30 01
Cont. n.º 225 144 891 Céd. Prof. n.º 20.796L

GISELA ANDRADE
ADVOGADA-ESTAGIÁRIA
Rua Garrett, n.º 64
1200-204 Lisboa
Tel. 21 093 30 00 – Fax. 21 093 30 01
Cont. n.º 247 672 955 Céd. Prof. 30075L

CATARINA PINTO XAVIER
ADVOGADA-ESTAGIÁRIA
Rua Garrett, n.º 64
1200-204 Lisboa
Tel. 21 093 30 00 – Fax. 21 093 30 01
NIF: 231 527 608 Céd. Prof. N.º E31042L

230

DGTC 23 06'10 11609

Alegações do Vice-Presidente do SUCH, no ano económico de 2007

- Contraditório pessoal -

Processo Nº27/09 - AUDIT

Excelentíssimo Senhor
Juiz Conselheiro

Luís Manuel Carvalho Pedroso de Lima, ao ano de 2007 Vice Presidente do Conselho de Administração do SUCH e Presidente do Conselho de Administração do SUCH-DALKIA – Serviços Hospitalares, ACE, identificado nos Autos, conforme Anexo I página 15 a Quadro XIV, pelos seguintes factos, susceptíveis de integrar responsabilidade financeira:

- *" 1.....a não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em 2007 e 2009, para a prestação de serviços de alimentação ao Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE* (enquadrado em 7.1 do Relato);
- *2. a não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em 2007 (adjudicação) e 2009 (renovação), para a prestação de serviços de assistência técnica a instalações e equipamentos das áreas não médicas ao Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE e,*
- *4. a não realização do procedimento de contratação legalmente exigível, em Setembro de 2007, para a instalação e exploração de uma central de cogeração no Hospital de São João, EPE..."*(enquadrado em 7.2 e 8.1.1 do Relato),

assim identificado,

vem, nos termos do artigo 13º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aprovada pela Lei nº98/97, de 28 de Agosto, com as alterações que lhe foram introduzidas pelas Leis nºs 48/2006 e 35/2007, de 29 de Agosto e 13 de Agosto, respectivamente, apresentar o exercício do contraditório, de harmonia com a sistematização constante das conclusões do respectivo e Vosso Douto Relatório de Auditoria, que faz de entre os actos reportados ao seu mandato, *in casu*, 1, 2 e 4 identificados e referentes a 2007, conforme consta do Vosso Quadro XIV do Anexo I.

Sem prejuízo de, em função das matérias e para redacção mais clara, em sede de análise casuística, se volte, por vezes, a referir alguns enquadramentos justificativos, integrados naqueles primeiros.

1º Assim, conforme síntese constante do Quadro referido supra, ao Signatário é atribuída a responsabilidade de ter praticado factos, susceptíveis de integrar responsabilidade financeira, por violação do disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 3º e nº 1 ou 3 do artigo 80º, ambos do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, e o nº 2 do artigo 2º e alínea b) do nº 1 do artigo 20º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro.

2º E, como tal, incorrendo em responsabilidade financeira sancionatória, nos termos do disposto da alínea b) do nº 1 e nºs 2 a 5 do artigo 65º da LOPTC.

3º Assim, como se reconhece e consta do Vosso Relato (volume I) insito no Processo nº 27/2009, o SUCH foi criado pelo Decreto-Lei nº46668, de 24 de

1

DGTC 08 08 10 10771

Novembro de 1965, e desde então, sempre suscitaram dúvidas quanto à sua natureza legal, mormente pela questão da sua natureza privada/pública, se pessoa colectiva de direito privado ou pessoa colectiva pública e ainda, quanto ao regime jurídico consequente da intervenção do direito privado, mormente quanto aos inerentes ao seu pessoal e realização de despesas, enquadramento financeiro, e patrimonial e, desde logo, a natureza dos tribunais apreciadores das matérias geradas pelo decurso das respectivas actividades em seus sectores *(O SUCH, tendo sido criado por despacho ministerial datado de 22 de Abril de 1966 com vista à prestação de serviços aos seus associados, por forma a garantir o funcionamento mais ágil e eficiente dos mesmos, prossegue, na verdade, a sua actividade não apenas em conformidade com a missão que estatutariamente lhe foi confiada, mas também de acordo com os termos previamente àprovados pelo conjunto das entidades adjudicantes que compõem o seu substrato pessoal, no âmbito da Assembleia-Geral. Mesmo o exercício de actividades em "regime de concorrência e de mercado", para além da necessidade de observar o disposto no artigo 2º, nº 4, dos Estatutos, que exige que da actuação em causa não resulte qualquer prejuízo para os associados, mas antes vantagens assinaláveis, no plano económico ou tecnológico, deve conformar-se com as determinações emitidas pelos mencionados associados, nomeadamente, nos planos estratégicos e de actividades por estes aprovados).*

4º Criado, com o objectivo de dar resposta à complexidade da exploração económica e da organização das actividades de natureza hospitalar, que manifestamente excedem a iniciativa e capacidade individual, de cada uma das unidades hospitalares, *de per si*, sempre relevaram o pressuposto da cooperação interinstitucional.

5º Sendo que, por força do artigo 1º do Decreto-Lei nº12/93, de 15 de Janeiro, e com a execução dos procedimentos aí previstos, o SUCH retomou a estrutura associativa e a natureza jurídica que os caracterizava enquanto pessoa colectiva criada ao abrigo do citado Decreto-Lei nº46668, de 24 de Novembro de 1965.

6º Logo, o SUCH, associação de entidades hospitalares públicas e privadas e de instituições particulares de solidariedade social que se dedicam à promoção e protecção da saúde, viram, pelas finalidades estatutárias e capacidade interventora estadual, qual tutela administrativa, definitivamente resolvida a polémica, passando a ser clara a natureza jurídica que os tipifica como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa (artigos 1º e 2º dos Estatutos).

7º Passando, assim, dado que tem por finalidade a prestação de certos serviços aos seus associados para um funcionamento mais ágil e eficiente destes, e em regime de cooperação e entre ajuda, desenvolvem a sua actuação num plano material e eminentemente cooperativo.

8º Como tal, sem prejuízo da evolução legislativa, cronologicamente supra referida, o regime de actuação dos SUCH, a finalidade com que foi criado e as relações com os associados, situam-se materialmente no plano da auto-satisfação das necessidades da Administração Pública, logo, fora dos

2

pressupostos do regime geral da contratação de bens e serviços, assentes nos compromissos inerentes à necessidade de contratação externa, salvaguardando-se os princípios da concorrência, da igualdade e da imparcialidade, tendo em vista a manutenção da igualdade entre operadores e, em suma, da estabilidade do comércio jurídico.

9º Assim determinava o já referido Parecer do nº1/95 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, o qual, pese embora solicitado e pronunciado ao abrigo do Decreto-Lei nº211/79, de 12 de Julho, foi considerado na ordem jurídica interna já com o diploma sucessor, o Decreto-Lei nº55/95, de 29 de Março, em vigor, só revogado pelo regime actualmente em vigor, o Decreto-Lei nº197/99, de 8 de Junho.

10º O que por si só, e essencial pela filosofia imbuída das regras comunitárias sobre a presente matéria, desde o Decreto-Lei nº55/95, de 29 de Março, e pode justificar as dúvidas apresentadas, pese embora sempre tenha entendido, materialmente, que era de entender a remissão inerente à sucessão de regimes.

11º O Parecer nº145/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, para além de reforçar os pressupostos sobre o enquadramento *jusmaterial* da instituição, culmina na aferição de que pelos procedimentos constantes dos seus Estatutos, os SUCH devem ser considerados como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, sujeita, face a alguns dos seus actos, a tutela integrativa do Estado, tendo como principal função a prestação de certos serviços aos seus associados, para um funcionamento mais ágil e eficiente destes e em regime, materialmente considerado, de cooperação e entreajuda, sem apelo a recursos exteriores.

12º Pelo que, sempre se entendeu que a actividade do SUCH no âmbito do desenvolvimento da prorrogativa estatutária relativa ao funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados e em regime, materialmente considerado, de cooperação e entreajuda, sem apelo a recursos exteriores, está excluída dos pressupostos de aplicação dos diplomas supra citados, logo recorrendo-se à contratação como formalismo consequente da adjudicação directa.

13º Fora desse âmbito e sempre que os SUCH surjam como donos de obra ou adjudicantes e careçam de contratar com terceiros, compreendem-se no determinado âmbito de aplicação subjectiva dos diplomas mencionados, logo devendo cumprir os também citados mais elementares princípios subjacentes a um Estado de Direito

14º Em suma, o actual Parecer em análise acaba por reforçar a interpretação que sempre se entendeu quanto à sucessão legislativa dos sectores em apreço, expressando, relativamente ao Parecer nº1/95 anterior a subsunção da factualidade resultante da sua actividade como dono de obra ou adjudicante às normas subjectivas dos Decretos-Lei nº59/99 e 197/99, respectivamente de 2 de Março e 8 de Junho.

3

15º Assim, têm-se entendido que os Protocolos em causa, estabelecido entre o SUCH e seus associados, bem como através de entidades suas participadas maioritariamente, tem por objecto a adesão à prestação aos seus associados de serviços, sendo que os mesmos não visam estabelecer relações contratuais sujeitas aos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade que norteiam a contratação pública, plasmados na referida legislação, sendo que quanto ao Signatário, apenas o seu âmbito deve ser entendido tendo por base o Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, bem mais claro quanto ao seguimento deste entendimento, como aliás referido no próprio Relato da Douta Auditoria.

16º O mencionado acordo antes se integra, na verdade, "no domínio da auto-satisfação de interesses a que a Administração Pública, independentemente da forma que revista, pode, no uso dos seus poderes de gestão, preferir recorrer, em alternativa à aquisição externa dos bens e serviços necessários ao desenvolvimento da sua actividade".

17º Nessa conformidade, considera-se que a referida situação, pela sua natureza, não se encontra abrangida pela aplicação das regras sobre a contratação pública, não estando, nessa medida, submetida aos procedimentos pré-contratuais que aí se encontram previstos.

18º Cumpre assinalar que esta posição vem de encontro com o entendimento propugnado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, nos Pareceres nº 1/95, de 9 de Março de 1995, e 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, a respeito da relação entre o SUCI-I e os seus associados.

19º Nesses pareceres - como adiante se verá -, concluiu-se que os serviços prestados pelo SUCH aos associados, no exercício das suas atribuições, encontram-se excluídos dos pressupostos de aplicação das normas sobre contratação pública.

20º A mencionada posição encontra idêntico acolhimento - como também se confirmará mais adiante - na doutrina erigida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TjCE) e entretanto transposta para o nº 2 do artigo 5º do Código dos Contratos Públicos! (CCP), no sentido da não aplicação das regras de contratação pública aos contratos celebrados no âmbito das relações internas (ou quase internas) da Administração, igualmente conhecidas por relações *in house*.

21º Aliás, na defesa deste postulado, o Signatário relembra que o Acórdão nº 143/2009 desse Douto tribunal referiu que " ... a posição exarada pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, nos Pareceres nº 1/95 e 145/2001, "não pode já ter-se como segura e (.. .) sequer como actual e válida", uma vez que se, em dado momento, "era relativamente ampla a possibilidade de caracterizar determinados tipos de contratação entre entes públicos como auto-satisfação de necessidades", "assistiu-se, entretanto, a uma significativa evolução das circunstâncias".

22º Ora, sem prejuízo das Directivas ditas entradas em vigor nos termos desse Acórdão, e agora plasmadas pelo CCP, são factos integrados na ordem jurídica

4

nacional *a posteriori* do momento a que se reportam os factos de que vem citado o Signatário.

23º Porém, ainda assim, e na senda da jurisprudência comunitária, entende-se que a mesma densificou as excepções à aplicação do regime comunitário de contratação pública e declarando o seu carácter restritivo.

24º Por outro lado, pese embora secundária para o hiato a que respeitam os factos apurados, o certo é que o CCP, não só alarga significativamente o âmbito dos contratos cuja formação fica submetida aos procedimentos nele regulados, como expressamente consagra, no seu artigo 5°, nº 2, a doutrina proferida pela jurisprudência comunitária sobre as relações *in house*.

25º Assim, desde logo, cumpre deixar claro que, aquando da emissão do Parecer nº 145/2001 da Procuradoria-Geral da República e tendo por referência a situação actual, não era relativamente (mais) ampla a possibilidade de caracterizar determinados tipos de contratação entre entes públicos como auto satisfação de necessidades.

26º É certo que o artigo 1º, na sua alínea c), da Directiva nº 92/50/CEE, conjugado com o artigo 6° da mesma Directiva, foi inicialmente interpretado por alguns Autores no sentido de que ficariam excluídos da regulação comunitária os contratos celebrados entre dois entes públicos.

27º A verdade, porém, é que esta não correspondia à correcta interpretação dos citados preceitos, não tendo sido necessário aguardar-se muito para que a interpretação ficasse estabilizada, como veio a acontecer através do Acórdão TECKAL em 18 de Novembro de 1999, que inequivocamente esclareceu que o regime comunitário sobre contratação pública "é aplicável quando uma entidade adjudicante, como uma autarquia local ou regional, pretende celebrar por escrito, com uma entidade dela distinta no plano da forma e dela autónoma no plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha por objecto o fornecimento de produtos, quer esta entidade seja ela própria uma entidade adjudicante ou não".

28º Para efeitos de aplicação da mencionada directiva, "basta, em princípio, que o contrato tenha sido celebrado entre, por um lado, uma autarquia local ou regional e, por outro, uma pessoa dela juridicamente distinta".

29º Deste modo, tendo sido emitido em data posterior à aprovação do Acórdão TECKAL, e destinando-se precisamente a confirmar a actualidade do parecer anterior (Parecer nº 1/95), o Parecer nº 145/2001 não terá deixado de atender à mencionada explicitação.

30º Mais, o Acórdão TECKAL não se limitou, porém, a afirmar a tendencial sujeição de todos os contratos celebrados entre entidades adjudicantes às normas comunitárias sobre contratação pública, tendo reconhecido a existência de situações que consubstanciam a defesa da doutrina das relações *in house*, destinada a acautelar as relações que a Administração estabelece com os seus entes instrumentais, isto é, com pessoas colectivas, públicas ou privadas, por si

5

criadas com o objectivo de agilizar a sua actuação em ordem à satisfação das necessidades colectivas.

31º Na base desta doutrina, está o reconhecimento de que a sujeição da Administração às exigências postas pela necessária construção de um mercado concorrencial só subsiste nas hipóteses em que esta não opte, discricionariamente, pelo recurso aos seus próprios serviços para, em regime de autoprodução, satisfazer, por si própria, as respectivas necessidades.

32º Afinal, o próprio Direito comunitário reconhece explicitamente a possibilidade de as entidades administrativas, enquanto poderes adjudicantes, cumprirem as tarefas de interesse público que lhes incumbem pelos seus próprios meios administrativos, técnicos e outros.

33º Ora, conforme o próprio Acórdão acaba implicitamente por reconhecer, é precisamente esta ideia que subjaz aos pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral da República (e, conforme se evidenciou, à celebração dos Protocolos), ou seja, a ideia expressa, nesses pareceres, de que o "plano da auto-satisfação das necessidades da Administração" não se encontra abrangido pelas normas sobre contratação pública ou, por outras palavras, de que a aplicação destas normas deixa de ter razão de ser nos casos em que" a Administração, directa ou indirectamente, crie ou participe na criação de mecanismos ou estruturas de auto-satisfação de carências, de modo a tornar dispensável o convite externo ao fornecimento de bens ou a prestação de serviços de que necessite.

34º Perante isto, considera-se que não existem razões para afirmar que o entendimento adoptado pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República assenta, afinal, numa interpretação desactualizada das normas comunitárias sobre contratação pública e, em particular, do respectivo âmbito de incidência.

35º Desde logo, resulta claro que o mencionado entendimento, não foi emitido num alegado quadro de incerteza relativamente aos termos de sujeição dos contratos inter administrativos ás normas de contratação pública.

36º Na verdade, no momento da aprovação do Parecer nº 145/2001, a mencionada questão já havia sido objecto de adequada clarificação no acórdão TECKHAL, tudo indicando que o mencionado parecer procedeu à confirmação da posição defendida no Parecer nº 1/95, com base numa interpretação conforme com a doutrina expendida nesse Acórdão (cuja validade actual se afigura, por todos, inquestionável), a respeito das relações *in house*.

37º A este respeito, com efeito, entendemos que os pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República procedem à valoração de requisitos idênticos àqueles que são exigidos no quadro da doutrina das relações *in house* - e que se encontram, hoje, nomeadamente, estabelecidos no artigo 5º, nº 2, do CCP, conforme se comprova pelas referências aí contidas:

6

- i.) em primeiro lugar, à inexistência de uma "diferença material ou juridicamente relevante entre a auto-satisfação de necessidades através (directamente) de meios próprios ou a satisfação dessas mesmas necessidades de funcionamento" através do SUCH, enquanto conjunto "de meios (ou organização de meios) postos em comum, para uso exclusivo dos associados" (ou seja, à verificação do primeiro requisito da doutrina das relações *in house*: detenção pela entidade adjudicante de um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, e, por seu turno;
- ii.) ao facto de "natureza do SUCH e as respectivas finalidades estatutárias (assistência técnica a equipamentos dos associados e gestão de unidades, nomeadamente lavandarias, centrais e transportes) revela(re)m uma vocação e objectivos que apenas se compreendem na imediata relação com os seus associados", e, sobretudo, à afectação das utilidades disponibilizadas pelo SUCH a "uso exclusivo (ou quase) dos associados" (o que indicia o preenchimento do segundo requisito, correspondente à realização pelo adjudicatário do essencial da sua actividade às entidades adjudicantes que o controlam).

38º Por aqui se vê, portanto, que o entendimento expresso nos pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República se revela, na verdade, absolutamente conforme com a teorização efectuada pela jurisprudência comunitária a propósito das relações *in house*, igualmente coincidindo com os termos mediante os quais essa teorização foi transposta para ordenamento jurídico nacional, por intermédio do artigo 5º, n.º 2 do CCP.

39º Aqui chegados, cumpre, pois recordar que o SUCH encontra-se obrigado a desenvolver o essencial da sua actividade na realização de serviços tendentes a assegurar "o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados" e, desse modo, a contribuir para a melhoria do Sistema Nacional de Saúde (cfr. artigo 2º, nº 1, dos Estatutos do SUCH).

40º É aqui que reside, de facto, a razão de ser do SUCH e a força motriz de todas as suas condutas e decisões.

41º Não se pense, aliás, que a afectação do SUCH à satisfação de necessidades dos seus associados se situa num plano meramente teleológico ou estatutário; a mesma tem, na verdade, manifesta repercussão no funcionamento e actividade reais desse serviço: basta relembrar que as actividades realizadas pelo SUCH em benefício de não associados representam menos de 10% da sua facturação global do SUCH.

42º Em contrapartida, 89,42% da actividade do SUCH corresponde a prestações efectuadas aos seus associados públicos (incluindo-se aqui apenas os serviços da Administração Central, os institutos públicos e entidades públicas empresariais), ascendendo os serviços prestados aos seus associados em geral a 90,18% da facturação global.

43º Neste mesmo sentido, importa ter presente que, no contexto comunitário, apesar de se propugnar a relativização dos resultados extraídos da aplicação de puros critérios quantitativos na aferição da existência de relações *in house*,

7

tende-se a apelar, na tarefa de densificação dos requisitos da relação in house (em particular, do requisito do «essencial da actividade»), e tendo sobretudo em vista situações em que existe um vínculo económico sinalagmático entre as duas entidades em causa, para os critérios quantitativos estabelecidos em disposições comunitárias paralelas — como é o caso do artigo 23º, nº 3, da Directiva nº 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, Cfr. (conclusões da Advogada-Geral CHRISTINE STIX-Hackl, no Processo C-26/03), concluindo-se, nessa conformidade, pela existência de uma relação *in house* em casos em que, pelo menos, 80% da actividade do adjudicatário é realizado em benefício da entidade adjudicante.

44º À luz do exposto, resulta, pois, evidente a afectação quase exclusiva do SUCH aos interesses comuns dos seus associados e, nessa medida, o preenchimento do segundo requisito exigido para a aplicação da excepção *in house* («essencial da actividade»).

45º Com efeito, as actividades realizadas pelo SUCH a não associados não só revestem carácter manifestamente marginal, como se destinam, nos termos exigidos pelo artigo 2º, nº 4, dos Estatutos do SUCH, à consecução de vantagens para os seus associados, quer no plano económico, quer no plano de enriquecimento e valorização tecnológica.

46º Para além do que ora se refere, cumpre salientar que as entidades privadas, não associadas do SUCH, constituem, em todo o caso, instituições de saúde integradas no Sistema Nacional de Saúde, que se encontram envolvidas em actividades de promoção e protecção da saúde e, por esse motivo, apresentam necessidades similares às dos associados, em face do interesse público subjacente às respectivas actividades e às fortes exigências (igualmente de interesse público) que acompanham o exercício das mesmas.

47º Por fim, impõe-se esclarecer que os ACE que foram criados pelo SUCH e que se pretende fazer crer como sinais de um alegado processo de "empresarialização" do SUCH representam, na verdade, apenas mais uma iniciativa passível de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos associados e do Sistema Nacional de Saúde.

48º A criação dessas entidades consistiu, na verdade, numa decisão aprovada pela Assembleia-Geral do SUCH com vista a reforçar o apoio prestado por esse serviço em diversos domínios cruciais de suporte para a actividade dos seus associados, ou seja, a melhorar as condições de exercício ou de resultado das actividades desenvolvidas pelo SUCH em benefício dos seus associados.

49º Em primeiro lugar, importa sublinhar que o ACE não integra qualquer empresa privada, contando apenas com as participações do SUCH e dos três centros hospitalares de Lisboa, seus associados.

50º Paralelamente, cumpre deixar claro que a estrutura organizativa do SUCH não comporta a representação nos respectivos órgãos sociais (seja na

8

Assembleia-Geral, no Conselho de Administração ou no Conselho Fiscal) de representantes dos ACE por ele criados ou dos respectivos membros.

51º Por seu turno, e de um modo geral, cabe referir que a detenção por parte do SUCH de participações noutras entidades, nomeadamente, sob a forma de agrupamentos complementares de empresas, não tem quaisquer implicações no controlo que, no quadro dessa associação e, em particular, no âmbito da formação das suas decisões, é exercido pelo conjunto das entidades adjudicantes que a compõem.

52º E é fácil perceber porquê, pois as entidades participadas não têm, por natureza, a faculdade de intervir ou condicionar o modo de gestão das entidades que nelas participam, não desvirtuando assim a influência determinante que sobre o SUCH é exercida pelos associados, quer no que toca aos seus objectivos estratégicos, quer no que respeita às decisões vitais da administração. Na verdade, a aquisição de participações e, sobretudo, a determinação do modo de exercício dos direitos inerentes acaba, aliás, por representar uma manifestação dessa influência, na medida em que decorre de uma decisão adoptada pelos associados do SUCH, representados na respectiva Assembleia-Geral (cfr. artigo 15º, nº 1, alínea h) dos Estatutos do SUCH).

53º Em face do exposto, e em conclusão, parece claro que a simples possibilidade de o SUCH deter entidades por si participadas, por forma a assegurar determinadas prestações necessárias ao exercício das atribuições que lhe competem, não pode servir para infirmar a especial natureza da sua relação com os associados e, nessa medida, obstar à aplicação das excepções que sempre estiveram consignadas e que o próprio Direito comunitário se encarregou de esclarecer e estabilizar, como resulta na versão transposta para o ordenamento jurídico nacional por força do estabelecido no artigo 5º, nº 2, do CCP.

54º O que ora se refere surge, aliás, reforçado *in casu* pelo facto de, no quadro das actividades que integram os actos eventualmente passíveis de responsabilidade financeira sancionatória e objecto dos serviços identificados no decurso de 2007 como da autoria do Signatário, haver lugar, apenas à intervenção de um ACE constituído pelo SUCH, devidamente autorizado e garantindo todos os pressupostos, nomeadamente os da eficiência económica.

55º Com efeito, e conforme página 52º do Relato desse Douto Tribunal reconhece-se que, pese embora o estudo haja sido feito pela própria entidade adjudicatária, foi aceite pela entidade adjudicante,

56º Estudo que se baseou em reconhecidos estudos previsionais que garantiram o seu equilíbrio económico, contendo cláusulas de salvaguarda suficiente para controlo da respectiva execução financeira pelas partes.

57º Por outro lado, a faculdade prevista nos citados acordos, que autoriza o SUCH a "recorrer a meios disponibilizados por empresas da especialidade" para a execução dos trabalhos previstos reforça a obtenção das melhores

9

condições económicas e técnicas, para a realização do fim do contrato e, desse modo, (...) a realização do interesse público.

58º Na presente sede, importa, ainda, esclarecer que as prestações previstas nos actos identificados como da responsabilidade do Signatário, integram, pela sua natureza, as áreas de actividade tradicional do SUCH, dispondo este serviço de meios adequados para a sua execução com comprovados níveis de eficiência, eficácia e racionalidade.

59º Pelo que daqui se extrai que o SUCH não só apresenta efectiva capacidade para a execução dos trabalhos, como, conhecendo em pormenor as situações e dispondo muitos dos equipamentos a implantar no âmbito da realização desses trabalhos em stock, detém especiais condições para o efeito.

60º Sem prejuízo do que ora se refere, a verdade é que o SUCH terá, em certos casos e com vista a complementar os seus próprios meios, de recorrer aos bens e serviços de entidades externas, para a execução de algumas prestações de fornecimento e montagem previstas.

61º Apenas neste quadro será exercida a faculdade prevista não se considerando que um tal exercício seja passível de pôr em causa a realização dos fins visados com esse acordo.

62º As considerações acima apresentadas permitem verificar que as condições oferecidas são comprovadamente favoráveis para os interesses dos associados.

63º Mais do que isso, porém, é possível afirmar que tais condições representam, na verdade, as melhores condições possíveis.

64º Com efeito, importa recordar que o SUCH foi criado com vista a "tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão" (cfr. artigo 2º, nº 1, dos Estatutos).

65º Por outras palavras, e como foi evidenciado no Parecer nº 1/95 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, o SUCH tem como objecto primordial "prestar serviços aos associados, procurando obter reais vantagens para estes, teleologicamente sem objectivo de lucro".

66º Na prossecução desse objectivo, o SUCH tem desenvolvido novos meios e técnicas adequados à prestação de serviços que até aí correspondiam a funções internas dos associados, com recursos próprios alocados, procurando, nessa medida, promover o reforço efectivo e eficaz dos meios directamente aplicados na actividade de prestação de cuidados de saúde.

67º Como é evidente, os serviços que, nesse âmbito e, sobretudo, à luz do referido intuito, são prestados dificilmente encontram correspondência no mercado, o qual está, por natureza, direccionado à obtenção de lucro.

10

68º Neste sentido, importa, aliás, remeter para as conclusões alcançadas no Relato de Auditoria emitido do qual se pode inferir mesmo que "a derrogação excepcional às regras da contratação pública, que tem por base a finalidade principal do SUCH" não coloca em risco as boas práticas de bom governo, uma vez que os contratos celebrados com o SUCH têm sido objecto de processos de reavaliação, conduzindo à redução de preços, com base na "avaliação das condições do mercado, através de prospecções feitas, com o apoio dos fornecedores.

69º A este propósito estribamo-nos no Relato da Douta Auditoria financeira de 2009 desse Tribunal no âmbito do Centro Hospitalar do Médio Tejo, EPE.

70º Nestes termos, considera-se plenamente assegurado o princípio da realização do interesse público, em defesa do seu entendimento.

71º Assim, como se constata, o SUCH tem encetado os seus maiores esforços, humanos, materiais e financeiros, no desempenho das tarefas inerentes ao cumprimento da missão que lhe foi cometida, procurando adaptar os seus serviços às necessidades do sector, oferecendo as melhores condições e técnicas disponíveis e, impõe-se sublinhar, nunca se recusando a satisfazer as solicitações dos seus associados.

72º Importa referir que o cumprimento dessa missão tem, em certos casos, implicado a realização pelo SUCH de investimentos que ascendem a vários milhões de euros.

73º É, pois, com inegável sacrifício económico que o SUCH tem assegurado a prossecução das suas atribuições, em único e exclusivo benefício dos seus associados.

74º Na verdade, no quadro do exercício dessas atribuições, o SUCH tem-se confrontado, com um generalizado atraso no pagamento dos valores devidos por conta dos serviços efectuados aos seus associados, atraso esse que ascende, em média, a cerca de 1 ano e meio, continuando o SUCH, apesar de tudo, a assegurar a prestação dos serviços solicitados e, nessa medida, a suportar integralmente os custos correspondentes.

75º Tudo o que ora se refere permite claramente demonstrar que o SUCH não representa, uma estrutura ordenada à prossecução de lucro, de acordo com a pura lógica de mercado, mas apenas um mero braço dos associados para a auto-satisfação das suas necessidades, sem quaisquer pretensões ou, sequer, preocupações de lucro ou rendibilidade própria, unicamente direccionado para a obtenção de acréscimo de eficiência e poupança ao nível do Sistema de Saúde.

Em conclusão, e sem que o mesmo seja considerada concessão ao argumentário supra aduzido,

A) e na senda do referido no Vosso Douto Relato a páginas 9 e seguintes,

11

refere-se que *"... Após a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, o Tribunal de Contas recusou o visto a contratos celebrados entre o serviço Comum dos Hospitais e as entidades do Sector Público suas associadas, por os mesmos não estarem abrangidos por qualquer excepção à aplicação do regime da contratação pública, nomeadamente a estabelecida no artigo 5º, nº 2 do referido Código ..."*.

B) E que, *" ... Contudo, para que haja infracção financeira, não basta que estejamos perante um facto ilícito, no caso concreto, a violação das normas que regem a adjudicação dos contratos públicos. É necessário, também, que o facto seja culposo e, nesta sede, considerando designadamente que, até 2009, o enquadramento das relações das entidades do Sector Público com a Associação, constantes dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, apenas pontualmente foi questionado ..., e a existência de diversos pareceres jurídicos que corroboravam este entendimento, os responsáveis da entidades públicas adjudicantes actuaram com a diligência que lhes era exigida, não sendo de considerar, na presente auditoria, como infracções financeiras*".

C) Por outro lado, a páginas 36 do Douto Relato reforça-se o enquadramento, referindo, ainda, que, para que o acto seja ilícito, seria preciso não atender ao *"... facto de ter sido introduzida uma norma no CCP (o artigo 5º, nº 2) que aparentemente, dava acolhimento a estas relações ..."*, e,

D) "*... A situação de nunca as relações jurídicas entre o SUCH e os respectivos associados, em matéria de aquisição de serviços, ter sido objecto de uma acção de fiscalização específica por parte do tribunal de Contas ou, que se conheça, por parte de um órgão de controlo interno ...*".

E) Ora, não só os factos aqui em questão se reportam a 2007, como,

F) finalmente, quanto a este enquadramento, e em sede de defesa, que mais não acaba por ser do que uma mera constatação de facto e de direito, e na presunção do afastamento da responsabilidade inerente ao enriquecimento sem justa causa, importa invocar os termos do artigo 473º do Código Civil.

G) O conceito de enriquecimento sem causa estatuído civilisticamente é muito controvertido e o legislador sabiamente não o definiu, em concreto, limitando-se cautelosamente a facultar ao intérprete algumas indicações capazes de, como meros subsídios, auxiliarem a sua formulação.

H) A causa do enriquecimento sem causa varia consoante a natureza jurídica do acto que lhe serve de fonte. (Pires de Lima e Antunes Varela; Código Civil anotado; volume I; 2ª edição revista e actualizada; 1984; anotações ao artigo 473º - páginas 399 e seguintes).

I) E assim sendo, como, pese embora se pode concluir do Vosso Douto Relato, no caso vertente não se tipifica qualquer indício do ilícito, conforme preceitua, quer o nº1 quer o nº2 do citado artigo 473º do Código Civil, já que na maioria

12

das situações invocadas é sempre passível, porque verdadeiro, ser invocado o estado de necessidade objectivo institucional.

J) É nestes termos que estamos convictos, sem prejuízo de sempre continuarmos empenhados na melhoria dos procedimentos, e pugnando, sempre que sugerido pela Tutela, no desenvolvimento de um regime jurídico mais adequado, porque especial, ao enquadramento da actividade, fizemos o possível para que não se consubstanciassem quaisquer situações de facto, e de direito, passíveis da assumpção de responsabilidades financeiras, quer reintegratória, quer sancionatória, e mesmo irregularidades ou ilicitudes que merecessem dar conhecimento a quaisquer outras entidades, no desenvolvimento sempre último, do opinado bem de mérito que revela ser a prestação de cuidados de saúde

K) Porque, com efeito e relevada a presunção de se acolher a melhor decisão sobre a questão (aliás no seguimento de *Alejandro Nieto, Derecho Administrativo Sancionador, 2ª edição, Madrid, Tecnos, 1994, página 334*), sempre se entendeu que relativamente à tipificação da responsabilidade em apreço, torna-se necessário, relativamente à sanção reintegratória ter-se agido sem que o Estado fosse compensado em sede de enriquecimento sem causa, quanto à prática do acto ilegal, se como tal fosse determinado.

L) Ora, parece que o Estado sempre beneficiou de tal alcance, dadas as medidas e instrumentos tomados como rectificativos, para além da recepção do produto das aquisições feitas, de harmonia com o artigo 59º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aprovada pela Lei nº98/97, de 28 de Agosto.

M) E que quanto à responsabilidade sancionatória se torna necessário tipificar a respectiva culpa, de harmonia com o nº3 do artigo 67º, aplicando-se com as necessárias adaptações os artigos 61º, 62º e 64º, todos da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aprovada pela Lei nº98/97, de 28 de Agosto

N) Já para não falar na assumpção de que no Direito Administrativo sancionador, de carácter não penal, o dolo e a negligência têm de estar directamente relacionados com os mais elementares princípios consagrados nos procedimentos da Administração Pública (igualdade, boa fé, eficácia, imparcialidade, justiça, diligência e o interesse público-*Fabio Medina Osório, Direito Administrativo Sancionador, Revista dos Tribunais, S. Paulo, Brasil, 2000, página 317*).

O) E em verdade, nenhuma das condutas, ou suas omissões, apontadas, pode consubstanciar qualquer referência tipificada de dolo ou até negligência.

P) Pelo que, de harmonia com a Lei n.º 35/2007, de 13 de Agosto, que aprovou a quinta alteração à Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, e nos termos do seu artigo único que deu nova redacção ao artigo 65º desta, alterada pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, e

13

48/2006, de 29 de Agosto, requer-se a relevação da responsabilidade da eventual infracção financeira, já que:

Q) Não houve, por referência a 2007, antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correcção da irregularidade do procedimento adoptado. Antes pelo contrário, conforme seguimento de vários pareceres jurídicos e os do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República;

ii) Ter sido a primeira vez, por referência a 2007, que o Tribunal de Contas censurou o seu Autor pela prática em causa;

iii) Nunca ter havido auditoria de controlo interno sobre esta matéria à data de 2007;

R) Ou, ainda que concedendo, por se evidenciar, pela demonstração supra, suficientemente, que a eventual falta, a existir, só poderia ser imputada ao seu autor a título de negligência.

ED,

Lisboa, 9 de Junho de 2010,

(Luís Manuel Carvalho Pedroso de Lima)

- *Com conhecimento ao Conselho de Administração do SUCH.*

14

Tribunal de Contas

Auditoria orientada às aquisições de bens e serviços das Instituições do SNS através do SUCH e de agrupamentos complementares de empresa por ele constituídos

SUCH

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

Processo n.º 27/2009 – Audit

Relatório n.º 31/2010

Volume III - Anexos

Índice

ANEXO I – Evolução histórica e órgãos sociais do SUCH 5
1. Evolução histórica do SUCH e da respectiva natureza jurídica 5
2. Órgãos estatutários 9
3. Entidades participadas pelo SUCH 11
ANEXO II – Subsunção das relações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação *in house* 13
1. Dependência jurídico-material – a existência de controlo análogo 13
1.1. Influência dominante do Sector Público vs controlo análogo 13
1.2. A titularidade do poder de controlo 15
1.3. A intensidade e âmbito do controlo 16
2. Dependência económica 19
2.1. As circunstâncias quantitativas 20
2.2. As circunstâncias qualitativas 21
ANEXO III - Áreas tradicionais de actividade do SUCH 29
1. Áreas tradicionais 29
1.1. Somos Ambiente 29
1.2. Somos Equipas 30
1.3. Somos Nutrição 33
1.4. Outras áreas de actuação do SUCH 33
2. Contratos celebrados entre o SUCH e as entidades seleccionadas 34
ANEXO IV – Novas áreas de actividade – serviços partilhados 39
1. Actos do Governo relativos aos serviços partilhados do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais 39
2. A estratégia de constituição de parcerias para a criação de unidades de serviços partilhados 41
ANEXO V – Somos Pessoas, ACE 45
1. Análise do estudo de viabilidade económica 45
2. Revisão do estudo de viabilidade económica 47
3. Breve análise à situação económico-financeira 49
ANEXO VI – Somos Contas, ACE 51
1. Análise do estudo de viabilidade económica 51
2. Breve análise à situação económico-financeira 53
ANEXO VII – Somos Compras, ACE 57
1. Análise do estudo de viabilidade económica 57
2. Revisão do estudo de viabilidade económica 58
3. Breve análise à situação económico-financeira 59
ANEXO VIII – Notas de emolumentos 63

ANEXO I – Evolução histórica e órgãos sociais do SUCH

1. Evolução histórica do SUCH e da respectiva natureza jurídica

1ª fase – 1966 a 1975

O SUCH foi criado ao abrigo do **DL n.º 46 668, de 24 de Novembro de 1965,** e nos termos do art.º 417º do **Código Administrativo** de 1940[1], por **estatutos aprovados por despacho ministerial de 22 de Abril de 1966**[2], decorrendo do preâmbulo daquele diploma, do seu articulado e das disposições do Código Administrativo relativas a pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, que os mesmos seriam uma **pessoa colectiva privada** e teriam uma natureza **cooperativa/associativa.**

Nos termos do art.º 1º, n.º 1, do DL n.º 46 668, os serviços de utilização comum tinham como **finalidade** "***obter o melhor rendimento económico***" e como principais destinatários as **instituições particulares de assistência**[3]. Os **estabelecimentos hospitalares do sector público** poderiam participar naqueles serviços, mediante autorização do ministro com a tutela da Saúde, "***desde que daí resultem reais vantagens***".

As justificações para a criação de serviços de utilização comum encontram-se melhor explanadas no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 46 668, que se passa a citar:

> "*As actividades de natureza hospitalar suscitam **problemas de exploração económica e de organização** que, com toda a evidência, excedem a capacidade dos hospitais, quando tomadas isoladamente.*
> *Os **grandes equipamentos** (…) são de tal modo caros e de sustentação difícil e dispendiosa que só a título de excepção se encontram hospitais preparados para, de modo exclusivo, os adquirir e manter.*
> *O mesmo sucede com **instalações industriais** – padarias, lavandarias, transportes – ou ainda com **centrais de trabalho administrativo**, como sejam as de mecanografia para contabilidade, estatística, etc.*
> *(…) não há, em parte alguma, disponibilidades financeiras para facultar a cada hospital a totalidade desses instrumentos de acção.*
> *É neste quadro que se situam todas as fórmulas actuais de interajuda e cooperação entre as unidades hospitalares de cada região (…)*".

O **Decreto-Lei n.º 48 357, de 27 de Abril de 1968**, relativo ao Estatuto Hospitalar, pretendeu ampliar "*a fórmula de serviços de interesse comum iniciada com o Decreto-Lei n.º 46 668, de 24 de Novembro de 1965, que permitiu criar os Serviços de Utilização Comum dos Hospitais*" (cit.

[1] Nos termos do qual "*as associações e institutos referidos no artigo anterior adquirem **personalidade jurídica** no acto da constituição e são para todos os efeitos reconhecidos desde logo de **utilidade pública***". O art.º 416 do Código Administrativo estabelecia que "*consideram-se **pessoas colectivas de utilidade pública administrativa** as **associações beneficientes ou humanitárias** e os **institutos de assistência ou educação**, tais como hospitais, hospícios, asilos, casas pias, creches, lactários, albergues, dispensários, sanatórios, bibliotecas e estabelecimentos análogos, **fundados por particulares,** desde que umas e outros aproveitem em especial aos habitantes de determinada circunscrição e **não sejam administrados pelo Estado ou por um corpo administrativo***" (sublinhado nosso).

[2] Os quais a equipa não dispõe, mas que são referenciados nos Estatutos aprovados em reunião de assembleia geral, de 17 de Março de 1972, e por despacho ministerial, de 6 de Abril de 1972, publicados no DR IIIS, n.º 77, de 1 de Abril de 1980.

[3] À época (1965), ainda, não havia sido criado o Serviço Nacional de Saúde, estando as prestações de saúde maioritariamente a cargo de sistemas de previdência e assistência particulares. Os estabelecimentos hospitalares oficiais eram uma excepção.

preâmbulo do diploma), estabelecendo no artigo 10º que podiam "*ser criados serviços complementares da organização hospitalar com o objectivo de realizar determinados fins de interesse ou utilização comum aos estabelecimentos e serviços da mesma organização*" e que "***estes serviços terão o regime de serviços públicos ou das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa***". Neste último caso, a sua criação far-se-ia pela aprovação dos estatutos pelo ministro com a tutela da saúde.

Os art.os 9º e seguintes dos **Estatutos aprovados pela tutela em 1972** (publicados em 1980) confirmam a natureza associativa do SUCH, não obstante os poderes de intervenção do Estado, através do ministro com a tutela da Saúde (cfr. art.os 10º, al. e), 17º, 20º, n.º 1, e 27º). Os poderes de intervenção do Estado tinham a sua base jurídica nos preceitos do Código Administrativo, vigente à época (art.os 416º e segs).

Podiam ser associados do SUCH todas as instituições particulares de assistência de natureza hospitalar e mediante determinação/autorização do ministro com a tutela da Saúde, os estabelecimentos hospitalares oficiais, bem como outros serviços e estabelecimentos dependentes do ministério da Saúde (cfr. art.º9º dos Estatutos)

À época as áreas de intervenção do SUCH eram:

- Criar e manter departamentos de **assistência técnica**;
- Criar e manter serviços **administrativos ou técnicos**;
- Colaborar na **preparação e aperfeiçoamento do pessoal**;
- (cláusula aberta) **Iniciativas** de que possam resultar benefícios económicos para todos ou alguns associados (art.º 1º, n.º 2, dos estatutos).

Tendo sido autorizada a constituição das seguintes divisões:

- Consulta Jurídica;
- Aprovisionamento;
- Instalações e Equipamento;
- Documentação e Estatística;
- Organização e Métodos e Informática;
- Gestão e Formação de Pessoal;
- Administração-Geral;
- Serviços Industriais (art.º 6º dos estatutos)

Constituíam receitas do SUCH:

- As **quotas dos associados**;
- As **comparticipações das instituições e dos estabelecimentos oficiais**;
- Os **subsídios** do Estado e de quaisquer entidades públicas e particulares;
- Os **rendimentos dos bens próprios e dos serviços**;
- As heranças, legados e doações;
- O produto dos donativos;
- Quaisquer receitas que legalmente lhe venham a ser atribuídas ou que venha a criar nos limites da sua competência.

Nesta fase, a obrigação de prestação de contas ao Tribunal resultava do art.º 428º do Código Administrativo.

2ª fase – 1975 a 1993

Com a previsão da criação do Serviço Nacional de Saúde, em 1975, que obrigou "*a reestruturar todos os serviços com intervenção neste campo*"[4], o SUCH passou a ser dirigido, não pelos seus órgãos estatutários, mas por uma **comissão directiva**, nomeada por despacho do Ministro da tutela (cfr. art.º único do **DL n.º 70/75**, de 19 de Fevereiro, conjugado com o art.º 1º do DL n.º 495/74, de 27 de Setembro).

A propósito desta alteração foi emitido um parecer do Gabinete de Estudos (GE) - Parecer n.º 14/91, de 11.03.1991 – objecto da deliberação do Plenário da 2ª Secção de 14.03.1991, que considerando que "*o SUCH não é, hoje, maxime após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 70/75, uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa*", mas um **instituto público**, determinou a sujeição do SUCH à prestação de contas ao Tribunal, cfr., art.º 32º do Decreto n.º 22 257, de 25 de Fevereiro de 1933, e, posteriormente, art.º 17º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 86/89.

Nesta fase, as instituições particulares de assistência, que estiveram na base da criação do SUCH[5], em 1966, sofreram uma profunda alteração, tendo algumas delas passado a hospitais públicos.

A reestruturação do SUCH ocorrida nesta fase, designadamente a sua transformação em instituto público, teve como principal preocupação a definição das áreas de actuação do SUCH face à restante reestruturação dos serviços públicos de saúde, De acordo com o preâmbulo do Despacho Normativo do Secretário de Estado da Saúde, publicado no DR IIS, n.º 123, de 29 de Maio de 1979, "*O desenvolvimento dos serviços oficiais da Secretaria de Estado da Saúde, ocasionando a gradual clarificação da orgânica do Ministério, veio reduzir a área de actuação do SUCH às actividades de manutenção de instalações e equipamentos e informática*", acrescentando, a propósito desta última área, que a mesma se encontrava "*em vias de ser prosseguida por um instituto autónomo, pelo que restará a primeira como actividade única do Serviço*".
O despacho citado estabeleceu os **princípios orientadores da actuação do SUCH** nesta fase, destacando-se os seguintes:

- "*Dotar o SUCH de um estatuto que lhe permita actuar sem ambiguidades na área da manutenção das instalações e equipamentos da saúde (…)" "Este conceito engloba (…) o apoio às obras (…) e as beneficiações (…) sempre que acordadas com os serviços e estabelecimentos do MAS e não estejam por lei incluídas no âmbito das atribuições do Ministério da Habitação e Obras Públicas*" (pontos 4.1, 4.3 e 5, al. b), do despacho);
- "*Fixar metas de cobertura progressiva dos encargos de exploração do SUCH para receitas decorrentes da prestação dos seus serviços. (…) deverá apontar-se para a cobertura total daqueles encargos antes do período de cinco anos. No que respeita aos gastos de investimento, parece aceitável (…) que possam ser financiados pelo PIDDAP ou por outras fontes públicas, sem excluir o recurso ao auto-financiamento ou ao mercado financeiro*" (pontos 4.4 e 5, als. c) e d))
- "*Julga-se (…) chegado o momento (…) de, retomando a forma jurídica inicial, dela extrair toda a sua utilidade*" (pontos 4.1, 5, als. a), b), e) a g)).

Esta fase, transitória, teve como principais objectivos a **definição do âmbito de actuação do SUCH no seio da reorganização orgânica dos serviços de saúde, de modo a não existirem áreas de**

[4] Preâmbulo do DL n.º 70/75.
[5] Os hospitais públicos apenas podiam participar no SUCH, mediante autorização do Ministro da tutela.

Mod. TC 1999.001

sobreposição, bem como **dotar o SUCH dos instrumentos financeiros** adequados à retoma da sua forma jurídica inicial - pessoa colectiva privada de natureza cooperativa/associativa.

3ª fase – 1993 até à actualidade

Com o **DL n.º 12/93**, de 15 de Janeiro, a intervenção do Estado na gestão do SUCH cessou, retomando os órgãos estatutários todas as suas competências. Com esta alteração, que se manteve até hoje, o SUCH retomou o carácter **associativo** que o caracterizou na fase da sua criação, bem como, de acordo com alguma doutrina, a natureza de **pessoa colectiva de utilidade pública administrativa**[6].

Resulta dos estatutos que regem actualmente o SUCH que o mesmo prossegue fins não lucrativos, procurando contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados (art.º 2º), que podem ser entidades públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos, que integrem o sistema de saúde português (art.º 6º).

De acordo com o art.º 2º, n.os 1 e 2, dos estatutos, as áreas de actuação do SUCH são, designadamente:

a) A prestação assistência técnica no domínio das instalações e equipamentos;
b) A exploração ou a gestão de instalações técnicas e áreas industriais, designadamente lavandarias, centrais e transportes;
c) A promoção de acções no âmbito do desenvolvimento tecnológico e da investigação, quer dos equipamentos quer das instalações;
d) A constituição unidades de serviços partilhados, sob a forma de unidades orgânicas do SUCH ou sob a forma de pessoas colectivas integradas pelo SUCH e pelos seus associados e ou por terceiras entidades, destinadas a assegurar a prestação aos seus associados da generalidade dos serviços de apoio à prestação de cuidados de saúde, designadamente a gestão integrada de recursos humanos, gestão administrativa e financeira, informática e telecomunicações e gestão de frotas automóveis;
e) A colaboração na preparação e aperfeiçoamento do pessoal enquanto utilizador dos equipamentos.

O SUCH, para além de instrumento de auto-satisfação das necessidades dos seus associados, pode ainda, no regime de concorrência e de mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus associados (art.º 2º, n.os 2 e 4, dos estatutos)

Constituem receitas do SUCH (art.º 24º dos estatutos):

a) As quotas dos associados;
b) O rendimento dos bens próprios;
c) Os proveitos das vendas e das prestações de serviços;
d) As comparticipações, as dotações e os subsídios provenientes de quaisquer entidades, associadas ou não, do SUCH;
e) As doações, heranças ou legados que lhe sejam destinados;
f) Quaisquer outros rendimentos ou valores que provenham da sua actividade ou que por lei ou contrato lhe devam pertencer.

[6] Neste sentido, *vide*, Parecer n.º 145/2001 da Procuradoria-Geral da República (PGR), publicado no DR II Série, n.º 95, de 23.04.2003. O entendimento desta entidade como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa foi, porém, contrariado por uma declaração de voto ao Parecer, nos termos da qual o SUCH será antes uma associação pública.

2. Órgãos estatutários

São órgãos do SUCH: o Conselho de Administração, a Assembleia Geral e o Conselho Fiscal[7].

A Assembleia Geral é composta por representantes dos associados competindo-lhe, entre outras, eleger e destituir os membros não nomeados dos órgãos do SUCH e os membros da comissão de vencimentos, apreciar e aprovar os planos estratégicos e de actividades do SUCH e o relatório e contas anual e deliberar sobre alterações aos estatutos, a dissolução do SUCH, a realização de empréstimos, a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis e a participação do SUCH noutras pessoas colectivas.

As deliberações são, em regra, tomadas com base no número de votos dos associados. Apenas as deliberações com vista à alteração dos estatutos e à dissolução do SUCH devem ser tomadas com base no número de associados[8].

O número de votos de cada associado, em Assembleia Geral, é determinado pelo valor percentual dos serviços adquiridos, no ano anterior, relativamente à facturação total do SUCH, nos seguintes termos:

a) Um voto como mínimo;
b) Dois votos para uma percentagem pelo menos igual a 1 %;
c) Três votos para uma percentagem igual ou superior a 3 %;
d) Quatro votos para uma percentagem igual ou superior a 5 %;
e) Cinco votos para uma percentagem igual ou superior a 10 %;
f) Seis votos para uma percentagem igual ou superior a 15 %.

Em Assembleia Geral de 19 de Maio de 2009, o CA do SUCH propôs que, para efeitos de determinação do número de votos de cada associado, fosse também considerada a facturação dos serviços prestados pelos ACE, Somos Compras, Somos Pessoas e Somos Contas. No entanto, a proposta não reuniu os votos necessários à sua aprovação.

Os quadros seguintes ilustram o número de associados e a respectiva representatividade em número de votos, bem como as presenças e o número de votos efectivos nas Assembleias Gerais:

Quadro I – Representatividade na Assembleia Geral

	Nº de associados		Representatividade em n.º de votos na Assembleia Geral	
	Sector Público	Sectores Privado e Social	Sector Público	Sectores Privado e Social
2006	88	15	124	15
2007	81	15	116	15
2008	74	15	112	15
2009	72	23	111	23

Fonte: SUCH – Informação recolhida (tomando por referência o n.º de associados e n.º de votos a 31 de Dezembro do ano anterior)

Quadro II - Presenças na Assembleia Geral

	Assembleias gerais	Presenças		N.º de votos	
		Sector Público	Sectores Privado e Social	Sector Público	Sectores Privado e Social
2006	16 de Janeiro	32	2	45	2
	2 de Maio	28	2	44	2
	30 de Outubro	49	1	70	1
2007	17 de Janeiro	37	2	53	2
	17 de Maio	43	1	63	1
2008	23 de Janeiro	33	5	56	5
	7 de Maio	22	2	33	2
2009	22 de Janeiro	31	2	49	2
	19 de Maio	40	4	64	4
	3 de Julho	43	14	76	14

Fonte: SUCH – Lista de presenças em Assembleia Geral

[7] Artigo 10º e segs. dos Estatutos.
[8] Artigo 15º, n.º 1, als. e) e f), dos Estatutos.

Note-se que, apesar de pelos quadros *supra* se verificar que as entidades do Sector Público se têm sempre feito representar nas Assembleias Gerais, apenas em 4 das Assembleias Gerais realizadas desde 2006 (30 de Outubro de 2006, 17 de Maio de 2007, 19 de Maio e 31 Julho de 2009), o número de associados do Sector Público ficou acima de 50% do número total de associados desse sector, a que correspondiam, também, mais de 50% do número de votos do sector. A Assembleia-Geral de 23 de Janeiro de 2008, reunindo apenas 33 dos 74 associados do Sector Público, os mesmos representavam 50% do numero de votos daquele Sector.

Os Estatutos do SUCH, permitindo a participação de entidades privadas na associação, não garantem que, em caso algum, uma deliberação da Assembleia Geral, designadamente em matérias como a aprovação dos planos estratégicos e orçamentos, a eleição dos membros dos restantes órgãos sociais, a realização de empréstimos, a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis e a participação do SUCH noutras pessoas colectivas, relacionadas com a gestão do SUCH, seja válida sem uma maioria representativa dos associados do Sector Público[9]. Acresce que, nessas matérias, não existem poderes de tutela do Ministro da Saúde[10], existindo o risco de uma deliberação sobre matérias fundamentais para o controlo de gestão do SUCH ser tomada por uma maioria de entidades privadas. Embora essa situação se tenha confirmado na análise das actas da Assembleia Geral dos 4 últimos anos[11], a participação de entidades privadas na Assembleia Geral do SUCH é relevante para aferir da possibilidade de adjudicação directa de contratos públicos ao SUCH (*vide* Anexo III).

O Conselho de Administração é constituído por um Presidente e um Vice-presidente, nomeados pelo Ministro da Saúde, e três Vogais eleitos em Assembleia Geral, em lista proposta pelo Presidente do Conselho de Administração.

Compete ao Conselho de Administração representar o SUCH em juízo e fora dele, submeter anualmente à Assembleia Geral o plano de actividades, o orçamento e o relatório e contas, admitir novos associados e cancelar as inscrições, propor à Assembleia Geral alterações aos estatutos, arrecadar as receitas e realizar as despesas, administrando todo o património da instituição, organizar os serviços e gerir o pessoal, promover a elaboração dos regulamentos necessários à eficiente organização do SUCH, bem como a sua aprovação e decidir de todas as matérias que não sejam reservadas à Assembleia Geral.

Ao Conselho Fiscal, eleito em Assembleia Geral, compete examinar os registos contabilísticos, dar parecer sobre os relatórios e contas e pronunciar-se sobre quaisquer matérias ou factos, a pedido da Assembleia Geral ou do Conselho de Administração.

O SUCH encontra-se sujeito a poderes de tutela do Ministro da Saúde que, para além de nomear o Presidente e o Vice-Presidente do Conselho de Administração, homologa as deliberações da Assembleia Geral relativas a alterações de estatutos, à extinção do SUCH e à contracção de empréstimos, quando os mesmos impliquem um nível de endividamento líquido igual ou superior a

[9] Em regra as decisões são tomadas por maioria simples, sendo que meia hora depois da hora marcada para a Assembleia Geral não se exige um quórum de reunião (à hora marcada, a Assembleia Geral apenas reúne validamente com a maioria dos seus associados). Apenas as decisões relativas à extinção do SUCH carecem da aprovação de três quartos do número total de associados e a participação do SUCH noutras pessoas colectivas carece de aprovação por maioria dos votos expressos em Assembleia Geral (cfr. artigos 14º, n.º 4, 15º, n.º 1, al. e), e n.º 4 dos Estatutos).

[10] Com excepção da contracção de empréstimos que impliquem um nível de endividamento líquido =/ > a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto, cfr. artigo 15º, n.º 3, dos estatutos.

[11] Até porque o número de associados do Sector Público é bastante superior ao número de associados do sector privado.

75% dos capitais próprios apurados no último exercício, e determinando o destino dos bens do SUCH em caso de dissolução do mesmo[12].

3. Entidades participadas pelo SUCH

Designação	*Objecto / área de actuação*	*Participação (SUCH)*	*Participação (outros)*
SUCH-Dalkia, ACE	Concepção, construção, financiamento, exploração e manutenção de centrais de transformação de energia.	50,00%	DALKIA – Empresa de serviços, condução e manutenção de instalações técnicas, S.A. - 50%
Somos Ambiente, ACE	Construção e exploração de um centro integrado de valorização energética, reciclagem e tratamento de resíduos	80,00%	ECO Partner, Consultoria e Projectos Ambientais, SA - 10% ENVIKRAFT A/S - 10%
Somos Compras, ACE*	Compras e logística	91,00%	Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE – 3%; Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE - 3% e Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE - 3%
Somos Contas, ACE	Contabilidade e finanças	95,00%	Accenture, SA – 5%
Somos Pessoas, ACE	Recursos humanos	95,00%	Capgemini, SA – 5%
EAS, Unipessoal, Lda**	Empresarialização das áreas tradicionais do SUCH	100,00%	
Coimbravita, ADR, S.A.	Promoção de acções que criem emprego e melhorem o ambiente e a qualidade de vida no distrito de Coimbra e distritos limítrofes.	4,00%	*Vários - Públicos e Privados*
Coimbra Inovação Parque , S.A.	Implementação, gestão e administração de parques empresariais, científicos e tecnológicos e o apoio à actividade económica e empresarial.	0,32%	*Vários - Públicos e Privados*

* Até 17 de Março de 2009, o Somos Compras, ACE, era também integrado pela SGG - Serviços Gerais de Gestão S.A, uma empresa do universo da Deloitte, fez também parte deste agrupamento, com 5% de participação. Até então, a participação do SUCH era de 86%. As participações dos Centros Hspitalares mantiveram-se inalteradas.

** Possui 100% do capital social de uma sociedade de gestão de participações sociais a Somos SGPS, S.A., e uma participação de 64,53% no capital social da Valor Hospital, S.A., a restante participação pertence à CESPA PORTUGAL, S.A. .

[12] Artigos 4º, 15º, n.os 2 e 3, e 29º dos estatutos.

ANEXO II – Subsunção das relações estabelecidas entre o SUCH e os respectivos associados públicos nos requisitos da contratação *in house*

Sendo um dos objectivos da auditoria a avaliação do controlo exercido pelas entidades do Sector Público no processo de tomada de decisão do SUCH, designadamente o respectivo grau de participação nas Assembleias Gerais e a sua capacidade para determinar os objectivos estratégicos e as decisões mais relevantes do SUCH, procede-se a uma análise dos pressupostos da contratação *in house*, constantes do artigo 5º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP), a fim de verificar se os mesmos se encontram reunidos na relação entre as entidades públicas adjudicantes associadas do SUCH e esta associação.

Aquele preceito positivou a doutrina da contratação "in house", com origem na jurisprudência comunitária, que tem por base a liberdade de auto-organização da Administração Pública, reconhecendo a possibilidade de as entidade(s) adjudicante(s) adjudicarem contratos públicos a uma entidade dela(s) distintas no plano jurídico-formal, mas de tal forma dela(s) dependente, que as relações que se estabelecem entre elas são semelhantes às relações que a(s) entidade(s) adjudicante(s) têm com os seus próprios departamentos.

1. Dependência jurídico-material – a existência de controlo análogo

O primeiro requisito apontado pelo CCP, na esteira da jurisprudência do TJUE, é o de que a entidade adjudicante exerça sobre a entidade adjudicatária um controlo análogo ao que exerce sobre os serviços integrados na sua administração directa, por si ou em conjunto com outras entidades adjudicantes. A entidade adjudicatária encontra-se numa "*posição de sujeição ou de subordinação (…) por relação à entidade adjudicante, em termos capazes de esvaziar a primeira da sua autonomia decisória por via da respectiva submissão ao poder de orientação da segunda*"[13], sendo determinante "*saber se a entidade adjudicante está, efectivamente, em condições de, a todo o momento, fazer valer integralmente os seus objectivos de interesse público*"[14] na entidade adjudicatária.

1.1. Influência dominante do Sector Público vs controlo análogo

A primeira observação a fazer resulta desde logo da análise da evolução dos Estatutos do SUCH desde 1996, no âmbito dos quais foi emitido o último Parecer do Conselho Consultivo da PGR, no que concerne aos poderes de intervenção do Estado no SUCH. O quadro seguinte espelha essa evolução:

[13] Bernardo Azevedo, *Contratação in house; entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*, *in* Estudos de Contratação Pública, Coimbra Editora, 2008, pág. 126.
[14] Alexandra Leitão, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações in house*, *in* Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 65.

Quadro I – Intervenção do Estado na gestão do SUCH

Poderes de tutela do Ministro da Saúde (aprovação/homologação de deliberações da AG[1])	Estatutos 1996	Estatutos 2006	Nomeação de membros de órgãos sociais pelo Ministro da Saúde	Estatutos 1996	Estatutos 2006	Outros poderes do Ministro da Saúde	Estatutos 1996	Estatutos 2006
Alteração dos estatutos	Sim	Sim	Presidente da mesa da AG[2]	Sim	Não	Determinação do destino dos bens em caso de dissolução do SUCH	Sim	Sim
Dissolução do SUCH	Sim	Sim	Presidente do CA[3]	Sim	Sim	Possibilidade de recurso dos associados para o Ministro da Saúde dos actos da AG ou do CA que julguem irregulares	Sim	Não
Realização de empréstimos	Sim	Sim, quando impliquem um nível de endividamento líquido =/ > a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto	Vice-Presidente do CA[3]	*inexistente*	Sim			
Aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis	Sim	Não	Presidente e um vogal do Conselho Fiscal[4]	Sim[5]	Não	Nomeação de um membro da Comissão de Vencimentos[5]	Sim	Não

[1] Assembleia Geral

[2] A mesa da Assembleia Geral é constituída em ambos os estatutos por um Presidente e dois Secretários.

[3] O Conselho de Administração era composto, em 1996, por um Presidente e 4 vogais e, em 2006, por um Presidente, um Vice-Presidente e 3 vogais.

[4] O Conselho Fiscal era composto, em 1996, por um Presidente e 3 vogais, sendo o Presidente nomeado pelo Ministro da Saúde e um dos vogais designado pelo Presidente do CA do Instituto de Gestão informática e Financeira da Saúde, em representação deste Instituto. Em 2006, o CF integra um Presidente e 2 vogais.

[5] A Comissão de Vencimentos é composta por 3 elementos.

Da análise do quadro verifica-se uma diminuição dos poderes de controlo do Estado, através do Ministro da Saúde, em matérias relevantes para o controlo da gestão do SUCH, designadamente as decisões sobre a realização de empréstimos (até 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano anterior) e a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis passaram a ser uma competência exclusiva da Assembleia Geral do SUCH e deixou de poder haver recurso para o Ministro da Saúde de actos da Assembleia-Geral ou do Conselho de Administração do SUCH que os associados julgassem irregulares. Com a alteração dos Estatutos, os órgãos do SUCH, designadamente a Assembleia-Geral, ganharam maior autonomia.

Tendo por referência o regime jurídico do Sector Empresarial do Estado[15], a influência dominante das entidades públicas sobre o SUCH decorre do facto de serem as entidades do Sector Público que detêm a maioria dos direitos de voto em Assembleia Geral, ponto 2 do Anexo II.

Ao nível da composição dos órgãos de administração e de fiscalização do SUCH e da detenção da maioria dos direitos de voto em Assembleia Geral[16], verifica-se que não houve alterações significativas entre os estatutos de 1996 e de 2006. Nunca, durante este período, o Ministro da Saúde nomeou a maioria dos membros do Conselho de Administração do SUCH ou do respectivo órgão de fiscalização. Considerando, no entanto, que são as entidades públicas que detêm a maioria dos direitos de voto em Assembleia Geral, órgão que designa os membros dos Conselhos de Administração e Fiscal, não nomeados pelo Ministro da Saúde, conclui-se que se encontra igualmente reunida a segunda circunstância que caracteriza a influência dominante – a maioria dos membros daqueles Conselhos são nomeados, conjuntamente, pelo Ministro da Saúde e pelas

[15] Designadamente o artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, nos termos do qual: "*Consideram-se empresas públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.*"

[16] Sendo uma associação, a mesma não dispõe de capital social.

entidades do Sector Público, enquanto estas detiverem a maioria dos direitos de voto em Assembleia Geral.

Sucede, porém, que a existência de influência dominante, não é suficiente para aferir da existência do *controlo análogo* exigido pela alínea a) do n.º 2 do art.º 5º do CCP ou, já anteriormente, pela jurisprudência comunitária[17], sendo necessário verificar, designadamente a titularidade do poder de controlo e a intensidade e o âmbito desse controlo.

1.2. A titularidade do poder de controlo

Decorre da jurisprudência comunitária que a existência de entidades privadas no capital de uma outra entidade, juntamente com entidades públicas, impede a verificação daquele requisito da contratação *in house*[18].

A estrutura associativa do SUCH tem contado com a participação, ainda que minoritária, de entidades do sector privado e essa participação, tal como resulta dos Estatutos, afasta a verificação do controlo que no âmbito de uma relação *in house* deveria ser exercido, a todo o momento, pelas entidades associadas do Sector Público[19].

Os Estatutos do SUCH, não garantem que deliberações sobre matérias fundamentais para o controlo estratégico e de gestão do SUCH[20], sejam tomadas apenas pelos associados do Sector

---

[17] Conforme refere Alexandra Leitão, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 65 - "*Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações in house*" "*o conceito de "controlo análogo" não é sinónimo de "influência dominante" (…), mas sim algo mais intenso, que se deve traduzir num absoluto domínio sobre a autodeterminação da vontade do prestador do bem ou serviço*".

[18] A participação de privados, ainda que minoritária, no capital social da entidade adjudicatária, afasta a possibilidade da verificação de controlo análogo. A este propósito cita-se as seguintes passagens do Acórdão Lochau, de 11 de Janeiro de 2005, proferido pelo TJUE no Proc.º n.º C-26/03 (sublinhado nosso): *"Importa a este propósito observar, antes de mais, que a relação entre uma autoridade pública (…) e os seus próprios serviços se rege por considerações e exigências específicas da prossecução de objectivos de interesse público. Ao invés,* ***o capital privado numa empresa obedece a considerações inerentes a interesses privados e prossegue objectivos de natureza diferente****. Em segundo lugar, a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objectivo da concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade de tratamento dos interessados (…), na medida em que, designadamente, esse procedimento* ***permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes****"*.
Nos Acórdãos Parking Brixen - Proc.º C-458/03 e Comissão/República da Áustria - Proc.º C-29/04, respectivamente, o TJUE foi ainda mais longe, considerando inclusivamente não poder haver contratação *in house* nas situações em que **a possibilidade de participação de terceiros do sector privado é puramente virtual**, resultando dos estatutos da entidade adjudicatária, e em que esta entidade, na sua génese integralmente pública, se transforma, posteriormente, numa entidade de capitais mistos.
Sendo o SUCH uma pessoa colectiva de carácter associativo, sem fins lucrativos, onde, ao contrário do que acontece com as sociedades comerciais objecto da maioria dos acórdãos que sobre esta matéria têm sido proferidos pelo TJUE, não há lugar a distribuição de lucros nem existe a possibilidade de transmissão das participações, as preocupações manifestadas por aquele Tribunal com a participação de entidades privadas numa entidade adjudicatária, nos Acórdãos citados, encontram-se mitigadas. Contudo, mais recentemente, o TJUE, debruçando-se sobre situações de adjudicação a **entidades de natureza associativa**, à semelhança do SUCH, considerou o facto de as mesmas não estarem abertas a associados privados (Acórdãos Comissão vs República Federal da Alemanha, Proc.º C-480/06, e Coditel, Proc.º C-324/07).

[19] De notar que o TJUE já afastou a possibilidade de contratação *in house* quando dos estatutos ou da legislação aplicável à entidade resulte apenas a **possibilidade de participação de entidades privadas** no respectivo capital, ainda que essa participação, no momento da adjudicação não se verifique (*vide*, Acórdão Parking Brixen - Proc.º C-458/03). Neste sentido, também, o Tribunal de Contas em Acórdão n.º 7/2010, de 9 de Março, emitido no âmbito do Recurso Ordinário n.º 22/2009, concluiu: que a **excepção constante do art.º 5º, n.º 2, do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS.**, "*designada pela doutrina e pela jurisprudência comunitária, de "contratação in house",* ***é inadmissível sempre que a adjudicatária seja participada por capitais privados, ou quando, em termos estatutários, existe a possibilidade de participação de capital privado****, uma vez que tal situação exclui a possibilidade de a entidade adjudicante exercer, sobre a adjudicatária, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*" (sublinhado nosso).

[20] Como a aprovação dos planos estratégicos e orçamentos, a eleição da maioria ou da totalidade dos membros dos restantes órgãos sociais, a realização de empréstimos que impliquem um nível de endividamento líquido inferior a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto, a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis e a participação do SUCH noutras pessoas colectivas.

Público, não existindo, também, nessas matérias, poderes de tutela do Ministro da Saúde que garantam esse controlo.

Embora se tenha verificado que todas as Assembleias Gerais dos últimos quatro anos contaram com a participação de uma maioria de entidades do Sector Público, o risco de uma deliberação sobre aquelas matérias poder vir a ser tomada por uma maioria de entidades privadas resulta, pelo menos em abstracto, dos Estatutos do SUCH[21].

1.3. A intensidade e âmbito do controlo

O *controlo análogo* implica que a entidade adjudicante, ou o conjunto das entidades adjudicantes, determinem não só as decisões estratégicas e de gestão extraordinária, mas também as decisões de gestão ordinária relevantes da entidade adjudicatária, sendo que, no caso concreto se verifica total autonomia do Conselho de Administração do SUCH no que respeita a aspectos pertinentes da gestão da Associação, nomeadamente:

i. A formação dos preços da prestação de serviços e outras decisões relevantes para a economia e eficiência da gestão do SUCH

Considerando que o SUCH é uma entidade sem fins lucrativos, cujo objectivo é contribuir para o funcionamento eficiente dos seus associados, os preços por ele praticados devem reflectir apenas os custos directos e indirectos das prestações por ele realizadas, devendo a sua gestão pautar-se por critérios rigorosos de economia, eficiência e eficácia.

Apenas um controlo efectivo da formação dos preços e das decisões do SUCH que podem influenciar a sua eficiência operacional, pelos associados do Sector Público e/ou pelo Ministro da Saúde, garantiriam a existência de um controlo análogo destas entidades sobre o SUCH, o que não se verifica no caso concreto[22], promovendo, em simultâneo, a formação do preço eficiente[23] das prestações de serviço realizadas pelo SUCH e a transparência das relações entre a associação e os associados, evitando situações como aquelas que se encontram descritas no ponto 11.1. do Relatório em que o SUCH, no âmbito de uma negociação com o Centro Hospitalar do Nordeste, EPE, baixou em cerca de 40% (de € 96.770 para € 69.210) o valor da proposta inicialmente apresentada[24], e adicionou, ao valor de um contrato com a Administração Central do Sistema de Saúde, IP, uma margem de 10%, não justificada em custos da Associação.

Acresce que, encontrando-se os associados do Sector Público sujeitos a regras de contenção da despesa pública, impondo o Estado aos mesmos[25], a título de mero exemplo, objectivos de desempenho operacional e económico-financeiro em matéria de crescimento de custos com consumos e fornecimentos e serviços externos e pessoal, apenas um controlo pelos associados do Sector Público e/ou pelo Ministro da Saúde dos preços praticados pelo SUCH e das decisões que lhe estão subjacentes, pode fazer reflectir nesta entidade regras de eficiência semelhantes.

[21] Nas matérias em causa, os poderes de tutela do Ministro da Saúde respeitam, apenas, à nomeação do Presidente e do Vice-Presidente do Conselho de Administração e à homologação das deliberações da Assembleia Geral relativas à contracção de empréstimos que impliquem um nível de endividamento líquido =/> a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto, cfr. artigos 15º, n.º 3, e 16º, n.º 2, dos Estatutos.

[22] No caso concreto, os preços são fixados por via negocial, no âmbito da celebração dos contratos de prestação de serviços com cada uma das entidades do sector público suas associadas.

[23] Reflecte a relação custo/benefício óptima.

[24] Indiciando que não apresentou desde logo a sua melhor proposta.

[25] Designadamente, através da negociação dos contratos-programa.

No âmbito da Metodologia para a definição de preços e fixação de objectivos dos Contratos Programa de 2008 e 2009, celebrados com os Hospitais do Sector Público foram definidas metas para os objectivos de desempenho económico-financeiro referidos entre 4% (consumos e fornecimentos e serviços externos) e 0% (pessoal), sendo que, as rubricas de custos correspondentes do SUCH cresceram em média 17,2% e 10,2%, em 2008 e 2009[26], respectivamente[27].

Note-se, que apesar do crescimento dos custos, em 2009, ter sido compensado com a evolução da rubrica prestações de serviços, que cresceu 10,6%[28], a formação dos preços destas incorporam os custos com as **funções corporativas**[29] do SUCH que, em 2008 e 2009, tiveram um peso de 12,54% e de 10,02% nos custos operacionais totais[30] e as ineficiências das **áreas de negócio** do SUCH.

Dentro dos **custos com as funções corporativas**, as rubricas mais representativas são as dos custos com pessoal e os custos com fornecimentos e serviços externos, respectivamente 47,21% e 40,86%, em 2008, e 48,54% e 38,48%, em 2009, que incluem entre outros, custos com a atribuição de prémios de desempenho[31] e com contratos de renting de viaturas, cfr, ponto 11.4. do Relatório.

Com vista a suportar os custos, directos e indirectos, com as prestações de serviços realizadas, o CA do SUCH aprovou, em 2008 e 2009, a política de formação de preços das propostas técnicas e comerciais descrita no ponto 11.3. do Relatório, no âmbito da qual se destacam as margens operacionais, definidas por unidade de negócio, a aplicar sobre o custo efectivo do serviço e que, em 2009, podiam variar entre 12,38% e 43,77%. Estas margens constituem o contributo de cada uma das unidades de negócio para os custos com as funções corporativas.

Considerando que o SUCH não se encontra sujeito às regras que vinculam o Sector Público (Administrativo e Empresarial) em matérias como as atrás referidas, só um controlo pelos associados do Sector Público do SUCH e/ou pelo Ministro da Saúde das decisões ou políticas que estão subjacentes à atribuição daqueles benefícios, pode garantir que os preços que eles suportam se aproximam do preço eficiente da prestação de serviço que recebem

Sobre a estrutura do SUCH, no Relatório Preliminar da autoria de Augusto Mateus & Associados, Sociedade de Consultores, Lda, de Outubro de 2009, sobre o Plano de Sustentabilidade do SUCH-Somos SPS 2010-2015, pode ler-se, de entre as fraquezas da envolvente interna diagnosticadas, que o SUCH possui uma "*Estrutura pesada e sobredimensionada, não obstante os avanços recentes em matéria de flexibilidade e de eficiência organizacional e operacional (parecem observar-se ainda algumas reminiscências da estrutura organizacional regionalizada* ". Em 2006/2007 o SUCH iniciou o processo de centralização das funções corporativas que, até então, se encontravam "replicadas" nas 3 Direcções Regionais até então existentes. Actualmente, as únicas funções corporativas que se

[26] Dados provisórios, por as contas do exercício não se encontrarem encerradas.

[27] Em 2008: 19% - matérias de consumo; 14,6% - fornecimentos e serviços externos e 18% - pessoal. Em 2009 (dados provisórios): 11,5% – matérias de consumo; 15,1% - fornecimentos e serviços externos; 3,9% - pessoal – cfr. Demonstrações de Resultados.

[28] Em 2008 o crescimento percentual desta rubrica de proveitos foi de 15,7%.

[29] As funções corporativas do SUCH são as áreas de suporte administrativo das áreas de negócio e incluem as funções de apoio geral, apoio jurídico, compras, marketing, qualidade, financeira, comunicação e imagem, recursos humanos, sistemas de informação, cooperação e comercial.

[30] Custos operacionais do SUCH:

	2009			2008			2007	
	Valor	%	Δ% 09/08	Valor	%	Δ% 08/07	Valor	%
Funções Corporativas	10.345.890,00	10,02%	-11,43%	11.681.292,00	12,37%	-4,49%	12.229.885,00	15,00%
Áreas de negócio	92.933.068,00	89,98%	12,34%	82.723.829,00	87,63%	19,34%	69.320.584,00	85,00%
Total	103.278.958,00	100,00%	9,40%	94.405.121,00	100,00%	15,76%	81.550.469,00	100,00%

Fonte: Demontração de Resultado por área de negócio

[31] Designadamente, prémios de cobrança.

mantêm regionalizadas, embora dependentes do Conselho de Administração do SUCH, são as funções comerciais que se desenvolvem nas Direcções Comerciais do Norte, Centro e Sul.

Finalmente, a evolução dos custos operacionais de algumas áreas de negócio não foi acompanhada por igual evolução dos proveitos, cfr. ponto 11 do Relatório e Anexo IV, o que indicia a existência de ineficiências nas mesmas, que também são repercutidas nos preços praticados aos associados do Sector Público.

ii. A aceitação das encomendas que lhe são dirigidas pelas entidades associadas do Sector Público[32]

Do regime jurídico que regula as relações entre o SUCH e os seus associados não decorre a obrigatoriedade deste aceitar as encomendas que lhe são dirigidas pelos associados do Sector Público. As prestações do SUCH aos associados são asseguradas por via negocial, dispondo este "de liberdade quanto ao seguimento a dar a um pedido feito pelos seus associados"[33].

Ora não se vê como é que no âmbito de uma relação *in house*, invocada pelo SUCH, a entidade controlada pode deixar de prestar à entidade que a controla as prestações por esta solicitadas.

iii. A possibilidade de o SUCH alargar as suas actividades a instituições públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, qualquer que seja o sector de actividade e de, em regime de concorrência de mercado, poder desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português

Embora a possibilidade em causa esteja condicionada à verificação de dois pressupostos - que dessas actividades não resultem prejuízo para os associados e que as mesmas sejam económica e tecnicamente vantajosas para o SUCH e para os associados[34] -, deviam ser os associados do Sector Público a deliberar, em última instância, sobre o exercício daqueles poderes, de modo a garantir que o alargamento das actividades do SUCH resulte em benefícios efectivos para a associação e para os associados[35] e a verificação do segundo requisito da contratação *in house* – que o essencial da actividade da associação tenha como destinatários as entidades públicas adjudicantes suas destinatárias.

Ora o que se verifica, no caso concreto, é que o Conselho de Administração do SUCH tem autonomia para destinar livremente ao mercado os seus próprios produtos, podendo exercer (e exercendo – cfr. ponto 2.1) uma parte da sua actividade económica junto de outros operadores, o que coloca também em causa a dependência jurídica exigida pelo artigo 5º, n.º 2, alínea a), do CCP.

[32] De notar que no Acórdão Tragsa do TJUE (Procº C-295/05), perante a adjudicação de prestações de serviços por entidades com uma participação irrisória no capital social da sociedade adjudicatária, o TJUE considerou determinante o facto da referida sociedade se encontrar obrigada a satisfazer as solicitações que lhe são endereçadas pelas entidades adjudicantes e dos respectivos preços serem fixados unilateralmente por estas últimas.

[33] Acórdão n.º 159/2009, de 29 de Outubro – 1ª S/SS, já citado. Também, o TJUE, no Acórdão Tragsa - Procº C-295/05, perante a adjudicação de prestações de serviços por entidades com uma participação irrisória no capital social da sociedade adjudicatária, parece ter considerado determinante o facto da referida sociedade se encontrar obrigada a satisfazer as solicitações que lhe são endereçadas pelas entidades adjudicantes e dos respectivos preços serem fixados unilateralmente por estas últimas.

[34] Cfr. art.º 2º, n.º 4, dos Estatutos.

[35] Cuja demonstração seja, nomeadamente, sustentada em estudos económico-financeiros.

2. Dependência económica

Nos termos do artigo 5º, n.º 2, do CCP, "*a parte II do presente Código também não é aplicável à formação de contratos (…) a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que: (…) b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo*".

Sobre este preceito pronunciou-se já o Tribunal de Contas (TC), em 1ª Secção, no Acórdão n.º 106/2009 - 1.ª S-SS, de 11 de Maio (Proc.º n.º 106/2009), objecto do Recurso Ordinário n.º 17/2009, que culminou no Acórdão n.º 1/2010 - 1.ª S-PL, de 19 de Janeiro, relativo a um contrato de prestação de serviços celebrado, entre o Estado Português e a Sociedade Parque Expo 98, SA. Neste último Acórdão o TC concluiu o seguinte no que concerne à interpretação do artigo 5º, n.º 2, al. b) do CCP:

> *"1- As condições expressas no n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos têm como ratio evitar o falseamento da concorrência e garantir as liberdades económicas fundamentais, designadamente a liberdade de prestação de serviços;*
> *2- Em ordem a preservar a concorrência é necessário que as prestações da empresa controlada sejam substancialmente destinadas à(s) entidade(s) que a controlam;*
> *3- Uma empresa realiza o essencial da sua actividade com a(s) entidade(s) que controla(m) quando tal actividade é consagrada principalmente a esta(s) entidade(s), revestindo qualquer outra actividade apenas carácter marginal;*
> *4- Nem o art.º 5, n.º 2, alínea b), do Código dos Contratos Públicos, nem a jurisprudência do TJCE referem qualquer referencial a partir do qual se deva considerar verificada a condição da essencialidade;*
> *5- Daí que a alínea b) do n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos, no que ao conceito de essencialidade se reporta, deva ser interpretada em conformidade quer com os princípios e liberdades fundamentais consagrados no Tratado da Comunidade Europeia, designadamente com os seus artigos 10.º, 12.º, 43.º e 49.º, quer com a CRP;*
> *6- A condição da essencialidade tem por objectivo assegurar que a Directiva comunitária relativa aos processos de adjudicação de contratos públicos continue a ser aplicável quando esteja activa no mercado uma empresa relativamente à qual seja exercido um controlo análogo, e que, em virtude dessa actividade no mercado, possa entrar em concorrência com outras empresas".*

Subjacente a esta interpretação encontra-se a preocupação de que a liberdade de organização da Administração Pública não pode prejudicar o normal funcionamento do mercado, colocando os entes instrumentais aos quais recorre em posição de privilégio em face das empresas privadas com as quais concorre. Deste modo, o ente instrumental deve depender economicamente dos clientes que o controlam.

A determinação do critério da contratação *in house* ora em análise "*deve tomar em consideração as circunstâncias do caso em apreço, tanto qualitativas como quantitativas*"[36].

[36] Acórdão Carbotermo (Proc.º C-340/04) do TJUE.

2.1. As circunstâncias quantitativas

No que concerne ao SUCH, a dependência económica deve ser aferida relativamente ao volume de negócios (facturação emitida) desta associação com as entidades associadas do Sector Público e às prestações que estas adquirem, através da celebração de protocolos/acordos sem precedência de procedimentos concorrenciais.

Conforme já anteriormente referido, o SUCH pode prestar serviços junto dos associados dos Sectores Social e Privado, podendo, ainda, no regime de concorrência e de mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus associados, e alargar as suas actividades a instituições públicas ou privadas ainda que não integrem o sector da saúde[37].

Tendo em consideração as premissas *supra*, o volume de facturação do SUCH[38], em 2008 e 2009, distribuiu-se da seguinte forma:

Quadro II – Volume de negócios no biénio 2008 e 2009, por tipologia de cliente

	Associados								Não associados					Vendas a dinheiro (receita proveniente da exploração de bares e refeitórios)		Σ *
	Sector Público					Sectores Privado e Social		Sub-Σ	Sector Público		Sectores Privado e Social		Sub-Σ			
	Adjudicação directa		Procedimentos de contratação pública		Sub-Σ											
	Valor	%	Valor	%	%	Valor	%	%	Valor	%	Valor	%	%	Valor	%	
2008	71.187.941,4 €	77,6%	8.669.894,8 €	9,4%	87,0%	607.017,3 €	0,7%	87,7%	1.299.378,6 €	1,4%	6.040.846,4 €	6,6%	8,0%	3.965.562,8 €	4,3%	91.770.641,3 €
2009	73.246.032,3 €	71,3%	15.374.090,2 €	15,0%	86,2%	1.223.581,2 €	1,3%	87,4%	914.296,7 €	0,9%	7.126.645,0 €	6,9%	7,8%	4.891.097,0 €	4,8%	102.775.742,3 €

Fonte: SUCH - dados extraídos do sistema de informação Navision

*Inclui os valores das contas 72 - Prestação de serviços e o valor de quotas dos associados (registado na conta 76) deduzido à facturação, *cfr.* Regime de quotização e benefícios dos associados.

Do quadro *supra* conclui-se que, em 2008, 77,6% da facturação foi emitida a entidades públicas adjudicantes associadas, com base em protocolos celebrados sem precedência de procedimentos de contratação pública. Em 2009, o volume dessa facturação diminuiu para 71,3%. A este volume de facturação há que acrescer, em cada ano, o volume da facturação das vendas a dinheiro, 4,3%, em 2008, e 4,8%, em 2009, em bares e refeitórios cuja exploração é essencialmente concessionada por entidades associadas do Sector Público, no âmbito da celebração de protocolos/acordos com vista à prestação de serviços de alimentação, sem precedência de procedimentos concorrenciais[39].

Assim, o volume de negócios realizado pelo SUCH, nestes dois anos, relativamente a entidades públicas adjudicantes suas associadas sem precedência de procedimentos concorrenciais, ascendeu na totalidade a 81,9% (€ 75.153.504,18), em 2008, e a 76% (€ 78.137.129,27). Os restantes 18% e 24%, em 2008 e 2009, respectivamente, do volume de negócios foram realizados em segmentos de mercado abertos à concorrência[40].

Como referido pelo TC, no Acórdão supra citado, nem o artigo 5º, n.º 2, alínea b), do CCP, nem a jurisprudência do TJUE referem qualquer referencial a partir do qual se deva considerar verificada a condição da essencialidade. Contudo, tomando apenas a título indicativo o preenchimento deste

[37] Artigo 2º, n.os 2 e 4, dos estatutos.

[38] Não inclui o das entidades participadas pelo SUCH que consubstanciam entidades juridicamente distintas deste.

[39] De acordo com Acórdão Carbotermo (Proc.º C – 340/04) do TJUE, *"o volume de negócios determinante é o que a empresa em questão realiza em virtude das decisões de adjudicação tomadas pela autarquia de tutela* [a entidade que, *in casu*, controla]*, incluindo o realizado com os utilizadores em execução destas decisões"*.

[40] Por oposição àqueles cuja adjudicação foi determinada pela especial relação jurídica que até à data tem ligado as entidades adjudicantes públicas e o SUCH.

requisito no âmbito da adjudicação de contratos nos sectores especiais[41], *"80% da media do volume de negócios da empresa associada nos últimos três anos"*[42], verifica-se que nos últimos dois anos o SUCH tem andado próximo deste limite, sendo que em 2009 o volume financeiro ficou abaixo do mesmo, concluindo-se que uma parte considerável da actividade do SUCH tem já como destino não as entidades públicas adjudicantes suas associadas, mas o mercado em geral.

Sem prejuízo da relevância das "*circunstâncias quantitativas*", entende-se que o que está essencialmente em causa é a questão de saber se a actuação do SUCH coloca em causa o funcionamento dessa mesma concorrência, o que se avaliará de seguida.

2.2. As circunstâncias qualitativas

Refere o Acórdão do Tribunal de Contas *supra* citado que a "*condição da essencialidade não constitui uma finalidade em si mesma; ela é instrumental do princípio da concorrência e das liberdades fundamentais, consagradas no Tratado da Comunidade Europeia (TCE). Assim, a interpretação contida na alínea b) do n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos há-de ser feita em conformidade com os princípios e liberdades fundamentais consagrados no TCE e, também, na Constituição da República Portuguesa (CRP)"* [43].

i. A realização pelo SUCH de prestações para as quais não possui competências internas

A celebração de protocolos sem precedência de procedimentos concorrenciais tem-se alargado a actividades para as quais o SUCH não tem, parcial ou totalmente, competências internas para as desenvolver, recorrendo a entidades externas, em regra do sector privado lucrativo, com base em subcontratos, ou a entidades por si participadas, através da celebração de contratos de cedência de "*direitos e obrigações*"[44] e de mandato.

Em 2008 o peso dos subcontratos nos custos operacionais das unidades de negócio foi de 21,53% (€ 17.801.885,00), destacando-se o custo dos subcontratos na unidade de projectos e obras, que inclui, para além, de actividades de elaboração de projectos, gestão e fiscalização de obras, a cargo do SUCH, a realização de procedimentos de subcontratação de empreitadas de obras públicas, nas áreas para as quais o SUCH não detém competências internas[45].

Quadro III – Subcontratos por unidade de negócio

Unidade de negócios (UN)	Subcontratatos		Custos operacionais (total UN)
	Valor	%	
Manutenção	2.920.662,00 €	17,55	16.644.663,00 €
Projectos e obras	6.769.784,00 €	77,94	8.685.962,00 €
Energia	221.475,00 €	12,46	1.777.705,00 €
Segurança e Controlo Técnico	126.379,00 €	26,59	475.315,00 €
Outros - Somos Equipas	13.946,00 €	0,93	1.493.838,00 €
Gestão e Tratamento de Roupa	70.272,00 €	0,39	17.887.289,00 €
Limpeza	1.223,00 €	0,02	7.312.859,00 €
Gestão de Resíduos	1.978.248,00 €	28,68	6.897.175,00 €
Nutrição	5.699.896,00 €	26,67	21.368.170,00 €
Consultoria	0,00 €	0,00	156.973,00 €
Total	17.801.885,00 €	21,53	82.699.949,00 €

Fonte: Demonstração de resultados por área e unidade de negócio (2008)

[41] Água, energia, transportes e serviços postais – cfr. designadamente, artigos 7º e segs. do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS..
[42] Artigo 13º, n.º 3, do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS..
[43] Citando, ainda, o Acórdão *"a este propósito, o art.º 10.º do TCE, do qual decorre o princípio da interpretação em conformidade com o TCE: Os Estados-Membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado*." A exigência da dependência económica visa pois, essencialmente, evitar o falseamento da concorrência e garantir as liberdades económicas fundamentais.
[44] Cfr. texto dos contratos.
[45] Sendo uma entidade sem fins lucrativos, o SUCH não reúne os requisitos de ingresso na actividade de empreiteiro, tendo de recorrer a entidades externas para executar os contratos por ele celebrados com as entidades adjudicantes (*vide* artigos 7º e seguintes do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro).

Verificou-se que o SUCH tem adoptado Regulamentos de Contratação de Aquisições de Bens e Serviços e Empreitadas, moldados sobre as regras da contratação pública[46], confirmando-se nos processos de subcontratação seleccionados, que essas regras têm sido aplicadas. Sem prejuízo dos ganhos que o SUCH eventualmente, ainda, poderia ter obtido com a junção num só procedimento de adjudicação das aquisições do mesmo tipo de materiais/serviços[47], associados a uma eventual diminuição dos preços em virtude do aumento da quantidade de bens a adquirir e à pressão concorrencial existente num procedimento totalmente aberto à concorrência (*maxime* o concurso público), confirmou-se nos ajustes directos e consultas públicas analisadas que o SUCH consulta um número de fornecedores muito alargado[48] com vista a obter a melhor relação qualidade/preço.

De entre os processos de subcontratação analisados, as regras da concorrência não foram cumpridas na formação dos subcontratos da UN Nutrição e da UN Manutenção, que são objecto do ponto 11.1. do Relatório.

Note-se que, apesar da aplicação, em geral, pelo SUCH das regras da contratação pública, esta entidade não se considera vinculada à aplicação daquelas regras, referindo-se no preâmbulo do Regulamento de Contratação de Aquisições de Bens e Serviços e Empreitadas, em vigor, que com *"(…) a publicação do novo Código dos Contratos Públicos, tornou-se claro que a sujeição às regras da contratação pública pressupõe uma personalidade jurídica pública ou a qualificação como organismo de direito público, o que não se verifica no caso do SUCH (…)"*. Trata-se de uma matéria que, sob o ponto de vista do SUCH, se enquadra no poder discricionário do respectivo Conselho de Administração.

Constatando-se, porém, que a actividade do SUCH tem sido financiada maioritariamente por prestações de serviços realizadas aos associados do sector público, ao abrigo de uma relação alegadamente excluída da aplicação do regime jurídico da contratação pública, cfr. *Quadro II*[49], e que todos os membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal são nomeados ou pelo Ministro da Saúde ou pela Assembleia Geral, na qual as entidades associadas do Sector Público detêm a maioria dos direitos de voto, conclui-se que esta associação preenche a previsão da al. d) do n.º 2 do art.º 2º do CCP, incluindo-se, também, no âmbito das entidades adjudicantes, para efeitos de aplicação do regime jurídico da contratação pública actualmente em vigor[50].

Acresce que, apenas o entendimento do SUCH como entidade adjudicante poderia concorrer para o preenchimento dos requisitos da contratação *in house*, por ele invocada, pois só assim se garantiria o cumprimento dos princípios da concorrência e da prossecução do interesse público, não pelas entidades dominantes (*in casu*, entidades públicas associadas), mas pela entidade que, alegadamente, funciona como um seu prolongamento (o SUCH)[51].

---

[46] Anteriormente o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e, actualmente, o Código dos Contratos Públicos.

[47] Por exemplo, juntando os processos de aquisição de materiais de construção referentes às empreitadas do Serviço de Urgência da Unidade Hospitalar de Bragança e da Unidade de Cuidados Continuados da Unidade Hospitalar de Macedo de Cavaleiros.

[48] Em alguns processos foram consultados mais de 20 fornecedores.

[49] Apesar de o mesmo exercer parte considerável da sua actividade em regime de concorrência e de mercado.

[50] Recorde-se que já durante a vigência dos Decretos-Lei n.os 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, no Parecer nº 145/2001, concluiu que o SUCH se incluía *"entre as entidades equiparadas a organismos de direito público"* para efeitos de aplicação do regime jurídico da contratação pública, enquadrando-se na previsão dos artigos 3º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e 3º., n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

[51] No sentido de que as adjudicatárias de contratos celebrados *in house* estão, por sua vez, sujeitas às regras da contratação pública quando pretendam contratar com terceiros, Alexandra Leitão, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações "in house"*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 65, e Cláudia Viana, *Contratos públicos "in house" – em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais*, in Revista de Direito Regional e Local.

As entidades participadas às quais o SUCH tem cedido os direitos e obrigações ou mandatado com o objectivo de as mesmas executarem os contratos por ele celebrados com entidades associadas do sector público, são as constantes do quadro *infra.*

Quadro IV – Execução de contratos celebrados entre entidades associadas do Sector Público por entidades participadas pelo SUCH

Designação e participações	Objecto, constituição e duração do ACE	Retribuição dos agrupados*	Celebração e duração do contrato de cessão de direitos e obrigações / mandato	Protocolos celebrados pelo SUCH com entidades associadas do Sector Público			
				Entidade hospitalar	Data da celebração do contrato	Duração do contrato	Fase de execução
SUCH-Dalkia, ACE SUCH - 50% DALKIA – Empresa de serviços, condução e manutenção de instalações técnicas, S.A - 50%	**Objecto:** Concepção, construção, financiamento, exploração e manutenção de centrais de transformação de energia **Constituição:** 04-06-1996 **Duração:** Até 31.12.2012	Participação nos proveitos; Retribuição pela prestação de serviços adquiridos pelo Agrupamento aos agrupados	s/data**	Unidade Local de Saúde de Matosinhos, EPE (Hospital Pedro Hispano)	16.02.2000	10 anos	Em exploração
			26.11.2001**	Hospital Garcia de Orta, EPE	11.2000	10 anos (prorrogável)	Em exploração
			12.09.2002**	Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE (Hospital de S. José)	29.12.2001	10 anos (prorrogável)	Em exploração
			12.09.2002**	Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE (Hospital de S. Francisco Xavier)	30.04.2002	10 anos (prorrogável)	Em exploração
			12.06.2008**	Hospital de S. João, EPE	11.09.2007	15 anos (prorrogável)	Em instalação
			s/data**	Centro Hospitalar de Setúbal, EPE	07.03.2008	10 anos (prorrogável)	Obra n/ iniciada
			10.07.2009**	Hospital de Santo André, EPE	08.01.2009	10 anos (prorrogável)	Obra n/ iniciada
Somos Compras, ACE SUCH - 91%; Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE – 3%; Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE – 3% Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE – 3%	**Objecto:** Serviços partilhados de compras e logística **Constituição:** 16-04-2007 **Duração:** 5 anos	Participação nos Proveitos ou Excedentes de Tesouraria; Remuneração das contribuições dos agrupados (apenas agrupados privados - SUCH e empresas privadas)	03.03.2008 (duração do ACE)	Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE	07.10.2009	16.04.2012 (prorrogável)	Transição/Operação
				Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE	07.10.2009	16.04.2012 (prorrogável)	Transição/Operação
				Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE	07.10.2009	16.04.2012 (prorrogável)	Transição/Operação
Somos Contas, ACE SUCH - 95% Accenture, SA – 5%	**Objecto:** Serviços partilhados de contabilidade e finanças **Constituição:** 26-06-2007 **Duração:** 10 anos	Participação nos Proveitos ou Excedentes de Tesouraria; Remuneração das contribuições dos agrupados	03.04.2008 (duração do ACE)	Administração Regional de Saúde do Norte, IP	01.09.2009	31.12.2009 (prorrogável)	Transição
				Administração Regional de Saúde do Centro, IP	08.09.2009	31.12.2009 (prorrogável)	Transição
Somos Pessoas, ACE SUCH - 95% Capgemini, SA – 5%	**Objecto:** Serviços partilhados de recursos humanos **Constituição:** 04-06-2007 **Duração:** 5 anos	Participação nos Proveitos ou Excedentes de Tesouraria; Remuneração das contribuições dos agrupados	01.03.2008 (duração do ACE)	Administração Regional de Saúde do Norte, IP	04.05.2009	1 ano (prorrogável)	Operação
				Administração Regional de Saúde do Centro, IP	01.07.2008	1 ano (prorrogável)	Operação
				Administração Regional de Saúde do Algarve, IP	03.03.2008	1 ano (prorrogável)	Operação

Notas: O Somos Ambiente, ACE, e a EAS, Unipessoal, Lda, referidas no quadro III *supra,* não desenvolveram, até à data do trabalho de campo qualquer actividade para as entidades adjudicantes associadas do SUCH. Até 17 de Março de 2009, o Somos Compras, ACE, era também integrado pela SGG - Serviços Gerais de Gestão S.A.

* Cfr. Estatutos dos Agrupamentos, Acordos de Agrupados e/ou contratos de cessão de direitos e obrigações ou de mandato.

** Mesma duração do protocolo celebrado entre o SUCH e entidades associadas do Sector Público.

Nem os contratos constitutivos dos Agrupamentos Complementares de Empresas (ACE), nem, posteriormente, os contratos de cedência da posição contratual ou os contratos de mandato celebrados com os ACE foram precedidos, por parte do SUCH, de procedimentos de contratação

pública, pelo que as sociedades comerciais que participam ou participaram[52] nos ACE criados pelo SUCH, através dos quais este prestou ou, ainda presta[53], serviços aos seus associados[54]ou realizado trabalhos preparatórios[55] dessa prestação, têm beneficiado da especial relação, até agora existente, entre o SUCH e os associados do Sector Público[56] quer financeiramente, através da participação nos proveitos, da retribuição dos contributos de agrupado e/ou do pagamento de prestações de serviços realizadas para o próprio agrupamento[57], quer através da obtenção de *know how* sobre o sector de actividade, ficando numa posição de partida mais favorável perante alguma concorrência que venha a surgir no âmbito da prestação destes serviços.

Refira-se, ainda, que os contratos de aquisição de serviços, nestas áreas, têm sido celebrados entre o SUCH e os associados do Sector Público, sendo o SUCH quem cede os direitos e obrigações deles decorrentes ou mandata as entidades por ele participadas na execução dos contratos por ele celebrados.

Contudo, as entidades públicas adjudicantes têm conhecimento dessa cedência/mandato, ou porque a autorizaram expressamente nos contratos celebrados com o SUCH[58], ou porque as entidades participadas e o respectivo objecto foram matéria de deliberação da Assembleia Geral[59], ou porque participaram na criação do próprio ACE como entidades agrupadas (no caso do Somos Compras, ACE), ou, ainda, porque durante a preparação e execução dos contratos são também recursos humanos das sociedades comerciais que integram os Agrupamentos Complementares de Empresas que dialogam com as entidades públicas adjudicantes com vista a essa execução.

As situações descritas não têm acolhimento, quer no âmbito da vigência dos Decretos-Lei n.os 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, e da doutrina constante dos pareceres do Conselho Consultivo da PGR, quer já durante a vigência do CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, que positivou o conceito de contratação *in house* com origem na jurisprudência comunitária, uma vez que, os contratos celebrados pelo SUCH com as suas participadas implicaram o recurso a entidades externas à associação, com vista à prestação de serviços aos seus associados, pelo que deviam ter sido precedidos de procedimentos de contratação pública, sob pena das entidades públicas adjudicantes e do próprio SUCH violarem os princípios que regem o mercado livre e concorrencial.

Perante a necessidade do SUCH recorrer a entidades externas para executar contratos públicos, que lhe eram atribuídos com base na doutrina constante dos pareceres do Conselho Consultivo da PGR, era exigível às entidades públicas adjudicantes, que junto do SUCH comprovassem que a

[52] O Somos Compras, ACE, deixou de ter participação do agrupado privado a partir de 17 de Março de 2009.
[53] No caso do SUCH-Dalkia, ACE. As restantes encontram-se em processo de extinção/transmissão das respectivas posições jurídicas, cfr. artigo 11º do Decreto-Lei n.º 19/2010, de 22 de Março, que criou a SPMS - Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, EPE.
[54] O SUCH-Dalkia, ACE, o Somos Pessoas, ACE, e, pontualmente, o Somos Compras, ACE.
[55] Todos os ACE, incluindo o Somos Contas, ACE. Nos trabalhos preparatórios da implementação dos serviços partilhados inserem-se os trabalhos de due diligence (levantamento da informação e diagnóstico do ponto de partida e apresentação do modelo económico de base e preço do serviço) e transição (definição do modelo de processos futuros, externalização dos processos e identificação de indicadores de desempenho para os processos críticos) e nos trabalhos preparatórios da actividade desenvolvida pelo SUCH-Dalkia, ACE, insere-se a realização de estudos de viabilidade económica e de custo-benefício relativos à instalação das centrais de cogeração.
[56] Confirmou-se, ainda, que, apesar, da SGG – Serviços Gerais de Gestão, SA, ter cedido, em Março de 2009, a sua posição no Somos Compras, ACE, ao SUCH, manteve com o ACE sucessivos contratos de prestação de serviços de implementação, suporte ao arranque em produção, integração de colaboradores, apoio à certificação e formação de sistemas de informação, que se prolongaram pelo menos até Dezembro de 2009.
[57] O que se verifica no caso do SUCH-Dalkia, ACE, conforme resulta dos contratos de cedência de direitos e obrigações elencados no *Quadro* , que prevêem o recurso por parte deste Agrupamento aos serviços dos respectivos membros (o SUCH e a Dalkia, SA).
[58] Em todos os contratos analisados, celebrados com o SUCH-DALKIA, ACE, o Somos Pessoas, ACE, o Somos Contas, ACE, e o Somos Compras, ACE.
[59] Com excepção do SUCH-DALKIA, ACE, que foi criado numa época (1996), em que os Estatutos do SUCH em vigor, prevendo a possibilidade do SUCH criar ou participar em entidades de qualquer natureza, não sujeitava essa criação ou participação a deliberação da Assembleia Geral ou a autorização do Ministro da Saúde.

constituição dos ACE[60] ou a atribuição em concreto dos contratos públicos garantiam os princípios da concorrência. Para além das questão de legalidade que situações como as agora em análise suscitam e que são tratadas nos pontos relativos às áreas de negócio do SUCH, apenas o lançamento de procedimentos concorrenciais adequados garantem, de princípio, os melhores contratos em termos de eficiência económica.

A celebração dos contratos de prestação de serviços entre o SUCH e os associados do Sector Público e a sua cedência a entidades por ele participadas constituiu um expediente que atribuiu, no final, diversos contratos públicos a entidades participadas por operadores económicos, cuja escolha não foi precedida de qualquer procedimento que garantisse princípios como os da transparência, igualdade e concorrência.

ii. A actuação do SUCH no mercado concorrencial

Confirmou-se, no ponto 2.1., que o SUCH tem exercido uma parte significativa das suas actividades em condições de concorrência junto de instituições públicas ou privadas, sejam ou não suas associadas, competindo com outros operadores económicos que não beneficiam da mesma relação privilegiada que o SUCH tem mantido com o Sector Público e que decorre, nomeadamente, do facto daquela associação beneficiar de bens imóveis do Estado ou de entidades do Sector Público, em regra parcelas de terreno ou edifícios, nos quais instala e explora as suas unidades de negócio não só para prestar serviços aos associados do Sector Público, mas também, ainda que em menor escala, a clientes do Sector Público e Privado em regime de concorrência.

Esta situação acontece designadamente com a lavandaria e a cozinha instaladas no Hospital de São João, EPE (HSJ), com a lavandaria instalada nos Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE (HUC), e com a Central de Autoclavagem instalada no Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE (CHVNGE).

As três primeiras unidades incluem-se no objecto de contratos de prestação de serviços de lavagem e tratamento de roupa e alimentação celebrados com aquelas unidades hospitalares que estabelecem, no respectivo clausulado a possibilidade do SUCH, a título acessório, rentabilizar as instalações ali sedeadas, prestando serviços a outras entidades terceiras. A Central de Autoclavagem foi objecto de um protocolo de cedência de uma parcela de terreno, celebrado entre o CHVNGE[61] e o SUCH[62], com vista à instalação daquela unidade. Acessoriamente, o SUCH obrigou-se a satisfazer as necessidades do CHVNGE, tratando, mediante remuneração, de todos os seus resíduos hospitalares perigosos. Estes contratos/protocolos, celebrados com entidades seleccionadas para a realização da 2ª fase do trabalho de campo, foram objecto de análise no ponto 11.1. do Relatório.

[60] Admite-se, à semelhança do propugnado na Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (2008/C 91/02 – JOUE, C, n.º 91, de 12de Abril de 2008, págs. 4 e segs. que, existindo da parte do SUCH a necessidade de recurso a entidades externas, através da criação de um ACE, devia o SUCH ter garantido, ele próprio, os princípios subjacentes a um mercado livre e concorrencial previamente à constituição do próprio ACE e com vista a essa mesma constituição.

[61] Á data da celebração do Protocolo – 19 de Dezembro de 2003 – Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia (não incluía a unidade hospitalar de Espinho e pertencia ao Sector Público Administrativo).

[62] Cuja celebração foi autorizada pelo Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, por despacho de 5 de Novembro de 2003.

Embora todos os contratos/protocolos referidos estabeleçam uma forma de compensar as unidades hospitalares por permitirem essa rentabilização[63], os mesmos, à semelhança da maioria dos contratos celebrados com as entidades públicas suas associadas, não foram precedidos de um procedimento que assegurasse aos interessados em contratar ou em os utilizar uma concorrência efectiva, verificando-se, em alguns deles, que as entidades públicas se encontram a suportar custos, ainda que indirectamente[64], com aquelas actividades.

Fora do perímetro das entidades seleccionadas para a realização da segunda fase do trabalho de campo, a situação referenciada acontece, ainda, a título de mero exemplo com:

i. Os serviços do SUCH instalados no Parque da Saúde de Lisboa[65]

Com base no Despacho n.º 1/92 do Ministro da Saúde[66], foram celebrados entre o então Hospital Júlio de Matos (HJM) e o SUCH os seguintes contratos:

- Protocolo de 3 de Maio de 1994 – autorizou o SUCH a utilizar o Pavilhão 33-A, podendo realizar obras de adaptação, recuperação e conservação do mesmo, constituindo esse Pavilhão actualmente a sua sede;
- Adenda de 24 de Julho de 1997 – autorizou o SUCH a utilizar um imóvel designado por Central de Incineração e áreas contíguas (400 m2), no qual o SUCH instalou a actual Central de Incineração de Resíduos Hospitalares[67];
- Protocolo de 21 de Novembro de 2002 – autorizou o SUCH a utilizar o Pavilhão 31 e fazer nele as necessárias obras de adaptação, recuperação e conservação, para utilização industrial e administrativa. Esta utilização cessou em 31 de Agosto de 2009.

Todos estes contratos foram autorizados/homologados pelo Ministro da Saúde.

Os valores devidos pelo SUCH ao HJM (actual Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa - CHPL) no âmbito destes contratos são contrapartida da obrigação do CHPL assegurar a prestação de serviços

[63] Uma percentagem do volume da facturação do SUCH às entidades terceiras ou um valor por refeição fornecida a essas entidades (contratos celebrados com os HSJ e CHVNGE) e garantia do preço mais baixo das prestações de serviços no caso do contrato celebrado com os HUC.

[64] Custos com as energias consumidas (água, electricidade e vapor) na lavandaria instalada no HSJ; pagamento de refeições não consumidas pelo HSJ; custos com a energia eléctrica consumida na Central de Autoclavagem instalada no CHVNGE. Os HUC, por sua vez, não controlam os consumos efectivos de vapor na exploração da lavandaria sedeada nas suas instalações.

[65] O Parque da Saúde de Lisboa designa o conjunto de edificações e terrenos circundantes afectos ao Hospital Júlio de Matos (HJM), actual Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa, pelo Decreto-Lei n.º 31 345, de 27 de Junho de 1941. A nova designação foi conferida pelo Despacho do Ministro da Saúde n.º 1/92, publicado no DR II S, n.º 60, de 12 de Março de 1992, nos termos do qual o Ministro da Saúde determinou que os imóveis afectos ao HJM passassem a "constituir um espaço integrado destinado a instalar instituições na área da saúde", com a designação de Parque de Saúde de Lisboa.

[66] Que além da nova designação e destino conferidos aos edifícios e terrenos circundantes, conforme referido na nota de rodapé anterior, o Despacho n.º 1/92 autorizou o HJM a, "*mediante protocolo, facultar a utilização dos imóveis desocupados ou subaproveitados às entidades que estejam interessadas em instalar no Parque os seus serviços*" e nomeou o HJM "*entidade gestora de todo o Parque, com competência para emitir regulamentos, nomeadamente sobre a segurança e vigilância*". Com fundamento no referido Despacho, foram celebrados pelo HJM protocolos com diversas instituições do Sector Público e do Sector Privado sem fins lucrativos, incluindo-se nestas o SUCH. Esta situação foi objecto de análise no Relatório n.º 2/2004, 2ª S, de 3 de Junho, relativo à verificação externa de contas do HJM, no qual se concluiu pela ilegalidade do Despacho n.º 1/92 do Ministro da Saúde e dos protocolos que, individualmente, tinham "*permitido, ao abrigo do mesmo, a instalação nos imóveis do Estado de outras entidades"* porquanto*, "respeitando a matéria que se insere na esfera de atribuições de outro Ministério, padecem do vício de incompetência por falta de atribuições (ou incompetência absoluta), para o qual o Código do Procedimento Administrativo, no seu art.º 133º, n.os 1 e 2, al. b), comina a nulidade*." Pelos elementos analisados concluiu-se, então, que a titularidade do direito de propriedade sobre Parque da Saúde de Lisboa era do Estado, inserindo-se no respectivo domínio privado indisponível, pelo que aqueles actos do Ministério da Saúde deviam ter sido realizados pelo Ministério das Finanças, através da Direcção-Geral do Património.

[67] Única do país, com licenciamento válido até 6 de Julho de 2012.

comuns do Parque da Saúde de Lisboa[68]-[69], não se prevendo qualquer remuneração pelo espaço ocupado.

ii. A lavandaria do SUCH instalada no Hospital de Vialonga

Através de Protocolo de 6 de Outubro de 1999, a Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, IP (ARSLVT), cedeu a utilização de uma parcela de terreno (10.000 m2) do Hospital de Vialonga[70], na qual o SUCH instalou uma lavandaria. O protocolo, com um prazo de vigência inicial de 15 anos[71], não estabeleceu qualquer contrapartida em benefício da ARSLVT.

Nenhum dos protocolos prevê qualquer remuneração pelo espaço ocupado e foi precedido de qualquer procedimento que assegurasse aos interessados em contratar uma concorrência efectiva[72].

À relação privilegiada que o SUCH tem mantido com o Sector Público e aos benefícios dela decorrentes, acrescem, ainda, os benefícios que o mesmo aufere e que decorrem do seu estatuto de utilidade pública administrativa[73], objecto de análise no ponto 9 do Relatório, sendo, também, a garantia da sã concorrência entre entidades que justifica disposições como as dos artigos 2º, n.º 1, al. f), e 12º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro, que estabelecem, respectivamente, como uma das condições gerais da declaração de utilidade pública, a proibição de tais entidades "*(…) desenvolverem, a título principal, actividades económicas em concorrência com outras entidades que não possam beneficiar do estatuto de utilidade pública" e* que nos "*casos em que as entidades declaradas de utilidade pública desenvolvam, a título secundário, outras actividades para além das de interesse geral, designadamente de natureza económica, as mesmas devem: a) Abster-se de fazer uso do seu estatuto de utilidade pública para exercer actividades susceptíveis de reduzir a capacidade competitiva dos demais agentes; b) Assegurar que, nos documentos de prestação de contas a remeter à Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros e sempre que tal se aplique, se encontrem devidamente autonomizados os custos e receitas relativos às actividades que não podem ser abrangidas pelos benefícios que o estatuto de utilidade pública comporta sem que se verifique a violação das regras da concorrência".*

Embora o regime jurídico da contratação pública não impeça que entidades que beneficiem de um qualquer apoio do Estado ou de outra entidade pública sejam opositoras a um procedimento de adjudicação, a actuação do SUCH em regime de mercado, beneficiando simultaneamente de recursos patrimoniais do Sector Público e dos benefícios decorrentes do estatuto de utilidade

[68] V.g. recolha de lixo, conservação de arruamentos e jardins, vigilância e segurança. O Despacho n.º 1/92 nomeou o HJM entidade gestora do Parque da Saúde de Lisboa.
[69] Para além destes valores o Protocolo, de 21 de Novembro de 2002, estabelecia ainda a obrigação do SUCH beneficiar e equipar as instalações que vierem a ser necessárias para implantar noutro edifício as oficinas do HJM e/ou, em contrapartida, assegurar a prestação desses serviços em valor idêntico e em condições a fixar por acordo específico.
[70] Património privativo da ARSLVT.
[71] Podendo, ainda, ser automaticamente renovado por períodos de 5 anos.
[72] O Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, na senda do que já vinha constando das leis do Orçamento de Estado, consagrou a regra da onerosidade do espaço ocupado nos bens imóveis do Estado, que pode ou não assumir a forma de compensação financeira (art.º 4º), estabelecendo, ainda, que a gestão, utilização e a alienação dos bens imóveis devem ser realizadas de acordo com a ponderação dos custos e benefícios. O diploma, que entrou em vigor em Setembro de 2007, aplica-se, designadamente, à gestão dos bens imóveis do domínio privado do Estado e dos institutos públicos. Quer a parcela de terreno onde foi instalada a Central de Autoclavagem, quer o Parque da Saúde de Lisboa onde se encontram diversos serviços do SUCH, quer, ainda, a parcela de terreno onde funciona a lavandaria de Vialonga, são propriedade do Estado (os dois primeiros) ou de um instituto público (o último). Os protocolos são anteriores à data da entrada em vigor daquele diploma.
[73] Benefícios fiscais e outras regalias, como a isenção de custas judiciais.

Mod. TC 1999.001

pública, pode colocar em causa o funcionamento concorrencial do mercado, salvaguardado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprovou o regime jurídico da concorrência.

Idêntica preocupação foi, também, manifestada pelo Advogado-Geral GELLHOED nas conclusões apresentadas no processo Tragsa do TJUE (Procº C-295/05), explicitando:

> *"Se um serviço de execução interno próprio de um organismo público aparece em segmentos de mercados abertos, sem que sejam adoptadas medidas eficazes e transparentes para impedir a utilização no âmbito da concorrência dentro destes segmentos de eventuais benefícios materiais financeiros de que este serviço goza pelo facto de, em relação à maior parte das suas actividades, intervir como organismo de execução de um organismo público, não se cumprem, neste caso, os requisitos explícitos estabelecidos no artigo 86.º, n.º 1, CE. Tal incumprimento viola, mais especificamente, os artigos 43.º CE e 49.º CE, porque os serviços de execução próprios que realizam trabalhos adicionais nos mercados nacionais abertos podem dificultar o acesso de potenciais interessados provenientes de outros Estados-Membros".*

ANEXO III - Áreas tradicionais de actividade do SUCH

1. Áreas tradicionais

1.1. Somos Ambiente

O Somos Ambiente é uma área de negócios constituída por três unidades de negócio:

- Gestão e tratamento de roupa;
- Gestão e tratamento de resíduos hospitalares;
- Limpeza hospitalar.

Esta área de negócio representou, em 2008, aproximadamente 36,5% do total de volume de negócios do SUCH (€ 89,3 milhões). O quadro seguinte reflecte os resultados da área de negócio no biénio 2007-2008.

Quadro I– Resultados por área e unidade de negócio

Somos Ambiente - Total Cluster	2008	2007	Δ% 07/08
Custos	32.121.203,00 €	25.998.377,00 €	23,55%
Proveitos	34.190.222,00 €	27.476.863,00 €	24,43%
Resultados	2.069.019,00 €	1.478.486,00 €	39,94%
Direcção	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	23.880,00 €	10.347,00 €	130,79%
Proveitos	0,00 €	140,00 €	-100,00%
Resultados	-23.880,00 €	-10.207,00 €	133,96%
Gestão e Tratamento de Roupa	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	17.887.289,00 €	16.728.017,00 €	6,93%
Proveitos	20.936.861,00 €	19.008.848,00 €	10,14%
Resultados	3.049.572,00 €	2.280.831,00 €	33,70%
Gestão e Tratamento de Resíduos	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	6.897.175,00 €	6.125.376,00 €	12,60%
Proveitos	6.364.001,00 €	5.088.705,00 €	25,06%
Resultados	-533.174,00 €	-1.036.671,00 €	-48,57%
Limpeza hospitalar	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	7.312.859,00 €	3.134.637,00 €	133,29%
Proveitos	6.889.360,00 €	3.379.170,00 €	103,88%
Resultados	-423.499,00 €	244.533,00 €	-273,19%

Fonte: Demonstrações de Resultados por área de negócio

Como podemos verificar pela análise do quadro supra representado, o negócio da **lavagem e tratamento de roupa** no biénio 2007-2008, contribuiu positivamente para os resultados líquidos do SUCH.

O elevado volume de negócios nesta área advém do SUCH proceder ao tratamento de roupa da maioria[74] dos hospitais do SNS. Actualmente, são já em número reduzido os hospitais que utilizam meios próprios nesta área e não tem existido a prática, na generalidade dos hospitais, de submeter

[74] No estudo "Avaliação da satisfação dos clientes e da marca SUCH – 2007" 72% dos hospitais recorrem ao SUCH para o tratamento de roupa, 12% recorrem a empresas externas e 16% utilizam meios próprios.

esta área a um procedimento concorrencial, apesar de, como refere o Relatório Preliminar do Plano de Sustentabilidade 2010-1015 - SUCH-SOMOS SPS[75], o SUCH praticar *"(…) preços superiores à concorrência (…)".*

A área de **gestão e tratamento de resíduos** representou 7,12% do volume de negócios do SUCH em 2008, tendo contribuído negativamente, no biénio 2007-2008, para os resultados líquidos do SUCH. Os resultados negativos nesta área resultam fundamentalmente dos elevados custos de estrutura e do peso significativo dos subcontratos e restantes fornecimentos e serviços externos.

Para o tratamento de resíduos hospitalares o SUCH dispõe de uma central de incineração, localizada no Parque da Saúde em Lisboa e uma central de autoclavagem[76] no Hospital Eduardo Santos Silva em Vila Nova de Gaia. O SUCH, através do Somos Ambiente, ACE, criado em 2008[77], tem ainda um projecto de criação de um centro integrado de valorização energética e tratamento de resíduos hospitalares e industriais, na Chamusca, *"(…) cujo conceito integra a implantação de três unidades de tratamento e valorização, complementares e sinérgicas, mediante a adopção das melhores tecnologias e das melhores práticas existente."*[78].

O mercado da gestão e tratamento de resíduos em Portugal é limitado. O relatório da Direcção Geral de Saúde relativo aos resíduos hospitalares em 2005 refere a existência de apenas quatro operadores de gestão de resíduos hospitalares, sendo que o SUCH e um outro operador juntos tinham uma quota de mercado de aproximadamente 90%.

Por essa razão, as unidades hospitalares valorizam a presença do SUCH nesta área de negócio considerando-o como um moderador de preços.

Em 2008, o volume de negócios da área de **limpeza hospitalar** foi de aproximadamente € 1,2 milhões de euros, o que representou um acréscimo de 112,6% relativamente ao ano transacto. Não obstante o aumento verificado, esta área representou nesse ano apenas 1,3% do total de volume de negócios do SUCH.

O SUCH desenvolve esta actividade junto de um número reduzido de entidades públicas, reconhecendo que "(…) *não é competitivo, em preço* (…)" quando comparado com as empresas deste sector, nomeadamente porque utiliza "(…) *produtos certificados* (…) e dá "(…) *cumprimento a todas as obrigações legais* (…)"[79].

A área de limpeza hospitalar caracteriza-se pelo uso intensivo de mão-de-obra. De facto, em 2008, os custos com pessoal nesta área representaram 83,3% dos custos operacionais.

1.2. Somos Equipas

O Somos Equipas é uma área de negócio constituída por quatro unidades de negócio:

[75] Da autoria de Augusto Mateus & Associados, Sociedade de Consultores, Lda.
[76] Tratamento que mantém o material contaminado a uma temperatura elevada e em contacto com vapor de água, durante um período de tempo suficiente para destruir potenciais agentes patogénicos ou reduzi-los a um nível que não constitua risco.
[77] Sem capital social, com as participações de dois parceiros do sector privado lucrativo – a ECO Partner, Consultoria e Projectos Ambientais, SA - 10% e a ENVIKRAFT A/S - 10%. O SUCH participa em 80%. Durante a auditoria confirmou-se que este ACE ainda não está em operação, sendo no entanto extensível a ele todas as observações feitas aos restantes ACE no presente Relatório.
[78] Fonte: Relatório e Contas de 2008 do SUCH.
[79] Fonte: Relatório e Contas 2008.

- Projectos e Obras;
- Manutenção de Instalações e Equipamentos;
- Segurança e Controlo Técnico;
- Energia.

Esta área de negócio representou, em 2008, aproximadamente 39,1% do total de volume de negócios do SUCH. O quadro seguinte reflecte os resultados desta área de negócio, que integra ainda uma Comissão Instaladora e uma unidade de apoios não especificados.

Quadro III – Resultados por área e unidade de negócio

Somos Equipas - Total cluster	2008	2007	Δ% 07/08
Custos	29.077.483,00 €	24.694.457,00 €	17,75%
Proveitos	32.666.141,00 €	31.284.006,00 €	4,42%
Resultados	3.588.658,00 €	6.589.549,00 €	-45,54%
Comissão Instaladora	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	1.134.881,00 €	563.396,00 €	101,44%
Proveitos	130.670,00 €	353.562,00 €	-63,04%
Resultados	-1.004.211,00 €	-209.834,00 €	378,57%
Manutenção	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	16.644.663,00 €	14.218.002,00 €	17,07%
Proveitos	17.746.254,00 €	17.438.357,00 €	1,77%
Resultados	1.101.591,00 €	3.220.355,00 €	-65,79%
Segurança e Controlo Técnico	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	475.315,00 €	456.248,00 €	4,18%
Proveitos	794.439,00 €	873.964,00 €	-9,10%
Resultados	319.124,00 €	417.716,00 €	-23,60%
Energia	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	1.777.705,00 €	2.147.528,00 €	-17,22%
Proveitos	2.574.926,00 €	2.246.560,00 €	14,62%
Resultados	797.221,00 €	99.032,00 €	705,01%
Projectos e Obras	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	8.685.962,00 €	6.764.711,00 €	28,40%
Proveitos	10.846.911,00 €	9.615.517,00 €	12,81%
Resultados	2.160.949,00 €	2.850.806,00 €	-24,20%
Apoios não especificados	**2008**	**2007**	**Δ% 07/08**
Custos	358.957,00 €	544.572,00 €	-34,08%
Proveitos	572.941,00 €	756.046,00 €	-24,22%
Resultados	213.984,00 €	211.474,00 €	1,19%

Fonte: Demonstração de resultados por área de negócio

No âmbito da unidade de negócios **Projectos e Obras**, o SUCH procede à elaboração de projectos de arquitectura, projectos de instalações eléctricas, água e esgotos e fiscalização e gestão de obras.

Trata-se de uma área onde o SUCH tem experiência acumulada e onde o volume de negócios tem registado um crescimento acentuado desde 2005, justificado em parte pelo incremento significativo nas actividades de projectos e fiscalização.

Vem-se assistindo nos últimos anos à perda de quadros qualificados nos serviços de instalações e equipamentos dos hospitais públicos que, já não dispondo, na maioria dos casos, de recursos próprios para a execução das tarefas de elaboração de projectos, elaboração de cadernos de encargos e gestão e fiscalização de obras, recorrem ao mercado ou ao SUCH para a execução dessas tarefas.

Sobre esta matéria, diz o relatório final do "Estudo sobre a área de negócio do SUCH – Projectos e Obras"[80] que *"(…) Apesar de o SUCH apresentar, na maioria dos casos, preços superiores aos da concorrência, este factor não se constitui como uma causa significativa de perda de negócios, por um lado porque o mercado reconhece a sua competência técnica, e por outro porque o SUCH beneficia de um estatuto privilegiado de contratação por parte dos seus associados, o que o protege de muitas situações de concurso e de concorrência directa."*

De notar ainda que, no âmbito da gestão de obras, o SUCH tem sido responsável pela execução de empreitadas. Sendo uma entidade sem fins lucrativos, o SUCH não reúne os requisitos de ingresso na actividade de empreiteiro, tendo de recorrer a entidades externas[81] para executar os contratos por ele celebrados com as entidades adjudicantes (*vide* artigos 7º e seguintes do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro).

Esta situação penaliza os hospitais e o SNS visto que as entidades prestadoras de cuidados de saúde têm de suportar todos os custos do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais com as subcontratações e ainda a margem comercial da Associação.

A unidade de negócio **Manutenção de Instalações e Equipamentos** foi responsável por 19,8% da facturação do SUCH em 2008, tendo registado um acréscimo de 2,2% relativamente a 2007. Esta área de negócio tem contribuído positivamente para os resultados líquidos do SUCH.

Esta unidade de negócio engloba a instalação, manutenção e reparação de instalações eléctricas e mecânicas de edifícios, bem como de aparelhos de ventilação e ar condicionado.

Tradicionalmente, esta é uma área que representa um encargo significativo nos custos das unidades prestadoras de cuidados de saúde, seja pelo volume de equipamentos que dispõem, seja também pela complexidade técnica desses mesmos equipamentos.

De referir ainda que, apesar da experiência do SUCH nesta área, verifica-se actualmente alguma perda de capacidade técnica de intervenção nos novos equipamentos de electromedicina.

A unidade de negócio **Segurança e Controlo Técnico** ocupa-se do controlo e monitorização das condições de segurança e higiene de instalações e equipamentos. Em 2008, esta unidade de negócio foi responsável por menos de 1% do volume de negócios do SUCH.

A unidade de negócios **Energia** é responsável pela exploração e manutenção de centrais de transformação de energia. Em 2008, o volume de negócios da área de energia registou um crescimento de aproximadamente 14,4%, atingindo um total de € 2,6 milhões.

É na área de negócios Somos Equipas que opera, também, o **SUCH-DALKIA, ACE**, um agrupamento complementar de empresas, criado em 1996, e composto pelo SUCH (50%) e pela Dalkia, SA (50%), responsável pela execução dos contratos celebrados pelo SUCH com associados do Sector Público referentes designadamente à instalação e exploração das centrais de cogeração.

[80] Relatório final do "Estudo sobre a área de negócio do SUCH – Projectos e Obras" – GesSystem – Soluções de Gestão Empresarial, de 19 de Junho de 2006.
[81] Em 2008, o peso dos subcontratos nos custos operacionais desta área foi de 78%.

1.3. Somos Nutrição

A área da nutrição registou um crescimento do volume de negócios de 17,1% de 2007 para 2008, e foi responsável, em 2008, por 25,94% do total do volume de facturação do SUCH.

Quadro IVII – Resultados por área de negócio

Somos Nutrição	2008	2007	Δ% 07/08
Custos	21.368.170,00 €	18.518.048,00 €	15,39%
Proveitos	23.216.964,00 €	19.832.683,00 €	17,06%
Resultados	1.848.794,00 €	1.314.635,00 €	40,63%

Fonte: Demonstração de resultados por área de negócio

Para a aquisição de serviços de alimentação as unidades hospitalares recorrem maioritariamente ao mercado, através da abertura de procedimentos de contratação pública, daí que, o SUCH por *"(…) praticar um preço superior ao da concorrência, por falta de escala e por falta de eficiência na compra (…)"*[82] ter uma quota de mercado inferior a algumas empresas do sector[83], apesar de, em 2008, ter garantido a adesão de " (…) quatro novos grandes clientes (…)"[84]. Em termos de distribuição regional verifica-se que o SUCH tem uma forte implantação na região centro do país, mas uma presença reduzida na região sul[85].

Tendo em vista promover uma maior eficiência nesta área o SUCH pretende evoluir para uma estrutura de cozinhas partilhadas, por contraponto ao sistema tradicional de exploração das cozinhas nas instalações dos clientes.

1.4. Outras áreas de actuação do SUCH

Para além das áreas tradicionais de actuação acima enunciadas, verificou-se que o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais tem servido de instrumento de satisfação de necessidades dos seus associados públicos noutras áreas, nomeadamente na contratação de pessoal para as áreas de apoio instrumental.

De facto, não é incomum encontrarem-se funcionários de hospitais a trabalharem "lado a lado" com trabalhadores do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, sob a orientação da mesma chefia (dos hospitais) e a desempenharem as mesmas tarefas, embora por vezes com diferentes regras, nomeadamente quanto a remunerações e horários.

Esta situação tem origem nas restrições de contratação de pessoal e nos limites de crescimento das despesas com pessoal impostas pela Tutela aos serviços públicos nos últimos anos. Não podendo recrutar pessoal, mas necessitando do mesmo para assegurar determinados níveis de serviço, os hospitais recorrem ao Serviço de Utilização Comum dos Hospitais para, sob a forma de "prestação de serviços", prover as carências de recursos humanos que têm.

[82] Fonte: Relatório Preliminar do Plano de Sustentabilidade 2010-1015 - SUCH-SOMOS SPS.
[83] O Estudo "Análise e formação estratégica da área da alimentação" da Arthur D. Little referia uma quota de 14%.
[84] Fonte: Relatório e Contas de 2008 do SUCH.
[85] Em 2007 a região Centro representava 60,5% do total do volume de negócios, a região Norte 35,4% e a região Sul apenas 4,1%.

Esta situação vem a revelar-se no entanto mais penalizadora para os hospitais e para o SNS visto as entidades prestadoras de cuidados de saúde terem de suportar todos os custos do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais com o pessoal contratado (remuneração, encargos sociais e seguros), a margem comercial deste e o valor do Imposto Sobre o Valor Acrescentado.

A este propósito, saliente-se o esclarecimento prestado pela Presidente do CA do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, no âmbito da realização do trabalho de campo desta auditoria, de que estariam a ser desenvolvidos esforços no sentido de regularizar todas estas situações.

2. Contratos celebrados entre o SUCH e as entidades seleccionadas

Nas entidades hospitalares seleccionadas para a 2ª fase do trabalho de campo verificou-se estarem em execução, em 2008 e 2009, diversos contratos de prestação de serviços com base na doutrina dos pareceres do Conselho Consultivo da PGR.

Nos **Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE** (HUC), as aquisições de serviços ao SUCH, nas áreas de lavagem e tratamento de roupa hospitalar e de manutenção de instalações e equipamentos, remontam a 1989 e, na área de nutrição, a 1998, ao abrigo de protocolos sucessivamente renovados e com negociação anual de preços. Destacam-se, ainda, pelo seu valor, as aquisições de serviços de limpeza hospitalar e de gestão e tratamento de resíduos, nos termos de protocolos datados de 2008 e renovados em 2009.

Quadro IV - Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE

Objecto	Valor s/ IVA	Início da produção de efeitos	Horizonte temporal previsto no contrato	Procedimento de adjudicação		Entidade prestadora	Obs.
				Tipo	Base jurídica		
Lavagem e Tratamento de Roupa[1]/2	1.867.651,54	05-07-1989	Julho/Agosto de 1989 (podendo ser prorrogado por períodos de um ano)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	SUCH	renovado em 2009
Serviços de Limpeza[1]	1.349.004,00	01-01-2008	31-12-2008 (podendo ser renovado por períodos de um ano)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	SUCH	renovado em 2009
Serviços de Alimentação[1]/[3]	5.165.961,77	01-11-1998	31-12-1998 (podendo ser prorrogado por períodos de um ano)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	SUCH	renovado em 2009
Tratamento de resíduos hospitalares [4]	445.449,33	01-01-2008	31-12-2008 (podendo ser renovado por períodos de um ano até ao limite máximo de 3 anos)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	SUCH	renovado em 2009
Manutenção das redes e equipamentos eléctricos [5]	233.718,00	01-01-2008	31-12-2008 (podendo ser renovado por períodos de dois anos)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	SUCH	renovado em 2009
Manutenção das redes e sistemas eléctricos [5]	966.342,12	01-01-2008	31-12-2008 (podendo ser renovado por períodos de dois anos)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	SUCH	renovado em 2009
Manutenção das redes e sistemas mecânicos [5]	983.391,84	01-01-2008	31-12-2008 (podendo ser renovado por períodos de dois anos)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	SUCH	renovado em 2009

Fonte: Informação remetida pela entidade e confirmada em trabalho de campo

(1) Não tendo o hospital indicado o valor do contrato, tomou-se por referencia o valor dos pagamentos realizados pelos HUC, em 2008, ao abrigo destes protocolos (que incluem IVA)

(3) Visado em 04.07.1989

(3) Visado em 01.10.1998

(4) Sujeito a fiscalização prévia e declarado conforme (sessão diária de visto de 24.03.2008)

(5) A relação contratual com o SUCH remonta a 1 de Janeiro de 1989

No **Hospital de São João, EPE** (HSJ), a lavagem e tratamento de roupa, pelo SUCH, remonta a 1995, e os serviços de nutrição, a 2000. Em virtude da análise realizada, ambos os contratos deram origem a observações específicas.

Quadro V – Hospital de São João, EPE

Objecto	Valor s/ IVA	Início da produção de efeitos	Horizonte temporal previsto no contrato	Procedimento de adjudicação		Obs.
				Tipo	Base jurídica	
Lavagem e Tratamento de Roupa[(1)]	1.255.157,32	12-10-2006	5 anos, com possibilidade de renovação por períodos de 2 anos	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Vigente até 2011
Serviços de Alimentação[(1)]	5.009.081,31	03-02-2000	10 anos, com possibilidade de renovação por períodos de 1 ano (por adenda ao contrato inicial o termo do contrato foi fixado em 30-06-2011, sem prejuízo da renovação)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Vigente até 2011

Fonte: Informação remetida pela entidade

*Não tendo o hospital indicado o valor do contrato, tomou-se por referencia o valor dos pagamentos realizados pelo HSJ, em 2008, ao abrigo destes protocolos (que incluem IVA).

Para além dos contratos referenciados, o HSJ celebrou, ainda, em 11 de Setembro de 2007, com o SUCH, um contrato para a instalação e exploração de uma central de cogeração e prestação de serviços de manutenção e conservação de instalações e equipamentos, cuja execução foi objecto de um contrato de cedência de direitos e obrigações celebrado entre o SUCH e o SUCH-DALKIA, ACE.

No **Centro Hospitalar do Nordeste, EPE** (CHNE), relevam as prestações nas áreas de projectos e obras; nutrição, cujo contrato foi celebrado em 2008, por três anos; lavagem e tratamento de roupa, cujo contrato mais antigo, referente à unidade hospitalar de Mirandela, data de 2001. Neste Centro Hospitalar, relativamente a contratos de valor mais baixo, destaca-se, ainda, o relativo à gestão e tratamento de resíduos que é objecto de desenvolvimento no ponto 11.1 do Relatório.

Quadro V – Centro Hospitalar do Nordeste, EPE

Objecto	Valor s/ IVA	Início da produção de efeitos	Horizonte temporal previsto no contrato	Procedimento de adjudicação		Obs.
				Tipo	Base jurídica	
Projecto e gestão de obra do serviço de urgência (UHB)	1.354.341,99	08-02-2008		A.D.	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	
Gestão da obra da unidade de cuidados continuados (UHMC)	1.773.181,88	14-08-2007		A.D.	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	
Projecto e gestão de obra das centrais técnicas (UHB)	1.785.008,31	05-04-2007		A.D.	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	
Projecto e gestão de obra do serviço de consultas externas (UHB)	1.470.872,07	30-07-2007		A.D.	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	
Serviços de Alimentação	1.301.484,54	01-01-2008 (UHB) 01-04-2008	31-12-2010	A.D.	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Vigente até 2010
Lavagem e tratamento de roupa (UHB)[(1)]	300.000,00	01-01-2003	31-12-2005, podendo ser renovado por períodos de um ano	A.D.	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Renovado em 2009
Lavagem e tratamento de roupa (UHM)[(1)]	144.000,00	01-06-2001	31-12-2001, podendo ser renovado por períodos de um ano	A.D.	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Renovado em 2009
Lavagem e tratamento de roupa (UHMC)[(1)]	84.694,37	2005	31-12-2005, podendo ser renovado por períodos de um ano	A.D.	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Renovado em 2009

Fonte: Informação remetida pela entidade

* Valores dos contratos estimados com base na actualização de preços por kg de roupa de 2008

No **Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE** (CHLC), dos contratos de maior volume financeiro analisados, na área dos serviços tradicionais do SUCH, apenas o referente à lavagem e tratamento de roupa foi adjudicado ao SUCH com base na doutrina dos pareceres do Conselho Consultivo da

PGR. As restantes prestações de serviços foram adjudicadas na sequência de procedimentos de contratação pública.

Quadro VI – Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE

Objecto	Valor s/ IVA	Início da produção de efeitos	Horizonte temporal previsto no contrato	Procedimento de adjudicação		Obs.
				Tipo	Base jurídica	
Lavagem e Tratamento de Roupa para o triénio 2008-2010(1)	4.350.000,00	01-01-2008	31-12-2010, podendo ser renovado/prorrogado	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Vigente até 2010

Fonte: Informação remetida pela entidade

(1) Encargo estimado para o triénio , cfr. despacho do CA que autorizou despesa

À semelhança do HSJ, também no CHLC foi identificada a instalação e exploração de uma central de cogeração, com base em contrato celebrado em 2001 com o então Hospital de São José, cuja execução foi, posteriormente, objecto de um contrato de cedência de direitos e obrigações celebrado entre o SUCH e o SUCH-DALKIA, ACE.

No **Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE** (CHLN), identificou-se a atribuição ao SUCH, sem precedência de procedimentos de contratação pública, das prestações de serviços constantes do quadro *infra*. As restantes prestações de serviços foram adjudicadas ao SUCH na sequência de procedimentos de contratação pública.

Quadro VIII – Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE

Objecto	Valor s/ IVA	Início da produção de efeitos	Horizonte temporal previsto no contrato	Procedimento de adjudicação		Obs.
				Tipo	Base jurídica	
Tratamento de resíduos hospitalares (1)	327.904,57	02.07.2007		A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Denunciado em 30.12.2008
Assistência Técnica a Instalações e Equipamentos para o triénio 2007-2009(1)	1.007.304,00	01-04-2007	Triénio, podendo ser renovado/prorrogado mediante negociação	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Vigente em 2009
Lavagem e Tratamento de Roupa - Hospital de Santa Maria para o triénio 2007-2009(1)	2.936.015,65	01-03-2007	Triénio, podendo ser renovado/prorrogado mediante negociação	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Vigente em 2009
Lavagem e Tratamento de Roupa - Hospital Pulido Valente para o triénio 2007-2009 (1)	708.452,19	02-07-2007	Triénio, podendo ser renovado/prorrogado mediante negociação	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Vigente em 2009

Fonte: Informação remetida pela entidade

(1) Os valores indicados são referentes aos anos de 2007 e 2008. O Protocolo relativo ao tratamento de resíduos hospitalares cessou em 30 de Dezembro de 2008. Em 2009, os protocolos relativos à lavagem e tratamento de roupa foram unificados num único processo de despesa.

O **Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE** (CHLO), adjudicou serviços ao SUCH na sequência de procedimentos de contratação pública e no âmbito das relações especiais até agora existentes entre o SUCH e os respectivos associados, destacando-se nestas as seguintes:

Quadro IVII – Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE

Objecto	Valor s/ IVA	Início da produção de efeitos	Horizonte temporal previsto no contrato	Procedimento de adjudicação		Obs.
				Tipo		
Assistência Técnica a Instalações e Equipamentos das Áreas não Médicas	798.312,00	01-08-2007	31-12-2008, com possibilidade de prorrogação	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Renovado em 2009
Lavagem e Tratamento de Roupa para o triénio 2007-2009	652.430,00	01-04-2007	31-12-2009, com possibilidade de prorrogação	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos / Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho	Renovado enquanto decorre CPI n.º 3/2009

Fonte: Informação recolhida em trabalho de campo

Também neste Centro Hospitalar se encontra instalada e em exploração uma central de cogeração, com base em contrato celebrado em 2002 com o então Hospital São Francisco Xavier, também ela, posteriormente, objecto de um contrato de cedência de direitos e obrigações celebrado entre o SUCH e o SUCH-DALKIA, ACE.

Os serviços de lavagem e tratamento de roupa encontravam-se adjudicados ao SUCH desde 2007, inicialmente ao abrigo do Parecer nº 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República e, posteriormente, por motivos de urgência imperiosa, com base na alínea c) do n.º 1 do artigo 86º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.

Finalmente, no que concerne ao **Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE** (CHVNGE), destacam-se as seguintes prestações de serviços:

Quadro VIII – Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE

Objecto	Valor s/ IVA	Início da produção de efeitos	Horizonte temporal previsto no contrato	Procedimento de adjudicação		Obs.
				Tipo	Base jurídica	
Gestão e tratamento de resíduos hospitalares, com base em protocolo de cedência de uma parcela de terreno para instalação de uma unidade de tratamento de resíduos hospitalares na unidade hospitalar Dr. Eduardo Santos Silva	157.648,10	14-12-2004	5 anos, com possibilidade de renovação por igual período	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	
Gestão de Obra - Empreitada de Unidade de Cuidados Intensivos	308.279,58	30-08-2007		A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	
Gestão de obra das instalações técnicas especiais	432.029,52			A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	
Lavagem e Tratamento de Roupa	671.779,38	02-07-2007	3 anos, com possibilidade de renovação por períodos anuais	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Vigente em 2009
Gestão da Obra - Empreitada de Concepção/Construção do Refeitório	373.000,00	01-07-2008	Anulado	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Anulado
Serviços de Alimentação(1)	1.844.866,33	2008	31-12-2008	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Celebrado novo protocolo com efeitos a partir de 01.04.2009
Assistência Técnica a Equipamentos	729.905,70	2008	30-06-2010 (rescindido em Março de 2009)	A.D	Auto-satisfação de necessidades - art.º 2º, n.º 1, dos Estatutos	Rescindido

Fonte: Informação remetida pela entidade

(1) A prestação remonta a 2004. Inicialmente ao abrigo de procedimentos de contratação pública e posteriormente ao abrigo da "especial" relação existente com o SUCH.

No CHVNGE, a relação contratual existente com o SUCH relativa aos serviços de alimentação remonta a 2004, inicialmente na sequência de procedimentos de contratação pública e a partir de Abril de 2009, com base em protocolo celebrado com o SUCH, suportado na doutrina dos pareceres do Conselho Consultivo da PGR. Verificou-se, ainda, que a partir de 2007 a prestação foi realizada com base num contrato que apenas poderia ser prorrogado até Março desse ano.

Nas **Administrações Regionais de Saúde, IP,** seleccionadas para realização de trabalho de campo e na **Administração Central do Sistema de Saúde, IP**, verificou-se a existência de prestações nas diversas áreas de actuação tradicional do SUCH.

ANEXO IV – Novas áreas de actividade – serviços partilhados

1. Actos do Governo relativos aos serviços partilhados do Serviço de Utilização Comum dos Hospitais

A criação de serviços partilhados na área da saúde ficou inicialmente a cargo do SUCH, conforme decorre designadamente dos seguintes actos:

→ **2006**

Os **Estatutos do SUCH**[86] que, em 2006, passaram a prever expressamente a constituição de unidades de serviços partilhados nas áreas de gestão integrada de recursos humanos, gestão administrativa e financeira, informática e telecomunicações e gestão de frotas automóveis, podendo essas unidades ser constituídas sob a forma de pessoas colectivas integradas pelo SUCH e pelos seus associados e ou por terceiras entidades, foram objecto de homologação pelo Secretário de Estado da Saúde[87].

→ **2007-2008**

Os serviços partilhados de compras e logística, gestão de recursos humanos e gestão financeira desenvolvidos através de Agrupamentos Complementares de Empresas constituídos pelo SUCH - o Somos Compras, ACE, criado em Abril de 2007, e o Somos Pessoas, ACE, e o Somos Contas, ACE, criados em Junho de 2007 – são expressamente referenciados nas **Grandes Opções do Plano**[88] e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2008**[89].

A participação como agrupados dos Centros Hospitalares de Lisboa Central, EPE, e Ocidental, EPE, e do Hospital de Santa Maria, EPE (actual Centro Hospitalar de Lisboa Norte), no Somos Compras, ACE, foi autorizada por **despacho conjunto,** de 28 de Fevereiro de 2007, do Secretário de Estado do Tesouro e Finanças e do Secretário de Estado da Saúde[90].

O **Decreto-Lei n.º 200/2008**, de 9 de Outubro, que estabeleceu o regime jurídico da constituição, da estrutura orgânica e do funcionamento das centrais de compras, reconheceu o Somos Compras, ACE, como central de compras da saúde do Sector da Saúde, a par da unidade ministerial de compras assegurada pela Administração Central do Sistema de Saúde, IP (ACSS), devendo estas entidades articular as suas actividades mediante a celebração de um protocolo[91].

---

[86] Cuja alteração foi aprovada em Assembleia Geral, de 30 de Outubro de 2006.
[87] Cfr. artigo 15º, n.º 2, dos referidos Estatutos.
[88] Lei n.º 31/2007, de 10 de Agosto, DR IS, n.º 154, pág. 5147.
[89] Podendo-se ler na respectiva pág. 15 que "*Na área da Saúde estão a ser desenvolvidas iniciativas específicas em matéria de serviços partilhados. A este propósito, há a salientar (…) a constituição pelo Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) (…), da unidade de serviços partilhados em Compras e Logística. Esta última entidade tem como objectivo prestar, aos seus associados e clientes, serviços de definição de estratégias de compra, sourcing, procurement, logística interna e monitorização de desempenho, estimando-se, para 2008, a obtenção de uma poupança líquida na ordem dos 8,2 milhões de euros. Esta poupança será ampliada à medida que os contratos agora existentes venham a ser objecto de renegociação, prevendo-se que, em termos acumulados, possa atingir o valor de 140 milhões de euros. Em paralelo, o SUCH está a desenvolver duas novas entidades empresariais para as áreas de gestão de recursos humanos e gestão financeira, prevendo-se que, em termos acumulados, as poupanças nesta área cheguem aos 56 milhões de euros".*
[90] Pelos Ministros de Estado e das Finanças e da Saúde (*vide* artigo 10º, alínea i), do Decreto-Lei n.º 233/2002, de 29 de Dezembro.
[91] Artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008.

→ **2008-2009**

Em 2009, os serviços partilhados constituídos pelo SUCH foram novamente referenciados nas **Grandes Opções do Plano** e no **Relatório do Orçamento de Estado para 2009**[92].

O **Protocolo de articulação entre a ACSS e o Somos Compras, ACE**, previsto no Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, foi celebrado em 30 de Julho de 2009 e objecto de **despacho de autorização do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde**, da mesma data.

Ainda, relacionado com a execução deste Protocolo, o **Despacho n.º 18628/2009**, de 4 de Agosto de 2009[93], do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, determinou, entre outros aspectos, "*A instituição de um Sistema Comum de Compras (SCC), no âmbito da articulação entre as centrais de compras do Sector da Saúde previsto no Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, com recurso a uma plataforma tecnológica comum de compras criada e operada pelas Centrais de Compras da Administração Central do Sistema de Saúde, I.P. (ACSS), e Somos Compras, ACE"* e a obrigatoriedade de todos os estabelecimentos e serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde, independentemente da sua natureza jurídica, adquirirem os bens e serviços para os quais exista um contrato público de aprovisionamento celebrado pela ACSS ou pelo Somos Compras, ACE, através do referido SCC[94].

O referido Protocolo foi sujeito à fiscalização prévia do Tribunal de Contas (Processo nº 1615/2009), tendo-lhe sido recusado o visto pelo Acórdão n.º 171/2009 - 1ª Secção/SS, de 4 de Dezembro, ainda não transitado em julgado, com fundamento na nulidade do Protocolo[95] e na violação de normas financeiras[96], cfr. artigo 44º, n.º 3, alíneas a) e b), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

No âmbito do referido Acórdão, o Tribunal de Contas considerou que a norma do Decreto-Lei n.º 200/2008 que reconheceu o Somos Compras, ACE, como central de compras da saúde *"suscita, desde logo, problemas quanto à sua conformação com o quadro jurídico-constitucional e jurídico-comunitário (…), ao eleger directamente o ACE Somos Compras como central de compras do sistema de saúde"*[97], porquanto *"(…) a designação pela lei do Somos Compras como central de compras sem*

---

[92] Lei n.º 41/2008, de 13 de Agosto, DR IS, n.º 156, pág. 5570; pág. 67 do Relatório do OE.

[93] Publicado no DR, 2ª S, n.º 155, de 12 de Agosto de 2009.

[94] Cfr. n.os 1, 4, 5 e 7 do Despacho.

[95] Explicita o Acórdão citado: *"(…)o protocolo em apreço é ilegal por*:
- *Sendo um instrumento de criação de uma nova central de compras* [consubstanciado na criação de um Sistema Comum de Compras, que integrava a ACSS e o Somos Compras, ACE]*, carecer de fundamento legal e de observância das formalidades essenciais para o efeito;*
-Não dispor de fundamento legal, enquanto instrumento do estabelecimento da obrigatoriedade de recurso por todos os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde ao Sistema Comum de Compras (SCC), uma vez que extravasa o disposto no artigo 10º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 200/2008 e viola o regime das entidades públicas empresariais (Decreto-Lei n.º 558/99, na redacção do Decreto-Lei n.º 300/2007).
Estas ilegalidades traduzem-se na ausência de elementos essenciais exigidos por lei e consubstanciam, ainda, a prática de actos que não se contêm nas atribuições das entidades subscritoras do protocolo (ACSS, IP e Somos Compras, ACE).
Configuram, assim, nulidades nos termos do artigo 133.º, n.º 1, e n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo"

[96] Continua o Acórdão em causa: "*Acresce que o protocolo em apreciação consubstancia uma elevada despesa pública, a título de preço a pagar ao Somos Compras pela utilização da Plataforma Comum de Compras, que suportará o Sistema Comum de Compras*
Nos termos do artigo 42º, nº 6, alínea a), da Lei nº 91/2001, na redacção da Lei nº48/2004, de 24 de Agosto, nenhuma despesa pode ser autorizada sem que o facto gerador dessa obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis.
Esta disposição legal é de clara natureza financeira.
Ora, atenta a constatada ilegalidade da criação do Sistema Comum de Compras, é também ilegal, face ao disposto no preceito legal referido, a autorização de qualquer despesa inerente ao respectivo funcionamento.
A despesa envolvida no protocolo em referência viola, pois, aquela norma financeira.".

[97] Explicitando: *"Isto porque estamos perante um Agrupamento Complementar de Empresas, regido pelo Código das Sociedades Comerciais, com uma natureza privada, em que a maioria da participação pertence ao SUCH, que é também uma pessoa colectiva de direito privado.*

a realização de um procedimento concursal prévio consubstancia um tratamento diferenciado a seu favor, favorecendo um operador económico relativamente a outras entidades potencialmente interessadas em exercer a função de central de compras e ofende os (…) princípios constitucionais e comunitários da igualdade, imparcialidade e concorrência".

Em 12 de Setembro de 2009, os **Protocolos de adesão ao centro de processamento de contabilidade e finanças**, em desenvolvimento pelo Somos Contas, ACE, celebrados entre o SUCH[98] e a ARS do Norte, IP e a ARS do Centro, IP, em 1 e 8 de Setembro de 2009, respectivamente, foram **homologados pelo Secretário de Estado Adjunto da Saúde**.

Estes Protocolos foram sujeitos a fiscalização prévia, tendo-lhes sido recusado o visto pelos Acórdãos n.º 4/2010 – 1ª Secção/SS, de 23 de Fevereiro (Proc.º 1807/2009 - Protocolo celebrado com a ARS do Centro, IP), e n.º 6/2010 – 1ª Secção/SS, de 25 de Fevereiro (Proc.º 1825/2009 - Protocolo celebrado com a ARS do Norte, IP).

2. A estratégia de constituição de parcerias para a criação de unidades de serviços partilhados[99]

O objectivo da criação de unidades de serviços partilhados (USP), pelo SUCH, foi o de constituir *"(…) unidades de prestação de serviços de carácter administrativo para que os prestadores de cuidados de saúde possam proceder à externalização de processos de suporte em adequadas condições de qualidade, controle e segurança e a menor custo*[100]*, concentrando-se nas suas funções específicas."*[101].

Para a definição das áreas que as unidades de prestação de cuidados de saúde pudessem estar mais interessadas em externalizar o SUCH promoveu a realização de dois estudos, a saber: "*Avaliação da satisfação dos seus clientes e da marca SUCH*" e "*Benchmarking internacional e desenho de unidades de serviços partilhados no Sector da Saúde*". No estudo de "*Avaliação da satisfação dos seus clientes e da marca SUCH*" as áreas possíveis de externalização identificadas foram as de compras e logística, gestão de frotas, administração financeira, administração de recursos humanos, sistemas de informação e consultoria.

Para a criação das unidades de serviços partilhados o SUCH identificou três possíveis alternativas, nomeadamente o recurso a outsourcing, a montagem de uma plataforma de raiz ou a realização de parcerias com empresas com experiência na montagem e operação de estruturas de serviços partilhados.

A escolha do CA do SUCH de constituição de parcerias com empresas e hospitais teve por base o facto de a montagem de raiz de uma plataforma de serviços partilhados por parte do SUCH implicar a realização de elevados investimentos, os prazos de implementação do projecto e a ausência de

Na sua configuração inicial fazia mesmo parte do ACE uma empresa privada, a SGG - Serviços Gerais de Gestão, SA, do universo Deloitte, com direito a um Administrador Executivo.
Não obstante esta empresa ter cedido, entretanto, a sua posição ao SUCH, nada nos estatutos impede que o ACE venha a ser participado por outras empresas privadas.".

[98] Viu-se já que os contratos de aquisição de serviços, no âmbito dos serviços partilhados, têm sido celebrados entre o SUCH e os associados do Sector Público, sendo o SUCH quem mandata as entidades por ele participadas na execução dos contratos por ele celebrados.

[99] Modelo de organização que se baseia na realização de actividades de suporte passíveis de serem normalizadas.

[100] Sublinhado nosso.

[101] Fonte: Plano estratégico 2007-2009 do SUCH.

competências do SUCH nestas novas áreas. Por outro lado, foi considerado que o recurso ao *outsourcing* teria como desvantagem, a prazo, *"(…) a drenagem do Sector da Saúde, do conhecimento e da experiência em áreas que, sendo de suporte, são imprescindíveis ao funcionamento dos prestadores de cuidados de saúde (…)"*[101].

Assim, foi considerado que a realização de parcerias com empresas com experiência nesses domínios permitiria por um lado, reduzir os riscos e os prazos e, por outro lado, que o SUCH internalizasse os conhecimentos e competências que não dispunha *"(…) num período estimado em cerca de 5 anos"*[101].

Quanto ao modelo de constituição destas parcerias foi considerado que a figura jurídica mais adequada seria a do *"(…) agrupamento complementar de empresas (ACE)*[102]*, vocacionada para a constituição de plataformas colaborativas, sem fins lucrativos, sem capital próprio e com prazo de vigência limitado (5 anos, se bem que prorrogável, se necessário) (…)"*[101].

Importa no entanto, a este propósito, referir que da consulta dos contratos constitutivos dos agrupamentos complementares de empresas Somos Pessoas, Somos Contas e Somos Compras, verificou-se que estes têm como fim acessório a realização e a partilha de lucros entre os seus membros[103] e que, entretanto, já foi prorrogado o prazo de vigência do Somos Contas por um período adicional de 5 anos.

Quanto à repartição das participações nos ACE foi definido que deveria ser de 86% para o SUCH, 9% para parceiros institucionais e 5% para as empresas privadas[104], comprometendo-se o SUCH a salvaguardar, nos estatutos e nos acordos parassociais dos ACE, a garantia de acolhimento, como futuros parceiros institucionais de todos os seus associados[105].

Apenas o Somos Compras, ACE[106], contou com a participação de parceiros institucionais – o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, o Centro Hospitalar de Lisboa Central e o Hospital de Santa Maria (actual Centro Hospitalar de Lisboa Norte) – cada um com uma participação de 3%. Os restantes 86% e 5% constituíam participação do SUCH e do parceiro do sector privado, que, entretanto, cedeu a sua participação ao SUCH em 17 de Março de 2009, permanecendo, no entanto, como prestador de serviços do ACE até 31 de Dezembro do mesmo ano.

Não existindo parceiros institucionais no Somos Pessoas, ACE, e no Somos Contas, ACE, a participação reservada a estes (9%) acresceu à participação do SUCH, cuja participação nestes ACE ascende a 95%.

Na definição dos parceiros privados, para a criação das USP, o SUCH considerou que em Portugal não existiria capital acumulado de experiência de serviços partilhados em saúde, pelo que os potenciais parceiros a considerar só a poderiam ter adquirido na sua actividade ao nível internacional.

[102] Contrato pelo qual duas ou mais pessoas singulares ou colectivas ou sociedades se agrupam, sem prejuízo da personalidade jurídica de cada uma, com vista a melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas actividades económicas. O ACE não pode ter por fim principal a realização e partilha de lucros e constitui-se por contrato, com ou sem capital social próprio. Adquire personalidade jurídica com a inscrição do seu acto constitutivo no registo comercial (Bases I, II, III e VI da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho)

[103] O que apesar de ser legalmente admissível – o ACE pode ter como fim acessório a realização e partilha de lucros, quando expressamente autorizado no contrato constitutivo (artigo 1º do Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto) – não deixa de ser, um tanto ou quanto, contraditório com o referido no Plano Estratégico.

[104] Não tendo capital social, a participação nos ACE refere-se à participação nos encargos e proveitos e/ou excedentes de tesouraria.

[105] A futura adesão de outros parceiros não deveria no entanto alterar a estabilidade do modelo de repartição das participações.

[106] Inicialmente designado de COMPARSIS, ACE.

Assim, foi definido que os parceiros privados do SUCH teriam de ter experiência e conhecimento do Sector da Saúde, obtido em experiência internacional, apresentar experiência em BPO[107], consultoria estratégica e gestão da mudança, ter forte presença em Portugal tanto no BPO como na consultoria e ser referência em Portugal, tanto para a Administração Pública, designadamente no Sector da Saúde, como para os grandes grupos empresariais.

Tendo presente aqueles requisitos, mas sem realizar qualquer procedimento concorrencial, o SUCH identificou a Accenture, a Capgemini e a Deloitte como potenciais parceiros em qualquer das novas áreas, tendo optado por *"(…) parceiros distintos para as diferentes áreas, de forma a evitar a dependência de uma só empresa aportadora de conhecimento e a manter em aberto alternativas de opção rápida, caso fosse necessário proceder a alterações na arquitectura de qualquer das áreas, por eventual menor adequação do parceiro inicial"*[108].

Posteriormente, através da análise do curriculum das três empresas, o SUCH entendeu escolher como parceiro para a área de recursos humanos, a Capgemini, para a área da administração financeira, a Accenture, e para a área de compras e logística, a Deloitte.

[107] Externalização de processos empresariais.
[108] Fonte: Plano estratégico 2007-2009 do SUCH.

ANEXO V – Somos Pessoas, ACE

O Somos Pessoas, ACE, foi criado em Junho de 2007 para prestar serviços em gestão de recursos humanos e processamento de salários ao sector da Saúde, tendo iniciado a sua actividade como prestador de serviços em Março de 2008.

O Agrupamento era composto pelo SUCH (com uma participação de 95%) e pela Capgemini Portugal, Serviços de Consultoria e Informática, SA (com uma participação de 5%).

1. Análise do estudo de viabilidade económica

O *estudo de viabilidade económica*[109] que suportou a decisão de constituição do agrupamento é composto de projecções económico-financeiras para o período de vigência do ACE (5 anos) tendo por base determinados pressupostos que reflectiam as perspectivas de evolução do negócio, nomeadamente o preço a pagar pelos aderentes e o número de salários processados.

Relativamente ao preço a cobrar pelo ACE às entidades aderentes, por recibo processado, foi fixado em € 6,92[110] no primeiro ano (2008), actualizável anualmente em função da inflação prevista[111], prevendo-se que, caso o custo por salário processado no ACE fosse inferior àquele então o preço a cobrar às entidades seria o custo por salário no ACE, mais IVA à taxa legal, acrescido de uma margem de lucro de 10%.

Para o cálculo das poupanças previsíveis para as entidades aderentes decorrentes da adesão aos serviços partilhados do ACE foi considerado um custo médio por salário processado nas entidades[112] e o preço a cobrar pelo ACE. Deste modo, foram previstas poupanças acumuladas para entidades aderentes, no período de vigência do ACE, no total de € 6.312.065,00, assim discriminadas:

Quadro I – Business Case – Somos Pessoas, ACE – Maio de 2007

	Ano 1	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5
Custo mensal por salário processado no ACE	25,28 €	11,89 €	16,53 €	9,41 €	7,76 €
Custo médio por salário processado nas entidades	8,48 €	8,68 €	8,88 €	9,08 €	9,29 €
Preço a cobrar pelo ACE às entidades aderentes	6,92 €	6,28 €	7,16 €	5,56 €	4,65 €
N.º de salários processados por mês	17.678	38.000	38.000	60.000	60.000
Custo total processamento de salários nas entidades	2.098.908,00 €	4.615.507,00 €	4.721.664,00 €	7.626.730,00 €	7.802.145,00 €
Custo total processamento de salários no ACE	1.988.186,00 €	3.873.065,00 €	4.351.075,00 €	5.542.322,00 €	4.798.241,00 €
Poupança anual	110.722,00 €	742.442,00 €	370.589,00 €	2.084.408,00 €	3.003.904,00 €
Poupança acumulada	110.722,00 €	853.164,00 €	1.223.753,00 €	3.308.161,00 €	6.312.065,00 €

Fonte: Business case Somos Pessoas, ACE, Maio de 2007

[109] Business case SUCH/Capgemini de 31 de Maio de 2007.
[110] De acordo com o estudo de viabilidade económica, este preço corresponderia ao custo mais baixo por salário processado encontrado durante o levantamento de custos (€ 7,89), deduzido dos custos que permaneceriam nas entidades após a externalização do processamento de salários (€ 0,97).
[111] De 2,6% em 2008 e 2,3% nos anos seguintes.
[112] Calculado com base no levantamento de custos. € 8,48 no ano 1, actualizável anualmente em função da inflação.

Da análise deste quadro é possível retirar as seguintes conclusões:

- O custo total do processamento de salários nas entidades e no ACE foi obtido pela multiplicação do custo médio por salário processado nas entidades e pelo preço a cobrar pelo ACE às entidades, respectivamente, pelo número de salários processados por mês x 14 meses, quando deveria ter sido por 12, o que determinava uma diminuição das poupanças previsíveis;
- No cálculo das poupanças para o ano de 2005, considerando o prazo de duração do ACE[113], só deveriam ter sido registados 5 meses de processamento salarial ao invés dos 14, o que determinava uma diminuição das poupanças previsíveis;
- A obtenção de poupanças significativas para as entidades estava dependente do desempenho económico, nomeadamente da relação custos totais/recibos processados, do ACE. De facto, as poupanças só começariam a ser significativas quando o custo mensal por salário processado no ACE se tornasse inferior[114] ao preço máximo a cobrar às entidades (€ 6,92 actualizáveis à taxa de inflação);
- O custo máximo fixado para os aderentes (€ 6,92) deveria reflectir o custo mais baixo encontrado durante o levantamento de custos acrescido da previsão dos custos que após a externalização permaneceriam localmente (€ 0,97), no total de € 7,89. Sucede, porém, que da análise do mapa relativo à situação antes da adesão aos serviços partilhados das unidades de saúde é possível verificar que o custo mais baixo encontrado durante o levantamento de custo foi de € 5,81 no HSM e não de € 7,89 (SUCH);
- Efectuadas as correcções acima identificadas, teríamos um total de poupanças acumuladas para as entidades aderentes no final do período de vigência do ACE de € 3.942.360,24, ou seja, menos € 2.369.704,76 do que o previsto.

Para além da análise das poupanças para as entidades aderentes, o referido estudo de viabilidade comporta ainda outros documentos que passaremos a analisar sucintamente.

Demonstração de resultados

- De acordo com o estudo o *break-even* do ACE seria atingido no 3º ano (2010);
- Para o cálculo dos proveitos em 2008, foram considerados 14 meses de facturação e não 12, o que origina que os mesmos estejam sobreavaliados. Para 2008 foram inscritos € 1.782.414,00 de proveitos quando deveria constar € 1.537.751,00;
- Para o cálculo dos proveitos em 2012 (5º ano), foram considerados 12 meses de facturação e não 5 (atento o período de vigência do ACE) o que origina que os mesmos estejam sobreavaliados. Assim, para 2012 foram inscritos € 3.345.631,00 de proveitos quando deveria constar € 1.394.012,92;
- Efectuadas as referidas correcções teríamos um resultado acumulado não de € 1.970.003,00 mas de - € 226.278,08.

Situação actual (antes da adesão) das unidades de saúde

- Neste documento são identificadas as 5 entidades onde se procedeu ao levantamento de custos, o n.º de salários processados e o custo por salário processado de cada uma delas e o custo médio;

[113] 4 de Junho de 2012.
[114] Ano 2.

- Algumas entidades, nomeadamente o HSM (€ 5,81), HSJ (€ 5,83) e o SUCH (€ 7,89), apresentavam custos por salário processado inferiores ao custo de referência[115] para o cálculo das poupanças anuais referidas no *Quadro I* (€ 8,48);
- Ora, havendo entidades que, naquele momento, apresentavam custos por salário processado inferior ao que foi definido como valor a cobrar pelo ACE (€ 6,92), seria improvável que tais entidades viessem a aderir à externalização da função de processamento de vencimentos para o Somos Pessoas, ACE, como aliás se veio a verificar no caso do HSM e HSJ. Acresce que, de acordo com a previsão de preços a praticar às entidades aderentes, só no 5º ano aqueles hospitais iriam obter ganhos com a externalização da função (*€ 4,65 a facturar pelo ACE em 2005 + € 1,07 de custos que permaneceriam localmente* comparativamente aos *€ 5,81 e € 5,83, actualizáveis anualmente em função do valor da inflação prevista)*;
- Termos em que se considera a previsão de salários a processar por mês e os correspondentes proveitos constantes do estudo excessivamente optimistas.

Por tudo o que foi acima referido, pode-se concluir que o estudo de viabilidade económica que sustentou a constituição do ACE apresentava várias incorrecções graves, e que, feitas as devidas correcções ao mesmo se pode concluir que o projecto Somos Pessoas, ACE, não era viável e que as poupanças previstas para os aderentes foram excessivamente sobreavaliadas.

2. Revisão do estudo de viabilidade económica

A 3 de Outubro de 2007, o CA do Somos Pessoas, ACE, deliberou aprovar uma revisão do preçário previsto no estudo inicial, tendo fixado o valor de € 5,25 por recibo processado durante os três primeiros anos de actividade do agrupamento e uma diminuição do mesmo para € 4,71 e € 4,64, em 2011 e 2012, respectivamente. Esta revisão do preço determinou que o *break even* (de acordo com o referido estudo de avaliação) só seria atingido ao 4º ano de actividade do ACE.

Em Fevereiro de 2009, no seguimento da adopção de uma estratégia de alargamento da oferta tradicional de processamento de salários, foi revisto o estudo de viabilidade económica.

Quadro II – Business Case – Somos Pessoas, ACE – Fevereiro de 2009

	Ano 1	Ano 2	Ano 3	Ano 4	Ano 5
Custo mensal por salário processado no ACE	25,28 €	11,89 €	16,53 €	9,41 €	7,76 €
Custo médio por salário processado nas entidades	8,48 €	8,68 €	8,88 €	9,08 €	9,29 €
Preço a cobrar pelo ACE às entidades aderentes	5,25 €	5,25 €	5,25 €	4,71 €	4,64 €
N.º de salários processados por mês	5.533	40.000	50.000	60.000	60.000
Custo total processamento de salários nas entidades	656.972,00 €	4.858.429,00 €	6.212.716,00 €	7.626.730,00 €	7.802.145,00 €
Custo total processamento de salários no ACE	1.717.585,00 €	3.497.323,00 €	4.387.677,00 €	4.831.282,00 €	4.792.605,00 €
Poupança anual	-1.060.613,00 €	1.361.106,00 €	1.825.039,00 €	2.795.447,00 €	3.009.540,00 €
Poupança acumulada	-1.060.613,00 €	300.492,00 €	2.125.531,00 €	4.920.978,00 €	7.930.518,00 €

Fonte: Business case Somos Pessoas, ACE, Fevereiro de 2009

[115] € 8,48 (correspondente ao custo médio por salário processado nas 5 entidades).

Da análise deste quadro, bem como da demonstração de resultados e dos pressupostos e variáveis do estudo (anexo 1 do estudo de viabilidade), é possível retirar as seguintes conclusões:

- O custo total do processamento de salários nas entidades e no ACE foi obtido pela multiplicação do custo médio por salário processado nas entidades e pelo preço a cobrar pelo ACE às entidades, respectivamente, pelo número de salários processados por mês x 14 meses, quando deveria ter sido por 12, o que determinava uma diminuição das poupanças previsíveis;
- No cálculo das poupanças para o ano de 2005, considerando o prazo de duração do ACE[116], só deveriam ter sido registados 5 meses de processamento salarial ao invés dos 14, o que determinava uma diminuição das poupanças previsíveis;
- O ACE propunha-se praticar preços aos aderentes inferiores ao preço de custo da sua actividade. De facto, nos 5 anos em análise o custo mensal por salário processado do ACE é sempre superior ao *pricing* definido para os aderentes, o que não pode deixar de se qualificar como um acto de manifesta irracionalidade económica, considerando que as entidades poderiam não aderir às novas ofertas;
- Apesar do n.º de vencimentos processados em 2008 ter ficado bastante aquém do previsto no estudo inicial (*Quadro II*), a previsão do número de salários processados mensalmente regista um aumento, do estudo inicial para o de Fevereiro de 2009, de 38.000 para 40.000 no ano 2 (2009) e de 38.000 para 50.000 no ano 3 (2010), sem que este aumento fosse devidamente fundamentado[117];
- A demonstração de resultados anexa à revisão do estudo económico, de Fevereiro de 2009, introduz, pela primeira vez, no seguimento da estratégia de alargamento de serviços, proveitos decorrentes da nova oferta. Os proveitos decorrentes desta nova oferta, apesar de só surgirem no Ano 2, representam 58,9% do total de proveitos previstos do ACE, permitindo-lhe assim um resultado acumulado em Junho de 2012 de € 160.222,89.

Quadro III – Análise da execução dos estudos de viabilidade económica

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Recibos anuais	**Ano 0**	**Ano 1**	**Ano 2**	**Ano 3**	**Ano 4**	**Ano 5**
1º Business case	0	212.136	456.000	456.000	720.000	720.000
2º Business case	0	66.400	480.000	600.000	720.000	360.000
Real - executado	0	65.699	117.664*			
	2007	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Custos	**Ano 0**	**Ano 1**	**Ano 2**	**Ano 3**	**Ano 4**	**Ano 5**
1º Business case	508.303 €	1.817.845 €	2.153.231 €	2.453.219 €	3.005.757 €	2.513.622 €
2º Business case	72.479 €	1.678.700 €	5.707.278 €	9.918.019 €	6.776.416 €	2.794.979 €
Real - executado	72.479 €	1.581.587 €				
	2007	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Proveitos	**Ano 0**	**Ano 1**	**Ano 2**	**Ano 3**	**Ano 4**	**Ano 5**
1º Business case	0 €	1.782.414 €	2.865.950 €	3.265.234 €	4.000.662 €	3.345.631 €
2º Business case	74.463 €	348.600 €	5.960.527 €	10.738.807 €	7.061.997 €	2.923.700 €
Real - executado	74.463 €	344.985 €				
	2007	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**
Resultados	**Ano 0**	**Ano 1**	**Ano 2**	**Ano 3**	**Ano 4**	**Ano 5**
1º Business case	-508.303 €	-35.431 €	534.539 €	609.012 €	746.179 €	624.007 €
2º Business case	1.984 €	-1.330.100 €	253.250 €	820.788 €	285.581 €	128.721 €
Real - executado	1.984 €	-1.237.723 €				

** N.º de recibos processados no 1º semestre de 2009*

[116] 4 de Junho de 2012.

[117] Nomeadamente pela assinatura de compromissos de adesão.

Do confronto entre o estudo inicial, a revisão de Fevereiro de 2009 e a execução em 2007 e 2008, constante do quadro supra, retiraram-se as seguintes conclusões:

- Comparativamente ao estudo inicial de viabilidade económica, a taxa de execução dos custos incorridos no biénio 2007/2008 foi de 71,1%, e a taxa de execução dos proveitos foi de apenas 23,5%;
- No final do ano de 2008 o Somos Pessoas, ACE, apresentava resultados líquidos do exercício acumulados de - € 1.235.738,98;
- Verificam-se grandes desvios, no biénio 2007-2008, entre as estimativas de produção, proveitos, custos e resultados constantes do estudo inicial e a execução.

Pelo exposto, podemos concluir que a revisão do estudo de viabilidade económica corrigiu algumas falhas do estudo inicial, nomeadamente na demonstração de resultados, manteve outros (no cálculo das poupanças para os aderentes), foi excessivamente optimista na previsão do n.º de vencimentos a processar nos anos de 2009 a 2012 e que o resultado acumulado positivo no final do período de vigência do ACE decorria exclusivamente da "nova oferta" porque se prevêem resultados negativos para a actividade de processamento de salários.

De referir ainda que se tivesse sido mantida a estimativa de salários a processar nos anos de 2009 e 2010 constante do estudo inicial e que, dada a execução do 1º semestre de 2009, veio a revelar-se mais adequada, o resultado acumulado no final do período de vigência do ACE seria negativo em - € 721.777,00.

3. Breve análise à situação económico-financeira

Quadro IV – Balanço

Da análise ao balanço destaca-se o resultado líquido negativo obtido em 2008, no total de –€ 1.237.722,54, que foi directamente imputado aos membros do ACE na proporção das suas participações.

	31.12.08		31.12.07		Δ% 07/08	
Activo	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**
Imobilizado	**2.703.605,71**	**78,7%**	**1.679.715,51**	**76,8%**	**1.023.890,20**	**61,0%**
Imobiizado incorpóreo	771.070,77	22,5%		0,0%	771.070,77	
Investimentos financeiros		0,0%		0,0%	0,00	
Imobilizações Corpóreas	910.268,94	26,5%		0,0%	910.268,94	
Imobilizações em curso	1.022.266,00	29,8%	1.679.715,51	76,8%	-657.449,51	-39,1%
Circulante	**730.511,11**	**21,3%**	**506.060,00**	**23,2%**	**224.451,11**	**44,4%**
Existências	0,00	0,0%	0,00	0,0%	0,00	
Dívidas de terceiros	446.211,06	13,0%	430.864,05	19,7%	15.347,01	3,6%
Disponibilidades	210.508,30	6,1%	75.195,95	3,4%	135.312,35	179,9%
Acréscimos e diferimentos	73.791,75	2,1%		0,0%	73.791,75	
Total Activo	**3.434.116,82**	**100%**	**2.185.775,51**	**123%**	**1.248.341,31**	**57,1%**

Capital próprio e passivo						
Capital próprio	**-1.237.722,54**	**-36,0%**	**1.983,56**	**0,1%**	**-1.239.706,10**	**-62499,0%**
Capital		0,0%		0,0%	0,00	
R.Liquido Exercício	-1.237.722,54	-36,0%	1.983,56	0,1%	-1.239.706,10	-62499,0%
Passivo	**4.671.839,36**	**136,0%**	**2.183.791,95**	**99,9%**	**2.488.047,41**	**113,9%**
Provisões		0,0%		0,0%	0,00	
Dívidas a terceiros	4.355.320,06	126,8%	2.166.457,44	99,1%	2.188.862,62	101,0%
Acréscimos e diferimentos	316.519,30	9,2%	17.334,51	0,8%	299.184,79	1725,9%
Capital próprio e passivo	**3.434.116,82**	**100%**	**2.185.775,51**	**100%**	**1.248.341,31**	**57,1%**

Em 2008, as dívidas a instituições de crédito (€ 2.900.000,00) já representavam 66,6% do total das dívidas a terceiros.

Da análise da Demonstração de Resultados, verifica-se que os custos incorridos em 2008 (€ 1.581.587,14) resultam, em grande parte, de fornecimentos e serviços externos, no total de € 903.487,37 (57,1%) e de amortizações do imobilizado, no total de € 348.386,20 (22,0%). Verifica-

se ainda que 36% dos custos totais respeitam à contribuição[118] da CapGemini[119], 22% a aquisições de bens/serviços informáticos e de tecnologia, 16% a salários, 13% a custos financeiros, 10% a outros custos e apenas 4% à contribuição do SUCH[118].

Em 2008, os juros suportados com o financiamento bancário ascenderam a € 120.699,62, em resultado do aumento do mesmo.

O total de proveitos em 2008 foi de apenas € 344.985,11, decorrente essencialmente das prestações de serviços à ARS do Centro (47,5%) e ao SUCH (28,4%), o que veio a revelar-se insuficiente para suportar os custos associados às prestações e serviços (€ 1.458.962,11), originando um resultado operacional de - € 1.113.977,00.

Quadro V – Rácios

Rácios	2008
Liquidez geral	0,15
Liquidez reduzida	0,15
Endividamento	1,36

Calculados os indicadores de liquidez geral, de liquidez reduzida e do endividamento em 2008, verifica-se que estes reflectem para além de um notório desequilíbrio financeiro, as dificuldades em fazer face aos compromissos de curto prazo e uma situação de insolvência.

Face às elevadas necessidades de financiamento do ACE, aos atrasos na entrada em funcionamento dos aderentes e da diminuta adesão das entidades da área da Saúde aos seus serviços, o CA do Somos Pessoas, ACE, previa, em 2009, a necessidade de novo reforço de financiamento de 2 milhões de euros, o qual não visava apenas fazer face ao investimento, mas também cobrir o défice da sua actividade.

Esta questão leva também a concluir que para além das falhas identificadas no ponto anterior, terá também existido pouco pragmatismo e realismo no estudo de viabilidade que sustentou a criação do ACE, seja porque subavaliaram os investimentos e os financiamentos necessários, seja porque foram demasiado optimistas na adesão das entidades do sector da Saúde aos seus serviços.

A frágil situação financeira do ACE, a 31 de Dezembro de 2008, em virtude do seu elevado endividamento, levava já a PricewaterhouseCoopers & Associados – Sociedade de Revisores Oficiais de Contas, Lda., na certificação legal de Contas de 2008[120], a enfatizar o seguinte:

"(…) chamamos a atenção para as Demonstrações Financeiras terem sido preparadas com base no principio da continuidade das operações, apesar da realização dos seus activos, nomeadamente as suas Imobilizações incorpóreas em curso, e a liquidação do seu passivo no decurso normal das suas actividades, dependerá do suporte financeiro que lhe for prestado pelos seus agrupados, bem como da concretização e sucesso dos objectivos que levaram à sua constituição através do desenvolvimento de operações lucrativas no futuro.".

Em 2009, os dados financeiros apontavam para um resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente - € 0,8 milhões.

[118] Remuneração dos contributos de agrupado cfr. Acordo de Agrupados.
[119] Fonte: Página 7 do Relatório e Contas de 2008.
[120] As demonstrações financeiras relativas ao exercício de 2008, aprovadas pelo CA, foram objecto de certificação legal de Contas pela PricewaterhouseCoopers & Associados – Sociedade de Revisores Oficiais de Contas, Lda. É opinião da referida empresa que "…as demonstrações financeiras apresentam de forma verdadeira e apropriada, em todos os aspectos materialmente relevantes, a posição financeira da Somos Pessoas, ACE em 31 de Dezembro de 2008, o resultado das suas operações e os fluxos de caixa no exercício findo naquela data, em conformidade com os princípios contabilísticos geralmente aceites em Portugal".

ANEXO VI – Somos Contas, ACE

O Somos Contas, ACE, foi criado em Junho de 2007 para prestar serviços nas áreas de gestão financeira e de contabilidade. O Agrupamento era composto pelo SUCH (com uma participação de 95%[121]) e pela Accenture – Consultores de Gestão, SA, (com uma participação de 5%[122]).

O prazo de duração inicial do ACE era de 5 anos, ou seja, Junho de 2012. Em Março de 2008, por decisão da Assembleia Geral do Somos Contas, ACE, foi prorrogado o prazo de vigência do ACE até 31 de Julho de 2017.

1. Análise do estudo de viabilidade económica

O plano de negócios inicial do Somos Contas, ACE, aprovado em Assembleia Geral do agrupamento, de 30 de Novembro de 2007, foi ele próprio já o resultado de uma revisão *"(…) decorrente da percepção da falta de competitividade do preço inicialmente estabelecido para a prestação dos serviços (…)"*[123] de um estudo preliminar que fundamentou a decisão de criação do agrupamento.

Esse estudo preliminar tinha como entidades piloto duas sub-regiões de saúde, o Hospital de Santa Maria, EPE (HSM), o Centro Hospitalar de Lisboa Central (CHLC), o Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE (CHLO), e o próprio SUCH.

Ainda durante o período que mediou a criação do agrupamento e a data da 1ª reunião da Assembleia Geral, o CHLC e o CHLO manifestaram a sua intenção de abandonar este projecto. Posteriormente, também o HSM resolveu afastar-se[124]. A ARS do Centro, IP, manifestou a intenção de alargar o âmbito da sua adesão a todas as suas sub-regiões de saúde, com excepção da sub-região de saúde da Guarda[125].

Apesar das desistências verificadas logo no início do projecto, o plano de negócios inicial teve por base um cenário de adesão de 60% dos hospitais, quatro ARS[126], do SUCH e do Somos Compras, ACE, tendo sido desde logo considerado que caso este cenário não se verificasse os valores não seriam válidos. Quanto ao calendário de adesões previa-se que a ARS Centro, IP, o HSM e o Somos Compras, ACE, contratualizassem os serviços do agrupamento no 1º trimestre de 2008, o SUCH e um segundo hospital no 2º trimestre de 2008 e uma outra ARS durante o 3º trimestre de 2008. Para 2009 estava prevista a adesão de mais duas ARS.

Ora, como se veio a confirmar, este número de adesões e os prazos definidos para a entrada em produção eram excessivamente optimistas, considerando o volume e a tipologia de processos financeiros das entidades públicas que seria necessário transferir para o Somos Contas, ACE.

[121] A participação do SUCH é dividida em 9% de Categoria A e 86% de categoria B. As participações da categoria A apenas poderão ser detidas pelo SUCH ou por entidades suas associadas.
[122] Participação de categoria B.
[123] Fonte: Plano de negócios de 30 de Novembro de 2007.
[124] *"(…) A fase de Due Diligence foi interrompida pelo HSM em 24 de Setembro de 2007, sem que tivesse sido concluído o levantamento dos processos (…)".* Fonte: Plano de negócios de Dezembro de 2008.
[125] Prevendo-se já a sua integração na futura Unidade Local de Saúde da Guarda, EPE.
[126] Norte, Centro, Lisboa e Vale do Tejo e Algarve.

Durante o 1º trimestre de 2008, e em resultado de reuniões com a ARS Norte, IP e ARS Centro, IP, o CA do agrupamento deliberou rever novamente o preço a cobrar pelos serviços prestados, tendo por base volumetrias de serviço por escalão de actividade em vez do critério n.º de centros de saúde para as ARS e n.º de camas para os hospitais, já que da versão do plano de negócios inicial resultaria para as ARS *"(…) um encargo (despesa) adicional*[127] *face à situação de partida (…)"*[128].

Deste modo, em Assembleia Geral do agrupamento, de 31 de Março de 2008, foi aprovada uma revisão do plano de negócios inicial que, em virtude da revisão do preço a praticar, diferiu o *break-even*[129] para 4 anos e 10 meses (por oposição ao cenário constante do plano de negócios inicial que era de 3 anos e 9 meses).

De referir ainda que, nessa mesma Assembleia Geral, foi enfatizado pelo representante do parceiro privado do agrupamento que caso não se verificassem o número e o calendário das adesões previstas no plano de negócios inicial a *"(…) oferta comercial não terá viabilidade económica (…)"* e que a revisão do preço a praticar teria como pressuposto *"(…) a assunção, por parte do Somos Contas, ACE, da obrigação de prorrogação do prazo de vigência deste ACE por um período adicional de 5 anos."*.

A este propósito importa recordar que era necessária a unanimidade de votos dos membros do CA, cabendo a indicação de um dos três administradores que compunham o CA ao parceiro privado, quanto à fixação da remuneração dos serviços prestados pelo agrupamento a terceiros. Ou seja, o parceiro privado fez depender a aprovação dos preços a praticar e a revisão do plano de negócios da prorrogação do prazo de vigência do ACE.

Posteriormente, em Assembleia Geral de 29 de Dezembro de 2008, foi aprovada uma nova revisão do plano de negócios por se ter considerado que as condições que constavam do plano de negócios inicial se tinham alterado substancialmente e que *"(…) tendo presente a experiência e conhecimento do agrupado SUCH, o Somos Contas considerou prioritário o alargamento da abordagem comercial ao conjunto de todas as Administrações Regionais de Saúde (…)"*[130].

Na elaboração deste novo plano de negócios foi considerado um prazo de 10 anos de prestação de serviços, com início em 1 de Janeiro de 2009, e um número de adesões semelhante às dos planos de negócios anteriores[131].

Para além de se reafirmar o que foi mencionado anteriormente relativamente ao excesso de optimismo no que respeita ao número e calendário de adesões, reforçado por não terem sido considerados os atrasos e as desistências entretanto verificadas, não se pode deixar de notar que foi considerado um horizonte temporal para a prestação de serviços superior ao prazo de vigência do ACE.

[127] Um acréscimo na ordem dos 13%, desconsiderado o encargo com sistemas de informação suportado pela ACSS, IP. Fonte: Acta n.º 3/2008 do Somos Contas, ACE.
[128] Fonte: Deliberação n.º 17/2008.
[129] Ponto onde é recuperado o investimento.
[130] Fonte: Plano de negócios de Dezembro de 2008.
[131] O SUCH, o Somos Compras, ACE, e o Somos Pessoas, ACE, 60% dos hospitais, 100% das Unidades Locais de Saúde e quatro ARS´s.

Quadro I – Plano de negócios de Dezembro de 2008

(milhares de euros)

	Triénio 2007-2009	Triénio 2010-2012	Triénio 2013-2015	2016	2017	2018
Proveitos operacionais	8.945,50	54.671,40	77.078,70	25.752,90	25.752,90	25.752,90
Custos operacionais	11.356,40	50.981,30	60.204,80	19.599,40	19.472,70	19.379,90
Amortizações	1.725,70	7.229,50	9.456,90	3.152,30	1.838,90	0,00
Juros	900,60	3.640,90	1.667,90	0,00	0,00	0,00
Resultados anuais antes de impostos	-5.037,10	-7.180,20	5.928,90	3.001,10	4.441,30	6.373,00
Resultados acumulados antes de impostos	-5.037,10	-12.217,20	-6.288,40	-3.287,30	1.154,00	7.526,90

Fonte: Plano de negócios de Dezembro de 2008

De acordo com este novo plano de negócios o agrupamento teria resultados anuais antes de impostos negativos até 2011, invertendo-se esta situação a partir do exercício de 2012. Os resultados acumulados antes de impostos manter-se-iam negativos até 2016 (- € 3.287.000,00), invertendo-se esta situação em 2017 em consequência do resultado anual antes de impostos desse ano, no total de € 4.441.300,00. Assim, de acordo com este plano de negócios o agrupamento teria um resultado acumulado antes de impostos de € 7.526.900,00 em 31 de Dezembro de 2018.

Ora, sabendo-se que o prazo de vigência do ACE era 31 de Julho de 2017, data que foi tida como referência no próprio plano de negócios para o cálculo das amortizações, não se pode deixar de estranhar que o mesmo plano de negócios tenha considerado como horizonte temporal para a prestação de serviços um prazo limite diferente (31 de Dezembro de 2018).

Efectuado o cálculo de proveitos e custos correspondentes a 7 meses de actividade do ACE em 2017, teríamos um resultado anual antes de impostos de € 1.824.550,00 e, consequentemente, um resultado acumulado antes de impostos de - € 1.462.750,00, o que colocaria em causa a razoabilidade e viabilidade do projecto.

2. Breve análise à situação económico-financeira

Do balanço (quadro *infra*) destaca-se o resultado líquido negativo obtido em 2008, de - € 75.146,50, que foi directamente imputado aos membros do ACE na proporção das suas participações.

Em 2008, as dívidas a instituições de crédito (€ 11.000.000,00) já representavam 82,2% do total do passivo. De referir que inicialmente tinha sido estimada uma necessidade de financiamento de € 7.000.000,00[132].

[132] Fonte: Plano de negócios, Dezembro de 2008.

Quadro II – Balanço

	31.12.08		31.12.07		Δ% 07/08	
Activo	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**
Imobilizado	**6.624.582,48**	**49,8%**	**3.536.823,11**	**68,6%**	**3.087.759,37**	**87,3%**
Imobiizado incorpóreo	308.719,96	2,3%		0,0%	308.719,96	
Investimentos financeiros		0,0%		0,0%	0,00	
Imobilizações Corpóreas	791.220,90	5,9%		0,0%	791.220,90	
Imobilizações em curso	5.524.641,62	41,5%	3.536.823,11	68,6%	1.987.818,51	56,2%
Circulante	**6.684.543,11**	**50,2%**	**1.622.497,04**	**31,4%**	**5.062.046,07**	**312,0%**
Existências		0,0%		0,0%	0,00	
Dívidas de terceiros	3.523.930,44	26,5%	845.931,66	16,4%	2.677.998,78	316,6%
Disponibilidades	74.148,81	0,6%	63.360,56	1,2%	10.788,25	17,0%
Acréscimos e diferimentos	3.086.463,86	23,2%	713.204,82	13,8%	2.373.259,04	332,8%
Total Activo	**13.309.125,59**	**100%**	**5.159.320,15**	**131%**	**8.149.805,44**	**158,0%**
Capital próprio e passivo						
Capital próprio	**-75.146,50**	**-0,6%**	**0,00**	**0,0%**	**-75.146,50**	
Capital		0,0%		0,0%		
Ajustamentos partes de capital		0,0%		0,0%		
Reservas		0,0%		0,0%		
Resultados Transitados		0,0%		0,0%		
R.Liquido Exercício	-75.146,50	-0,6%	0,00	0,0%	-75.146,50	
Passivo	**13.384.272,09**	**100,6%**	**5.159.320,15**	**100,0%**	**8.224.951,94**	**159,4%**
Provisões		0,0%		0,0%		
Dívidas a terceiros	11.866.331,72	89,2%	5.113.746,65	99,1%	6.752.585,07	132,0%
Acréscimos e diferimentos	1.517.940,37	11,4%	45.573,50	0,9%	1.472.366,87	3230,8%
Capital próprio e passivo	**13.309.125,59**	**100%**	**5.159.320,15**	**100%**	**8.149.805,44**	**158,0%**

Da análise do Balanço salienta-se ainda a inscrição, no activo, de € 3.086.463,86 em custos diferidos, referentes aos custos de funcionamento[133] incorridos durante o exercício.

Quadro III – Demonstração de Resultados

	31.12.08		31.12.07		Δ% 07/08	
Custos	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**
Custo das matérias de consumo	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Fornec. Serviços Externos	961.941,99	53,1%	0,00		961.941,99	
Impostos	12.792,24	0,7%	0,00		12.792,24	
Custos c/ Pessoal	630.266,58	34,8%	0,00		630.266,58	
Provisões	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Amortizações	120.212,32	6,6%	0,00		120.212,32	
Outros Custos Operacionais	25,92	0,0%	0,00		25,92	
Custos e Perdas Financeiras	85.378,75	4,7%	0,00		85.378,75	
Custos e Perdas Extraordinárias	323,88	0,0%	0,00		323,88	
Total de custos	**1.810.941,68**	**100,0%**	**0,00**	**0,0%**	**1.810.941,68**	
Proveitos						
Vendas	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Prestações de serviços	1.738.033,18	100,0%	0,00		1.738.033,18	
Variação de trabalhos em curso	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Proveitos suplementares	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Subsídios à exploração	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Trabalhos para a própria empresa	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Outros proveitos operacionais	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Reversões de amortizações e ajustamentos	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Proveitos e Ganhos Financeiros	62,98	0,0%	0,00		0,00	
Proveitos e Ganhos Extraordinários	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Total de proveitos	**1.738.096,16**	**100,0%**	**0,00**	**0,0%**	**1.738.096,16**	
Demonstração Resultados						
Resultados Operacionais	12.794,13		0,00			
Resultados Financeiros	-85.315,77		0,00			
Resultados Correntes	-72.521,64		0,00			
Resultados Extraordinários	-323,88		0,00			
Imposto sobre o rendimento	2.300,98		0,00			
Resultado Líquido Exercício	**-75.146,50**		**0,00**			

[133] Na sua maioria respeitantes a trabalhos especializados, custos com pessoal e comunicações.

Da análise da Demonstração de Resultados, verifica-se que os custos incorridos em 2008 (€ 1.810.941,68) resultaram, em grande parte, de fornecimentos e serviços externos, no total de € 961.941,99 (53,1%) e de amortizações, no total de € 630.266,58 (34,8%). Os custos com o financiamento foram de € 85.378,75[134], prevendo-se[135] que em 2009 este valor pudesse atingir os € 712.532,00.

Considerando que as amortizações do exercício foram calculadas *"(…) com base no período restante entre a data de início da utilização e o final da vida útil do ACE (…)"*, e que foi prorrogado o prazo de vigência do agrupamento por um período adicional de 5 anos, conclui-se que se não tivesse sido alargado o período de vida útil do Somos Contas, ACE, os custos do exercício seriam superiores e, consequentemente, os resultados negativos imputados aos agrupados seriam ainda mais negativos.

De referir ainda que, em 2008, 84%[136] das aquisições de bens e serviços do Somos Contas, ACE, foram efectuadas ao parceiro privado do ACE, o que denotava a elevada dependência do agrupamento face ao parceiro privado.

O total de proveitos em 2008 foi de € 1.738.033,18, dos quais 538 mil euros referentes à facturação da fase II (transição) à ARS Centro, IP, e 300 mil euros respeitantes à fase I (*due dilligence*) da ARS Norte, IP.

Quadro III– Rácios

Rácios	2008
Liquidez geral	0,30
Liquidez reduzida	0,30
Endividamento	1,01

Calculados os indicadores de liquidez geral, de liquidez reduzida e do endividamento em 2008, verifica-se que estes reflectiam uma situação financeira débil[137] do ACE.

Este mesmo diagnóstico já havia sido realizado pelo CA do Somos Contas, ACE, em sede de Assembleia Geral, de 19 de Dezembro de 2008, não tendo, porém, conseguido inverter esta situação durante o exercício de 2009.

Face às elevadas necessidades de financiamento do ACE, aos atrasos[138] na entrada em funcionamento dos potenciais aderentes, à diminuta adesão[139] das entidades da área da Saúde aos seus serviços e à revisão do "pricing", verificou-se um diferimento da distribuição de resultados prevista no plano de negócios inicial o que levou o parceiro privado do ACE a reclamar[140] a prorrogação do prazo de vigência do ACE.

Em 2009, os dados financeiros apontavam para um resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente - € 1,5 milhões e a insustentabilidade da situação do ACE.

[134] Estão ainda registados custos financeiros no total de € 358.017,07 na conta de custos diferidos que serão reconhecidos à medida que o ACE comece a prestar serviços a futuros aderentes.
[135] Fonte: Plano de actividades e orçamento para 2009.
[136] Fonte: Relatório e Contas de 2008.
[137] A participação dos capitais alheios no financiamento do agrupamento é superior a 1.
[138] Em 31 de Dezembro de 2008 os atrasos eram de 14 meses para a ARS Centro, 10 meses para a ARS Norte, 5 meses de atraso na ARS Algarve e 14 meses na ARSLVT. Fonte: Plano de negócios, Dezembro de 2008.
[139] Os dois centros hospitalares de Lisboa que integravam o projecto-piloto (CHLO e CHLC) abandonaram, por decisão própria, o projecto.
[140] Acta n.º 3/2008, de 31 de Março de 2008.

ANEXO VII – Somos Compras, ACE

O Somos Compras[141], ACE, foi criado em Abril de 2007 para implementar e operar uma estrutura de aquisição de bens e serviços e de logística. Inicialmente, o agrupamento foi constituído pelo SUCH (com uma participação de 86%[142]), pelo Hospital de Santa Maria, pelo Centro Hospitalar de Lisboa Central e pelo Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, cada um com uma participação de 3%[143] e a SGG – Serviços Gerais de Gestão, SA, (com uma participação de 5%[144]).

A SGG- Serviços Gerais de Gestão, SA, transmitiu a sua posição, em 17 de Março de 2009, ao SUCH, o qual ficou com uma participação de 91% no ACE.

1. Análise do estudo de viabilidade económica

O plano de negócios inicial do centro de serviços partilhados para a área das compras[145], aprovisionamento[146] e logística interna de materiais[147] (USPCL), de Dezembro de 2006, estabelecia como princípios gerais orientadores da sua actividade o propósito não lucrativo, a transferência imediata das poupanças concretizadas para os prestadores de cuidados de saúde e a posição marginal dos parceiros privados em áreas como a participação societária e o controlo de gestão.

Em termos operacionais a USP deveria actuar, sempre que não existissem "(…) entraves legais ou regulamentares, como uma central de compras, ou seja, adquirindo de forma agregada e em seu nome os bens e serviços e revendendo-os fraccionadamente aos seus clientes (…)"[148]. Caso existissem tais entraves[149] a USP actuaria apenas como central de negociação.

De entre as actividades que a USP se propunha desenvolver, destacam-se:

1) A definição de uma estratégia comum de compras para todos os prestadores de cuidados de saúde;
2) Prospecção de fornecedores, gestão de bens e serviços de um catálogo e análise de propostas;
3) Requisição e recepção de bens e serviços;
4) Gestão global de armazéns e stocks;
5) Recepção, conferência, registo, autorização e pagamento de facturas.

A redução dos custos e as poupanças para os aderentes à USP seria obtida pela agregação da procura, a harmonização, racionalização e normalização de bens e produtos, o cumprimento dos prazos de pagamento a fornecedores e pelo efeito de concorrência.

Para o cumprimento dos prazos acordados com os fornecedores foi constituído um processo de financiamento cujos pressupostos principais seriam:

[141] Inicialmente o agrupamento adoptou a denominação COMPARSIS, ACE. Em Assembleia Geral do ACE de 4 de Abril de 2008, foi deliberado substituir a designação de COMPARSIS, ACE, por Somos Compras, ACE.
[142] Participações de categoria B.
[143] Participações de categoria A.
[144] Participação de categoria B.
[145] Estratégias de negociação e planeamento de necessidades.
[146] Requisição de bens e serviços, emissão de encomendas, negociação e adjudicação de contratos, análise técnica de propostas, etc…
[147] Gestão global de stocks e armazéns, distribuição de bens nos locais de armazenamento para consumo e registo de consumos.
[148] Fonte: Sumário executivo do *business case* da USP de compras e logística de Dezembro de 2006.
[149] Exemplo, contratos de seguros.

Mod. TC 1999.001

1) Cada cliente deveria estabelecer com uma entidade bancária um contrato de garantia de pagamento das facturas validadas pela USPCL;
2) Cada cliente seria responsável pelas dívidas e encargos constituídos junto da entidade bancária;
3) Os clientes poderiam negociar directamente as condições dos contratos de garantia de pagamento com entidades bancárias ou poderiam aderir a contratos pré-estabelecidos pela USPCL;
4) Os pedidos de fundos às entidades bancárias só seriam solicitados após confirmação e validação pelos clientes das facturas.

Quanto a investimentos e financiamentos foi previsto, à semelhança dos outros ACE, o recurso ao crédito bancário. O montante máximo de dívida remanescente no final de cada ano verificar-se-ia no 1º ano e seria de € 6.000.000,00, o que veio a revelar insuficiente como se relata no ponto 3.

Para o cálculo dos benefícios estimados dos prestadores de cuidados de saúde foram considerados vários elementos, dos quais se destacam: a recolha dados de experiências internacionais, a estimativa da capacidade de negociação em cada categoria de produtos e a avaliação pelos responsáveis das áreas de aprovisionamento das unidades de saúde agrupadas.

Assim, foram previstas poupanças líquidas acumuladas ao final de 5 anos de actividade (2012), no total de € 170.021.922,00, dos quais € 137.717.757,00 reverteriam para os clientes, € 15.301.973,00 para as entidades prestadoras de cuidados de saúde agrupadas, € 8.501.096,00 para o SUCH e € 8.501.096,00 para o parceiro privado do ACE.

Quanto ao processo de implantação da USPCL foi previsto que o mesmo tivesse a duração de 6 meses, o que também se veio a revelar insuficiente[150].

2. Revisão do estudo de viabilidade económica

Durante o ano de 2008 foi abandonado o de modelo de "*big bang*"[151] , definido um novo Plano de Negócios para o período 2008-2012 e estabelecido um novo calendário, faseado e incremental, para a execução do projecto.

De acordo com o novo Plano de Negócios a USP deveria iniciar as compras centralizadas em 2008, a gestão do armazém central em 2009 e a fase da logística (distribuição) 6 meses após o início da gestão do armazém central.

Por a componente de logística não estar prevista entrar em funcionamento durante o ano de 2008, o preçário[152] definido por cliente, considerando o volume de compras respectivo, era reduzido para metade nesse ano.

O número de adesões estimado para 2008 era de 14 entidades (3 hospitais, o SUCH, 1 ARS e 10 outros clientes), em 2009, 36, em 2010, 53 e em 2011 e 2012, 70 entidades.

[150] Em 31 de Dezembro de 2008 ainda não se tinha "(…) verificado o início de produção". Fonte: Relatório e Contas de 2008.
[151] Modelo de implementação que previa que a USP assegurasse desde o início as actividade de compras e a de logística (incluindo a distribuição de bens nos armazéns avançados).
[152] Foram definidos 4 níveis para os hospitais: € 60.000/mês, € 45.000/mês, € 20.000/mês e € 5.000/mês para clientes com volume anual de compras inferior a € 5.000.000,00. 2 níveis para as ARS: €10.000/mês e € 2.000,00/mês e 1 único nível para outros clientes de € 1.000,00/mês.

De acordo com o novo Plano de Negócios, o volume de compras do ACE, em 2008, deveria ser de € 88 milhões, em 2009, € 709 milhões, em 2010, € 780 milhões, em 2011, € 923 milhões e em 2012, apenas € 297 milhões, considerando o horizonte temporal definido para o ACE.
O total de proveitos acumulados estimados para o ACE, no final do 5º ano de actividade, era de € 86.309.390,00 e o total de custos acumulados de € 43.484.650,00.

Considerando que em 2008 o ACE não entrou em produção, procedeu-se à comparação do planeado e executado em 2009[153].

Quadro I – Execução do plano de negócios 2008-2012

Ano de 2009	Total de custos	Total de receitas
Plano de negócios	10.301.996,00 €	19.582.214,00 €
Real	11.754.710,77 €	7.159.246,61 €
% de execução	114,10%	36,56%

Para além da baixa taxa de execução da receita, justificada em parte por o ACE não ter conseguido o número, demasiado optimista, de adesões previstas, e por não ter iniciado a prestação de serviços de logística, acresce que os Centros Hospitalares aderentes ao ACE não reconhecem os montantes facturados relativos à mensalidade de compras (aproximadamente € 1.4 milhões), conforme ponto 12.4 do Relatório.

Em contrapartida, os custos suportados em 2009 foram superiores ao previsto no plano de negócios.

No início de 2009 era já evidente que o plano de negócios não era concretizável[154] e que as poupanças estimadas não seriam alcançadas.

3. Breve análise à situação económico-financeira

Quadro II – Balanço

	31.12.08		31.12.07		Δ% 07/08	
Activo	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**
Imobilizado	**11.945.854,46**	**97,6%**	**7.343.789,59**	**82,2%**	**4.602.064,87**	**62,7%**
Imobiizado incorpóreo		0,0%		0,0%	0,00	
Investimentos financeiros		0,0%		0,0%	0,00	
Imobilizações Corpóreas		0,0%		0,0%	0,00	
Imobilizações em curso	11.945.854,46	97,6%	7.343.789,59	82,2%	4.602.064,87	62,7%
Circulante	**296.643,54**	**2,4%**	**1.587.765,73**	**17,8%**	**-1.291.122,19**	**-81,3%**
Existências		0,0%		0,0%	0,00	
Dívidas de terceiros	290.797,04	2,4%	1.586.371,36	17,8%	-1.295.574,32	-81,7%
Disponibilidades	5.421,90	0,0%	1.394,37	0,0%	4.027,53	288,8%
Acréscimos e diferimentos	424,60	0,0%	0,00	0,0%	424,60	
Total Activo	**12.242.498,00**	**100%**	**8.931.555,32**	**118%**	**3.310.942,68**	**37,1%**

Capital próprio e passivo						
Capital próprio	**5.772,76**	**0,0%**	**169,85**	**0,0%**	**5.602,91**	**3298,7%**
Capital		0,0%		0,0%		
R.Liquido Exercício	5.772,76	0,0%	169,85	0,0%	5.602,91	
Passivo	**12.236.725,24**	**100,0%**	**8.931.385,47**	**100,0%**	**3.305.339,77**	**37,0%**
Provisões		0,0%		0,0%		
Dívidas a terceiros	11.297.265,03	92,3%	8.490.379,38	95,1%	2.806.885,65	33,1%
Acréscimos e diferimentos	939.460,21	7,7%	441.006,09	4,9%	498.454,12	113,0%
Capital próprio e passivo	**12.242.498,00**	**100%**	**8.931.555,32**	**100%**	**3.310.942,68**	**37,1%**

[153] Valores de execução provisórios (estimados em Março de 2010).
[154] O plano de negócios apenas previa que o preçário fosse reduzido a metade em 2008. Em 2008 também não se tinha verificado a adesão de outros clientes nem da ARS e o ACE nem sequer entrou em produção. Também no final de 2009 a proposta de plano de acção e orçamento para 2010 refere que apenas haveria 1 novo aderente em 2010, a ARS do Centro, quando estavam previstas 10 novas adesões.

Como se verifica pela análise do Balanço, o activo, a 31 de Dezembro de 2008, ascendia a € 12.242.498,00, dos quais 97,6% respeitavam a imobilizações em curso.

De notar porém, que, em imobilizado em curso, estavam registados custos com fornecimentos externos, custos financeiros e custos com o pessoal[155], que são despesas de funcionamento (que não produzirão benefícios nos anos seguintes[156]) e não de investimento.

De entre as dívidas a terceiros, no final de 2008, destacam-se os empréstimos contraídos, no total de € 9.726.700,00, e os encargos contraídos junto de fornecedores conta corrente, no total de € 1.082.157,68. No início de 2009, foi aprovada[157] em Assembleia Geral do ACE, de 20 de Março, uma proposta que autorizava a contracção de um novo empréstimo bancário, no valor de € 2.900.000,00.

Da análise da Demonstração de Resultados de 2008 resulta que foi apurado um resultado líquido do exercício no montante de € 5.772,76, que foi imputado directamente aos membros do agrupamento. Os proveitos registados, no total de € 32.314,08, referem-se exclusivamente a vendas de cadernos de encargos.

O resultado líquido do exercício de 2008 revela no entanto, muito pouco em termos de análise financeira, visto ter sido considerado que o agrupamento se encontrava em fase de estabelecimento. Assim, para além dos custos de funcionamento registados em imobilizado em curso, realça-se também o facto de não terem sido efectuadas amortizações dos bens do activo imobilizado.

Quadro III – Demonstração de Resultados

	31.12.08		31.12.07		Δ% 07/08	
Custos	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**	**Valor**	**%**
Custo das matérias de consumo	0,00	0,0%	0,00	0,0%	0,00	
Fornec. Serviços Externos	26.541,32	100,0%	22.113,42	98,0%	4.427,90	20,0%
Impostos	0,00	0,0%	120,00	0,5%	-120,00	-100,0%
Custos c/ Pessoal	0,00	0,0%	0,00	0,0%	0,00	
Provisões	0,00	0,0%	0,00	0,0%	0,00	
Amortizações	0,00	0,0%	0,00	0,0%	0,00	
Outros Custos Operacionais	0,00	0,0%	0,00	0,0%	0,00	
Custos e Perdas Financeiras	0,00	0,0%	0,00	0,0%	0,00	
Custos e Perdas Extraordinárias	0,00	0,0%	324,00	1,4%	-324,00	
Total de custos	**26.541,32**	**100,0%**	**22.557,42**	**100,0%**	**3.983,90**	**17,7%**
Proveitos						
Vendas	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Prestações de serviços	32.314,08	100,0%	22.727,27		9.586,81	42,2%
Variação de trabalhos em curso	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Proveitos suplementares	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Subsídios à exploração	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Trabalhos para a própria empresa	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Outros proveitos operacionais	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Reversões de amortizações e ajustamentos	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Proveitos e Ganhos Financeiros	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Proveitos e Ganhos Extraordinários	0,00	0,0%	0,00		0,00	
Total de proveitos	**32.314,08**	**100,0%**	**22.727,27**	**0,0%**	**9.586,81**	**42,2%**
Demonstração Resultados						
Resultados Operacionais	5.772,76		493,85			
Resultados Financeiros	0,00		0,00			
Resultados Correntes	5.772,76		493,85			
Resultados Extraordinários	0,00		-324,00			
Imposto sobre o rendimento			0,00			
Resultado Líquido Exercício	**5.772,76**		**169,85**			

[155] Por ter sido considerado que o ACE esteve durante o exercício de 2008 em processo de primeiro estabelecimento.
[156] Ainda a este propósito o Relatório e Contas de 2008 refere que "(…) Do dispêndio realizado ao longo de 2008, 24% corresponderam a investimentos e 76% a custos de funcionamento.".
[157] Aprovada por maioria, com os votos a favor do SUCH e do CHLC e a abstenção do CHLN e do CHLO.

O facto de não possuir capital próprio, à semelhança dos outros ACE constituídos pelo SUCH, originou uma elevada dependência do financiamento bancário, cujos custos ascenderam a € 703.359,96[158], durante o exercício de 2008.

Em 2009, os dados financeiros apontavam um resultado líquido do exercício negativo de aproximadamente - € 4,6 milhões e a insustentabilidade da situação do ACE.

No final de 2009, os dados financeiros indicavam que os empréstimos já totalizavam € 13.839.010,00 e as dívidas a fornecedores € 3.756.553,30.

Saliente-se, que apesar das medidas[159] adoptadas de redução da estrutura de custos para 2010, o Somos Compras, ACE, tinha muitos custos fixos contratados (comunicações, hardware e software) que eram de difícil redução, que em conjunto com a incapacidade de captar novas adesões, permitia antever o agravamento da situação económico-financeira do agrupamento.

[158] Registados em imobilizado em curso.

[159] Diminuição do n.º de administradores executivos remunerados, dispensa de pessoas contratadas para a área da logística, contratação de uma equipa interna para a manutenção aplicacional e redimensionamento da infra-estrutura informática.

ANEXO VIII – Notas de emolumentos

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Serviço de Utilização Comum dos Hospitais**		
Entidade devedora:	**Serviço de Utilização Comum dos Hospitais**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	Unidade Tempo	Receita Própria / Lucros	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**			
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**539**		**€ 47.588,31**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 47.588,31**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 11.517,95**
Emolumentos a pagar				**€ 11.517,95**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Mod. TC 1999.001

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Administração Central do Sistema de Saúde, IP**		
Entidade devedora:	**Administração Central do Sistema de Saúde, IP**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	**BASE DE CÁLCULO**			**Valor**
	Custo Standard *a)*	**Unidade Tempo**	**Receita Própria / Lucros**	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**			
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**11**		**€ 971,19**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 971,19**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 225,85**
Emolumentos a pagar				**€ 225,85**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Administração Regional de Saúde do Algarve, IP**		
Entidade devedora:	**Administração Regional de Saúde do Algarve, IP**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	Unidade Tempo	Receita Própria / Lucros	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**	**5**		**€ 599,95**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**21**		**€ 1.854,09**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.454,04**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Mod. TC 1999.001

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Administração Regional de Saúde do Centro, IP**		
Entidade devedora:	**Administração Regional de Saúde do Centro, IP**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	**Unidade Tempo**	**Receita Própria / Lucros**	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**	**5**		**€ 599,95**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**21**		**€ 1.854,09**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.454,04**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Administração Regional de Saúde do Norte, IP**		
Entidade devedora:	**Administração Regional de Saúde do Norte, IP**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	Unidade Tempo	Receita Própria / Lucros	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**	**5**		**€ 599,95**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**21**		**€ 1.854,09**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.454,04**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Mod. TC 1999.001

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE**		
Entidade devedora:	**Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	**Unidade Tempo**	**Receita Própria / Lucros**	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**			
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**26**		**€ 2.295,54**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.295,54**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE**		
Entidade devedora:	**Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	**BASE DE CÁLCULO**			**Valor**
	Custo Standard *a)*	**Unidade Tempo**	**Receita Própria / Lucros**	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**			**€**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**26**		**€ 2.295,54**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.295,54**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Mod. TC 1999.001

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE**		
Entidade devedora:	**Centro Hospitalar de Lisboa Norte, EPE**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	Unidade Tempo	Receita Própria / Lucros	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**			**€**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**26**		**€ 2.295,54**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.295,54**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Centro Hospitalar do Nordeste, EPE**		
Entidade devedora:	**Centro Hospitalar do Nordeste, EPE**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	Unidade Tempo	Receita Própria / Lucros	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**	**5**		**€ 599,95**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**21**		**€ 1.854,09**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.454,04**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Mod. TC 1999.001

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE**		
Entidade devedora:	**Centro Hospitalar de Vila Nova de Gaia/Espinho, EPE**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	Unidade Tempo	Receita Própria / Lucros	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**	**5**		**€ 599,95**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**21**		**€ 1.854,09**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.454,04**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE**		
Entidade devedora:	**Hospitais da Universidade de Coimbra, EPE**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	**BASE DE CÁLCULO**			**Valor**
	Custo Standard *a)*	**Unidade Tempo**	**Receita Própria / Lucros**	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**	**5**		**€ 599,95**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**21**		**€ 1.854,09**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.454,04**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)

Mod. TC 1999.001

Emolumentos e outros encargos
(D.L. nº 66/96, de 31.5)

Departamento de Auditoria VI – UAT 1		**Procº nº 27/09 – Audit**	
		Relatório nº31/2010 – 2ª Secção	
Entidade fiscalizada:	**Hospital de São João, EPE**		
Entidade devedora:	**Hospital de São João, EPE**		
Regime jurídico:		**AA**	
		AAF	**X**

Unid: euros

Descrição	BASE DE CÁLCULO			Valor
	Custo Standard *a)*	Unidade Tempo	Receita Própria / Lucros	
- Acções fora da área da residência oficial	**€ 119,99**	**5**		**€ 599,95**
- Acções na área da residência oficial	**€ 88,29**	**21**		**€ 1.854,09**
- 1% s/ Receitas Próprias				
- 1% s/ Lucros				
Emolumentos calculados				**€ 2.454,04**
Emolumentos Limite máximo (VR)				**€ 542,02**
Emolumentos a pagar				**€ 542,02**

a) cf. Resolução nº 4/98 – 2ªS

A Coordenadora da Equipa de Auditoria

(Maria Isabel Viegas)