



ACÓRDÃO Nº 7 /10 – 09. MAR. 2010 – 1ª S/PL

## RECURSO ORDINÁRIO Nº 22/2009

(Proc. nº 349/09)

**DESCRITORES:** Contratação pública.  
Contratação excluída da Parte II do Código dos Contratos Públicos.  
Contratação *in house*.  
Controlo Análogo.  
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH).  
Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 145/2001, de 7 de Novembro de 2002.  
Directivas Comunitárias.  
Princípio da concorrência.  
Ajuste directo.  
Nulidade

**SUMÁRIO:** I – No domínio da contratação pública, encontram-se *princípios gerais de direito comunitário* (v. g. os da igualdade, da imparcialidade e da concorrência), *princípios específicos da realidade comunitária* (v. g. o da proibição da discriminação em razão da nacionalidade e o do reconhecimento mútuo) e, ainda, *princípios específicos da realidade da contratação pública* (v. g. o da intangibilidade das propostas);

II - Nos termos do nº2, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), a Parte II deste Código 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;
- 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.
- III – A excepção referida no ponto anterior, 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;
- IV - O Protocolo celebrado entre o “Hospital de Faro, EPE” e o “Serviço de Utilização Comum dos Hospitais” (SUCH), - que visa a prestação de serviço de tratamento e fornecimento de roupa em regime de aluguer ao mencionado hospital - consubstanciando um acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas distintas e tendo um conteúdo sinalagmático e obrigacional, tipifica um verdadeiro contrato oneroso de aquisição de serviços e não uma qualquer forma de cooperação ou assistência mútua, estatutariamente determinada, para a realização de uma missão de serviço público;
- V – Sendo associados do SUCH, para além do Hospital de Faro, EPE, outras entidades públicas (serviços da administração directa do Estado, institutos públicos e entidades públicas empresariais) e entidades privadas (como é o caso de instituições particulares de solidariedade social e sociedades anónimas), não é possível considerar que o Hospital de Faro, EPE exerce, sobre o SUCH, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços;
- VI – Estipulando os Estatutos do SUCH que as unidades de serviços partilhados, constituídas por este, podem ser



constituídas sob a forma de unidades orgânicas do SUCH, ou sob a forma de pessoas colectivas, integradas pelo SUCH e pelos seus associados e/ou terceiras entidades, a escolha de um procedimento de adjudicação directa ao SUCH, permite que as empresas privadas participantes beneficiem de condições mais vantajosas relativamente a outros concorrentes, o que viola o princípio da concorrência;

VII - Tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), (que densificou as excepções à aplicação do regime comunitário sobre a contratação pública), as Directivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, a publicação do novo Código dos Contratos Públicos e, ainda, a evolução do regime jurídico dos hospitais públicos e dos Estatutos do SUCH, não pode ter-se, hoje, como actual e válida, a doutrina do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 145/2002, de 7 de Novembro de 2002;

VIII – Porque foi celebrado após a entrada em vigor do CCP, e tem um valor superior ao mencionado no artigo 7º, da Directiva nº 2004/18/CE, é aplicável ao contrato celebrado entre o Hospital de Faro EPE e o SUCH, o disposto naquele Código;

IX - Não sendo admissível o recurso a um procedimento por ajuste directo, - por se não verificar o requisito previsto no artigo 5º, nº2, al. a) do CCP – impunha-se a realização de um concurso público, ou de um concurso limitado com prévia qualificação, tal como exigido pelo artigo 19º, al. b), do Código dos Contratos Públicos (CCP), já vigente à data em que foram efectuados os convites para efeitos do ajuste directo;

X – A omissão da realização de concurso, quando obrigatório, acarreta a nulidade do acto procedimental em que assentou o contrato, bem como a nulidade deste, nos termos dos artigos



# Tribunal de Contas

---

133º, nº1 do Código do Procedimento Administrativo e 283º, nº1, do CCP.

XI – A existência de nulidade constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto no artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

**Conselheiro Relator:** António M. Santos Soares



**ACÓRDÃO N° 7 /10 – 09.MAR. 2010 - 1ª S/PL**

**RECURSO ORDINÁRIO N° 22/2009**

**(Proc. n° 349/09)**

Acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1ª Secção:

## **I – RELATÓRIO**

1. Recorreu o **Hospital de Faro, EPE** do Acórdão n° 143/2009, de 22 de Julho de 2009, da 1ª Secção do Tribunal de Contas, que recusou o visto ao denominado 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 “**Serviço de Utilização Comum dos Hospitais – SUCH**”.

Tal decisão foi proferida com fundamento no disposto no artigo 44º, n°3, al. a), da Lei n° 98/97 de 26 de Agosto, por aquele Protocolo ser um contrato de prestação de serviços, de valor superior ao referido na alínea b), do artigo 7º, da Directiva n° 2004/18/CE, ao qual é aplicável o regime da contratação pública previsto no Código dos Contratos Públicos, e não ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Segundo a decisão recorrida, a ausência de concurso – obrigatório no caso – implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, que acarreta a



respectiva nulidade, a qual se transmite ao contrato, sendo fundamento de recusa do visto.

2. Nas suas alegações, o Hospital de Faro, EPE formulou as seguintes conclusões:

- “ 1. No Acórdão de que ora se recorre, o Tribunal de Contas veio recusar o visto ao Protocolo, com fundamento de que “não pode (...) considerar-se que a relação entre o SUCH e os seus associados públicos e, em particular, entre o SUCH e o Hospital de Faro, seja uma relação “interna”, pelo que não poderia “aplicar-se ao caso a exceção prevista no artigo 5º, nº2, do Código”.*
- 2. O Acórdão recorrido padece, porém, de diversos erros de julgamento, revelando-se conseqüentemente ilegal a decisão final aí proferida.*
- 3. Com efeito, o PROTOCOLO foi outorgado em termos e condições que asseguram o estrito cumprimento da lei.*
- 4. Na verdade, o ora Recorrente limitou-se a actuar em conformidade com a doutrina dos Pareceres nº 1/95 e 145/2001 emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República no sentido de que os serviços prestados pelo SUCH aos seus associados – ou melhor, os contratos que contemplam a realização de tais serviços – não se encontram submetidos às normas sobre contratação pública.*
- 5. Contrariamente ao defendido no Acórdão recorrido, os mencionados pareceres mantêm-se, hoje em dia, plenamente actuais e válidos.*
- 6. Com efeito, cumpre ter em atenção que a ideia ínsita nos Pareceres nº 1/95 e 145/2001 reconduz-se rigorosamente à linha de pensamento subjacente à criação da figura das relações in house, com actual assento legislativo no artigo 5º, nº2, do CCP.*
- 7. Quanto às afirmações efectuadas no Acórdão recorrido relativamente à natureza do Protocolo – mais concretamente, no sentido da respectiva recondução “a um verdadeiro contrato oneroso de aquisição de serviços” – importa esclarecer, antes de mais, que essa qualificação jamais foi posta em causa pelo ora Recorrente.*
- 8. Para além disso, ao contrário do que o Acórdão recorrido parece pressupor, a circunstância de o PROTOCOLO integrar prestações típicas de um “contrato oneroso de aquisição de serviços” não impede que o mesmo*



contrato possa considerar-se inserido no quadro de uma relação interna ou, por outras palavras, no “plano da auto-satisfação das necessidades da Administração”.

9. *Com efeito, o que é decisivo para efeitos de reconhecimento da existência de uma relação in house não é a natureza do contrato ou a concreta tipologia das prestações que integram o respectivo objecto, mas antes a especificidade da relação inerente ao mesmo contrato, pelo que não se vislumbra qualquer fundamento legítimo para as críticas que, a este respeito, são dirigidas pelo Acórdão recorrido aos pareceres da Procuradoria-Geral da República.*
10. *Por fim, cumpre igualmente discordar do teor das considerações expendidas no Acórdão recorrido no sentido da alegada não verificação dos pressupostos de que depende a aplicação da excepção prevista no artigo 5º, nº2, do CCP.*
11. *Com efeito, ambos os pressupostos visam, numa clara relação de complementaridade, verificar se a entidade adjudicatária, apesar de distinta da entidade adjudicante no plano formal, é da mesma dependente no plano decisório.*
12. *Ora, no caso do SUCH – ao contrário do que defende o Acórdão recorrido – tudo aponta no sentido da verificação desta situação.*
13. *Com efeito, o SUCH consiste numa associação que foi criada por despacho ministerial, datado de 22 de Abril de 1966, com vista à prossecução de actividades necessárias ao desenvolvimento de atribuições particularmente importantes da Administração, não sendo a alegada presença de uma entidade privada no leque dos respectivos associados passível de romper e/ou atenuar o nexo de vinculação do SUCH às mencionadas atribuições.*
14. *Esse risco encontra-se, na verdade, afastado pela própria natureza do SUCH (pessoa colectiva sem fins lucrativos) e pelo carácter altruístico e comum dos objectivos visados por todos os seus associados com a respectiva integração nessa associação.*
15. *Nestes termos, considera-se inteiramente preenchido o primeiro pressuposto exigido pelo artigo 5º, nº2, do CCP, ou seja, o pressuposto do “controlo análogo”.*
16. *É verdade 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.*



17. *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.*
18. *Nesta medida, considera-se suficientemente comprovado o preenchimento, no caso em apreço, dos pressupostos de que depende, nos termos do artigo 5º, nº2, do CCP, a aplicação da excepção in house.*
19. *Ao defender entendimento contrário, o Acórdão recorrido procedeu a uma errada interpretação e aplicação do citado preceito, o que se deveu, em parte, à incorrecção dos respectivos pressupostos de facto.*
20. *Idêntica posição é, aliás, defendida pelo SUCH, conforme se comprova pelo teor da exposição em anexo como DOC. nº1, não podendo o ora Recorrente deixar de aderir à fundamentação que aí se apresenta e, nessa medida, solicitar ao presente Tribunal que proceda à respectiva análise e ponderação no quadro e para efeitos do julgamento do presente recurso”.*

Terminou as suas alegações referindo que deve ser concedido provimento ao recurso e, em consequência, ser concedido o visto ao protocolo relativo à aquisição de serviços celebrado entre o Hospital de Faro, EPE e o SUCH, e juntando uma “Pronúncia”/parecer sobre o Acórdão recorrido, elaborada por um escritório de Advogados, mandatado pelo SUCH.

3. O Exm.º Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de que deve ser negado provimento ao recurso.

Para tanto referiu que o entendimento que está na base da doutrina do parecer da PGR de 2001, enquadrando-se no tipo de contratação entre entes públicos, que visava a auto-satisfação de necessidades que, ao tempo, era aceite por alguns autores e colhia apoio nas Directivas comunitárias então em vigor, assenta basicamente na ideia de não estar em causa, para os associados do SUCH, o recurso a um contraente externo.

Mais referiu o mesmo Magistrado que, com a evolução posterior decorrente das Directivas de 2004, da jurisprudência do Tribunal de Justiça e da aprovação do Código dos Contratos Públicos (CCP), veio a ser acentuado o princípio da concorrência, entendendo-se que, nos casos de participação de organismos de direito público em procedimentos pré-contratuais, não devem





afastar-se as regras da livre concorrência, pelo que serão de aplicar as normas da contratação pública.

Resulta dos estatutos e da organização do SUCH, bem como da sua actividade e sectores de intervenção, que este não poderá qualificar-se como um mero instrumento dos seus associados para auto-satisfação das suas necessidades, mas antes como uma entidade de natureza associativa, cujo modelo orgânico revela uma acentuada vertente empresarial.

Salientou ainda o Exm.º Magistrado do Ministério Público que o SUCH, para além de um autonomia decisória que lhe permite a realização de actividades não determinadas pelos associados, integra associados privados, designadamente através de ACE, cuja participação na estrutura organizativa e de representação nos órgãos de administração, permite influenciar decisões de gestão, com reflexo de interesses a prosseguir, sem subordinação exclusiva da sua gestão aos objectivos de interesse público.

Finalmente, entende o mesmo Magistrado que, no caso em apreço, não se configuram as condições exigidas pelo artigo 5º, nº2 do Código dos Contratos Públicos, nem está garantida a salvaguarda do princípio da concorrência, face ao regime estatutário do SUCH.

4. Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

## II – MATÉRIA DE FACTO

O Acórdão recorrido deu como provada a seguinte matéria de facto:

A) O protocolo em análise foi assinado em **22 de Dezembro de 2008**;

B) Por força do protocolo, o SUCH prestará ao Hospital de Faro os seguintes serviços:<sup>1</sup>

*“a. Fornecimento, em regime de aluguer, de roupa hospitalar incluindo fardamentos, constituindo responsabilidade do SUCH adquirir, renovar e manter actualizado o “stock” definido pelo SUCH e pelo HF;*

---

<sup>1</sup> Cfr. cláusula segunda do Protocolo.



- b. *Recolha de roupa suja nos serviços do HF;*
- c. *Pesagem de roupa suja no Serviço de Rouparia do HF, efectuada na presença de um funcionário do HF e de um funcionário do SUCH. As guias da roupa mencionarão os quilogramas de roupa suja que seguirão para tratamento;*
- d. *Transporte da roupa para as instalações do SUCH;*
- e. *Triagem da roupa em função da sua sujidade e tipologia;*
- f. *Lavagem, secagem, calandragem, dobragem, prensagem e engomagem da roupa de acordo com a sua tipologia, nas instalações do SUCH;*
- g. *Triagem da roupa que não esteja em condições de ser utilizada, por necessitar de ser reparada ou substituída, a qual será entregue em embalagens separadas;*
- h. *Acondicionamento em embalagens de plástico devidamente fechadas, em quantidades adequadas ao tipo de roupa;*
- i. *Entrega de roupa limpa nos serviços do HF, sendo a pesagem efectuada no Serviço de Rouparia na presença de um funcionário do HF e de um funcionário do SUCH. As guias de roupa limpa indicaram os artigos e os quilogramas de roupa tratada;*
- j. *Fornecimento de 4 (quatro) carros fechados em estrutura de alumínio para o transporte interno da roupa, de 1 (uma) balança para pesagem da roupa e de um sistema informático composto por 5 (cinco) PDA e 1 (um) computador para gestão do processo de reposição de roupa nos Serviços.”*

**C)** Os serviços serão pagos ao SUCH pelo Hospital de Faro, com base na fixação de um preço por quilograma de roupa, em função da sua tipologia. <sup>2</sup> Acrescerá o valor do investimento a realizar com os equipamentos referidos na alínea j), da cláusula segunda do protocolo, que será “*fraccionado e facturado mensalmente a título de renda e devidamente discriminado na factura da prestação de serviços*”.

<sup>3</sup>

**D)** Nos termos da cláusula sexta, do protocolo, “*em caso de rescisão antecipada do protocolo por iniciativa do HF, ou por resolução daquele, o HF pagará ao SUCH as prestações remanescentes do montante total do investimento à data da rescisão ou resolução.*”

---

<sup>2</sup> Cfr. cláusula quinta do protocolo.

<sup>3</sup> Cfr. cláusula sexta.



- E) Nos termos da cláusula oitava, do mesmo protocolo, em caso de não cumprimento dos serviços, por facto imputável ao SUCH, o Hospital de Faro poderá proceder à aplicação de penalizações pecuniárias;
- F) O protocolo foi estabelecido para o período de **1 de Janeiro de 2009 a 31 de Dezembro de 2009**, podendo, nos termos da sua cláusula nona, ser renovado ou prorrogado;
- G) O protocolo foi aprovado pelo Conselho de Administração do Hospital de Faro, em **30 de Dezembro de 2008**; <sup>4</sup>
- H) A adjudicação, ao SUCH, da prestação de serviços de tratamento e fornecimento de roupa, em regime de aluguer, para o ano de 2009, foi feita, em **5 de Fevereiro de 2009**, pelo Conselho de Administração do Hospital de Faro, com um valor previsto de despesa de **689.536,00 €**; <sup>5</sup>
- I) No preâmbulo do protocolo refere-se:

*“O SUCH actua em regime de colaboração material com os seus Associados, como conjunto de meios postos em comum por estes, e em regime de concorrência e de mercado.*

*A actuação do SUCH, em regime de cooperação material com os Associados caracteriza-se, como bem se refere no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 145/2001, publicado na II Série do Diário da República n.º 95, de 23 de Abril de 2003, e homologado por Sua Excelência o Ministro da Saúde em 18 de Março de 2003, como um modelo de “auto-organização” das entidades do sistema de saúde que se associaram, para um funcionamento mais ágil e eficiente dos seus membros. Esta actividade caracteriza-se como uma actividade materialmente cooperativa, desenvolvida no interior de uma 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”;*

---

<sup>4</sup> Cfr. verso de fls. 77 e ponto 5 do ofício n.º 210, de 2 de Junho de 2009, do Hospital de Faro, a fls. 76.

<sup>5</sup> Cfr. fls. 3 e 4 dos autos.



**J)** Na proposta para a realização do ajuste directo refere-se: *“O ajuste directo celebrado com o SUCH ao abrigo do parecer n.º 145/2001 publicado no Diário da República na II série de 23 de Abril de 2003”*; <sup>6</sup>

**K)** Questionado sobre qual o fundamento legal para a realização do ajuste directo em face do novo regime constante do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, o Hospital de Faro EPE respondeu da seguinte forma, pelo ofício n.º 210, de 2 de Junho de 2009:

*“O Hospital de Faro, EPE, é associado do SUCH que tem como finalidade principal a prestação de serviços aos seus associados para um funcionamento mais ágil e eficiente dos serviços hospitalares.*

*A Procuradoria-Geral da República pronunciou-se através dos pareceres n.º P000011995 e P001452001 no sentido de que as entidades associadas do SUCH, quando recorram aos serviços por aquele prestados, estão dispensadas dos procedimentos de aquisição de bens e serviços, sendo que o Hospital ao celebrar o Protocolo n.º DCS/498/01/2009 com esta entidade fê-lo ao abrigo dos referidos pareceres.”*

**L)** Novamente confrontado com a questão, o Hospital, no ofício n.º 12781, de 9 de Julho de 2009, veio reiterar os fundamentos invocados nos pareceres da Procuradoria-Geral da República, invocando ainda o seguinte:

*“(…) não será indiferente salientar, nesta sede, o que dispõe o art.º 5.º n.º 2 do referido Código <sup>7</sup> (…).*

*Ora, atento o teor do dispositivo legal supra transcrito, julga-se defensável subsumir o protocolo celebrado entre o SUCH e este Hospital seu associado à figura da contratação in house nele prevista.*

*(…) apontamos para a subsunção do protocolo em referência celebrado entre este Hospital e o SUCH à previsão do n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos, nos termos do qual se encontrará excluído da aplicação das regras da contratação pública nele previstas.*

*(…) Reconhecendo ser esta uma questão controversa e amplamente discutida, não pode esta Unidade Hospitalar deixar de sublinhar que foi de acordo com o entendimento supra explanado que a celebração do protocolo em referência com o SUCH teve lugar (corroborando, aliás, o entendimento preconizado no “Memorando Jurídico sobre o enquadramento geral das relações entre o SUCH e os seus associados*

---

<sup>6</sup> Cfr. fls. 3 do processo.

<sup>7</sup> A referência reporta-se ao Código dos Contratos Públicos.



*públicos à luz das normas sobre contratação pública”, em anexo, nos termos do qual a Sociedade de Advogados Sérvulo & Associados se pronuncia sobre a matéria em apreço, na sequência de solicitação que lhe foi endereçada pelo SUCH) ...”.*

**M)** Os novos Estatutos do SUCH foram publicados em Dezembro de 2006, tendo, no entender, do próprio SUCH, reforçado a sua natureza associativa e privada;<sup>8</sup>

**N)** 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, assegurando a exploração ou a gestão de instalações técnicas e áreas industriais, incluindo lavandarias, centrais e transportes e constituindo unidades de serviços partilhados;

**O)** O artigo 6.º dos Estatutos do SUCH estabelece:

*“1. Podem ser associados do SUCH as entidades, públicas ou privadas,<sup>9</sup> que integrem o sistema de saúde português, bem como todas as instituições particulares de solidariedade social ou outras pessoas colectivas de utilidade pública administrativa que desenvolvam actividades de promoção e protecção da saúde.*

*2. Podem ser associados do SUCH serviços pertencentes ao Ministério da Saúde ou dele dependentes.”*

**P)** Em 17 de Abril de 2009, o Hospital de Faro juntou aos autos uma lista de associados do SUCH, à referida data, que consta a fls. 41 e seguintes, onde se identificam 95 associados, entre os quais se contam entidades do Sector Público Administrativo, Institutos Públicos, Entidades Públicas Empresariais, Instituições Particulares de Solidariedade Social, Pessoas Colectivas de Direito Privado e Utilidade Pública Administrativa, uma Cooperativa (CESPU) e um Hospital Privado (Hospital dos Lusíadas);

---

<sup>8</sup> Cfr. [www.somos.pt](http://www.somos.pt)

<sup>9</sup> Sublinhado nosso.



- Q)** O Hospital de Faro é um desses 95 associados;
- R)** Nos termos do artigo 7.º dos Estatutos do SUCH, são direitos dos associados:
- “1.a) Usufruir dos serviços prestados pelo SUCH nos termos que forem regulamentados;*
- b) Eleger os membros não nomeados dos órgãos sociais do SUCH;*
- c) Apresentar todas as propostas que julguem de interesse para a melhor prossecução dos fins do SUCH;*
- d) Reclamar perante o Conselho de Administração dos actos que considerem lesivos dos seus interesses;*
- e) Recorrer para a Assembleia-Geral dos actos do Conselho de Administração que julguem irregulares;*
- f) Examinar, na sede do SUCH, o orçamento e o relatório e contas.*
- 2. Os associados podem apresentar à Assembleia-Geral propostas para a constituição da Mesa da Assembleia-Geral, do Conselho Fiscal e da Comissão de Vencimentos.”*
- S)** Nos termos do artigo 10.º dos Estatutos do SUCH, são órgãos do SUCH a Assembleia-Geral, o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal;
- T)** De acordo com o respectivo artigo 12.º, a Assembleia-Geral é constituída por representantes de todos os associados;
- U)** Por força do artigo 15.º, compete à Assembleia-Geral eleger e destituir os membros não nomeados dos órgãos do SUCH; apreciar e aprovar os planos estratégicos e de actividades; apreciar e aprovar o relatório e contas do exercício anual; pronunciar-se sobre a gestão do SUCH; deliberar, por maioria de três quartos dos associados presentes, sobre alterações aos estatutos; deliberar, por maioria de três quartos do número total de associados, sobre a dissolução do SUCH; deliberar, por proposta do Conselho de Administração, sobre a realização de empréstimos e a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis; deliberar, segundo proposta do Conselho de Administração, sobre a participação do SUCH noutras pessoas colectivas, nomeadamente, subscrição de participações, quotas ou acções na sua constituição, aquisição de participações, quotas ou acções em pessoas colectivas já constituídas ou adesão a associações constituídas ou a constituir; conhecer dos recursos



interpostos da recusa de admissão como associados do SUCH, pronunciar-se sobre as questões que lhe sejam apresentadas nos termos regulamentares e aprovar o regulamento de quotização proposto pelo Conselho de Administração;

- V) O número de votos de cada associado, na Assembleia-Geral, é determinado pelo valor percentual dos serviços adquiridos, relativamente à facturação total do SUCH (cfr. artigo 14º, nº 6);
- W) Conforme indicado a fls. 76 dos autos, o número de votos atribuídos ao Hospital de Faro, na Assembleia-Geral do SUCH, para o ano de 2009, é de um voto;
- X) Nos termos dos artigos 16º dos Estatutos, o Conselho de Administração do SUCH é composto por um Presidente, um Vice-Presidente e três Vogais. O Presidente e o Vice-Presidente são nomeados pelo Ministro da Saúde e os três Vogais são eleitos em Assembleia-Geral;
- Y) De acordo com o artigo 17º, o Conselho de Administração assegura a gestão da associação, mediante o plano de actividades e o orçamento aprovado pela Assembleia-Geral;
- Z) O Conselho Fiscal, composto por três membros, é eleito em Assembleia-Geral (cfr. artigo 22º);
- AA) A intervenção do Ministro da Saúde traduz-se em:
- Nomear o Presidente e o Vice-Presidente do Conselho de Administração (artigo 16º, nº 2);
  - Exercer a tutela sobre o SUCH (artigo 4º);
  - Homologar as alterações aos Estatutos, aprovadas em Assembleia-Geral (artigo 15º, nº 2);
  - Homologar a dissolução do SUCH, aprovada em Assembleia-Geral (artigo 15º, nº 2);
  - Homologar a contracção de empréstimos que impliquem um nível de endividamento líquido igual ou superior a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto (artigo 15º, nº 3);





- BB)** O artigo 2º, nº2, dos Estatutos estabelece que, para além de ser um instrumento de auto-satisfação das necessidades dos seus associados, o SUCH 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. O nº 4 refere ainda que o SUCH pode alargar as suas actividades a instituições públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, desde que não resulte qualquer prejuízo para os associados e haja vantagem no plano económico e em matéria de enriquecimento e valorização tecnológica;
- CC)** Em 17 de Abril de 2009, foi junta ao processo uma lista de clientes do SUCH, na área de tratamento da roupa, que consta a fls. 45 e seguintes, entre os quais figuram não associados do SUCH, incluindo empresas privadas (nomeadamente, “Casa de Repouso do Relógio, Lda.”, “Casa de Saúde de São Mateus, S.A.”, “CDI-Clínica de Diagnóstico pela Imagem, S.A.”, “Hospor- Hospitais Portugueses, S.A.”, “Império Bonança - Companhia de Seguros, S.A.”, “SOERAD- Sociedade de Estudos Radiológicos, Lda.”, etc.);
- DD)** Em 2 de Junho de 2009, foram remetidas listagens de clientes e de facturação relativamente a outras áreas de negócio do SUCH (Energia, Manutenção, Projectos e Obras, Segurança e Controlo Técnico, Limpeza Hospitalar, Resíduos e Nutrição), juntas a fls. 79 e seguintes, registando-se como clientes entidades privadas, como, por exemplo, “*British Hospital Lisbon XXI, S.A.*”, “Clínica de Montes Claros, Lda.”, “Clínica Particular de Barcelos, Lda.”, “Controlvet Segurança Alimentar”, “DALKIA - Energia e Serviços, S.A.”, “Farma APS - Produtos Farmacêuticos, S.A.”, “Ferticentro- Centro de Estudos de Fertilidade, S.A.”, “IMAGRAN - Lab. de Imagiologia da Marinha Grande”, “Imalis - Meios Diagnósticos de Imagiologia de Leiria, Lda.”, “Intercir - Centro Cirúrgico de Coimbra, Lda.”, “SECIL - Companhia Geral de Cal e Cimento, S.A.”, “Sociedade da Água do Luso”, “SOMINCOR - Sociedade Mineira de Neves Corvo, S.A.”, “AICCOPN - Assoc. Indust. Const. Civil e Obras Públicas”, “Ensinave - Educação e Ensino Superior Alto Ave, Lda.”, “Abbott Laboratórios, Lda.”, “Codan





Portugal Instrumentos Médicos, S.A.”, “Serunion Restaurantes de Portugal, S.A.”, “HPP Saúde - Hospital Privado de Santa Maria de Faro”, “Hospital Particular de Viana do Castelo, Lda.”, “ACOS - Laboratório Veterinário de Beja”, “Ginásio Clube Português”, “Sociedade de Construções Soares da Costa, S.A.”, “Tecnovia Açores - Sociedade de Empreitadas, S.A.”, “SAMS”, “Clínica CUF Torres Vedras, S.A.”, “Dr. Joaquim Chaves Laboratório de Análises Clínicas, S.A.”, “Eurest Portugal - Soc. Europeia de Restaurantes, Lda.”, “Ambitral Transporte de Resíduos, Lda.”, entre muitos outros, em que se incluem farmácias, clínicas, laboratórios clínicos, laboratórios farmacêuticos, lares, etc.

**EE)** Dos dados relativos ao volume de negócios do SUCH em 2008, fornecidos em 2 de Junho de 2009, e juntos a fls. 78, conclui-se que foram facturados a entidades *não associadas* do SUCH 21.614.562,09 €, representando 24,6% da facturação;

**FF)** Dos mesmos dados, conclui-se que a facturação a entidades privadas, no referido ano, foi de 7.484.990,73 €, representando 8,52% do total;

**GG)** O artigo 2º, nº 3, dos Estatutos, estipula que as unidades de serviços partilhados, constituídas pelo SUCH, podem ser constituídas 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;

**HH)** O artigo 3º determina que, sempre que tal se mostre de interesse para a prossecução do seu objecto, o SUCH pode instituir ou participar na constituição de associações, sociedades ou pessoas colectivas de outra natureza, bem como adquirir ou alienar participações sociais;

**II)** No Relatório de Gestão e Contas de 2008 do SUCH, officiosamente junto ao processo, refere-se, na sua página 60:

*“Tendo presente a publicação do novo Código dos Contratos Públicos - CCP, através do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que veio unitariamente estabelecer a disciplina aplicável à formação dos contratos públicos, assumiu particular importância o*



*enquadramento geral das relações entre os SUCH e os seus Associados públicos face às normas aplicáveis, no ordenamento jurídico nacional e comunitário, em matéria de contratação pública.*

*Em sede de aprofundamento destas matérias jurídicas, e tendo por base uma interpretação teleológica conforme às normas comunitárias, considera-se possível reconduzir as relações estabelecidas entre o SUCH e os seus associados públicos à figura das relações in house, com a conseqüente exclusão dos acordos celebrados no âmbito dessa relação jurídica da esfera de aplicação das regras sobre contratação pública, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 5.º do CCP.*

*Embora, desde sempre se tenha entendido e, portanto, defendido, que o SUCH, como organismo de direito privado não está sujeito à disciplina da contratação pública, a verdade é que, também desde sempre, se tem propugnado pelo respeito rigoroso dos princípios da boa fé, transparência, publicidade, igualdade e concorrência na formação dos contratos a celebrar pelo SUCH...”.*

### **III - O DIREITO**

1. Vejamos, em primeiro lugar, a “**Questão Prévia**” suscitada na Pronúncia/Parecer junta pelo recorrente com as suas alegações de recurso, a que deu o título de “Da não participação do SUCH no processo de fiscalização prévia encetado”.

Diz-se, aí, além do mais, que no âmbito do processo de fiscalização prévia, que conduziu à aprovação do Acórdão recorrido, não foram solicitadas quaisquer informações ou esclarecimentos ao SUCH, na qualidade de entidade interessada no objecto do processo.

Diz-se, ainda, nesse documento, que não foi sequer conferida ao SUCH a possibilidade de se pronunciar sobre o teor das conclusões preliminarmente alcançadas no referido processo.

Ora, salvo o devido respeito, não tem razão de ser esta questão.

Na verdade, por um lado, o Tribunal de Contas fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das **despesas públicas**, aprecia a boa gestão



# Tribunal de Contas

---

financeira e efectiva responsabilidades por infracções financeiras, nos termos do artigo 1º, nº1, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto (LOPTC), e estão sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo do Tribunal, as entidades indicadas no artigo 2º, do mesmo diploma legal, designadamente no seu nº2, al. b), onde se incluem as *entidades públicas empresariais*.

Logo, no caso em apreço, é o Hospital recorrente que está sujeito à jurisdição e aos poderes de controlo do Tribunal de Contas e não o SUCH.

Por outro lado, nos termos do artigo 81º, nº1, da LOPTC, os processos a remeter ao Tribunal de Contas, para fiscalização prévia, devem ser instruídos pelos **serviços ou organismos**, em conformidade com as instruções publicadas na 2ª série do *Diário da República*.

Assim é que o processo foi instruído pelo Hospital de Faro, EPE, e a este foram solicitados os elementos e diligências instrutórias considerados necessários, de acordo, ainda, com o disposto no artigo 85º, nºs 1, 3 e 4, da citada LOPTC.

Foi, deste modo, que, no âmbito dessa instrução, o Hospital, ora recorrente, remeteu os elementos e esclarecimentos mencionados nas alíneas **K)** e **L)** do probatório.

Não cabia, pois, solicitar ao SUCH os elementos necessários à instrução do processo relativo à fiscalização prévia do Protocolo ora em causa.

Por estas razões, não tem fundamento a invocação de que o Acórdão recorrido “não foi precedido das diligências adequadas a assegurar a descoberta da verdade material”, pelo que se não atende a questão prévia suscitada.

2. Como se disse acima, o Acórdão recorrido recusou o visto ao Protocolo remetido a fiscalização prévia deste Tribunal, com fundamento no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, por ser um contrato de prestação de serviços, de valor superior ao referido na alínea b), do artigo 7º, da Directiva nº 2004/18/CE, ao qual é aplicável o regime da contratação pública previsto no Código dos Contratos Públicos (CCP), e não ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*.

De harmonia com a decisão recorrida, a ausência de concurso – que era obrigatório no caso em apreço – implica a falta de um elemento essencial da



# Tribunal de Contas

---

adjudicação, que acarreta a respectiva nulidade, a qual se transmite ao contrato, e constitui fundamento de recusa de visto.

Ora, segundo o recorrente, a decisão recorrida padece de diversos erros de julgamento, tendo em conta que se limitou a actuar em conformidade com a doutrina dos Pareceres n.ºs 1/95 e 145/2001, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, os quais se mantêm válidos e actuais, e que se verificam os pressupostos da aplicação da excepção prevista no artigo 5.º, n.º2, do CCP.

Vejamos, pois, se assiste razão ao recorrente.

3. Veremos, em primeiro lugar, a questão da actualidade (ou não) da doutrina do Parecer n.º 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.<sup>10</sup>

3. 1. Como este Tribunal tem tido a oportunidade de salientar, por diversas vezes, a natureza da contratação celebrada entre o SUCH e os seus associados, quando estes revestem a natureza de pessoas colectivas de direito público, sempre foi controvertida e foi objecto de tratamento por diversos pareceres jurídicos, entre os quais se distinguem dois do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República: O Parecer n.º 1/95, de 9 de Março de 1995,<sup>11</sup> e o Parecer n.º 145/2001, de 7 de Novembro de 2002.

Ambos estes pareceres foram produzidos durante a vigência das Directivas n.ºs 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE, do Conselho, de 14 de Junho.<sup>12</sup>

O Parecer n.º 1/95 reporta-se ao regime constante do DL n.º 211/79 de 12 de Julho<sup>13</sup> e o Parecer n.º 145/2001 tem em conta os DL n.ºs 59/99 de 2 de

---

<sup>10</sup> Publicado no *Diário da República*, II série, de 23 de Abril de 2003.

<sup>11</sup> Publicado no *Diário da República*, II série, 1 de Julho de 1995.

<sup>12</sup> As Directivas n.ºs 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE vieram a sofrer as alterações introduzidas pela Directiva n.ºs 2001/78/CE, da Comissão, de 13 de Setembro e pelo Acto de Adesão de 2003, sendo que as Directivas n.ºs 93/36/CEE e 93/37/CEE tinham sofrido, também, alterações introduzidas pela Directiva n.º97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro e que a Directiva n.º93/38/CE havia sido alterada pela Directiva n.º 98/4/CE, publicada no JOUE, n.ºL-101, de 01-04-98.

<sup>13</sup> Revogado pelo DL n.º 55/95 de 29 de Março.



Março e 197/99 de 8 de Junho, diplomas estes que transpuseram as Directivas nºs 93/37/CEE, supra mencionada, e 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro.

Importa recordar aqui as conclusões do Parecer nº 145/2001:

*“1.ª O serviço de utilização comum dos hospitais (SUCH), criado nos termos do Decreto-Lei nº 46 668, de 24 de Novembro de 1965, retomou, com a execução do procedimento previsto no Decreto-Lei nº 12/93, de 15 de Janeiro, a estrutura associativa e a designação de pessoa colectiva de utilidade pública administrativa (artigo 1º, nº 2, dos estatutos).*

*2.ª O SUCH, associação de entidades hospitalares públicas e privadas e de instituições particulares de solidariedade social que se dediquem à promoção e protecção da saúde, deve ser qualificado, pelas suas finalidades estatutárias e pelo regime de intervenção estadual a que está submetido, como pessoa colectiva de utilidade pública administrativa.*

*3.ª No regime estatutário do SUCH compreendem-se traços juspublicísticos, com incidência na designação de titulares dos seus órgãos directivos pelo Governo (artigos 13º, nº 2, e 16º, nº 2, dos estatutos) e a sujeição de alguns actos de gestão a tutela integrativa do Estado (artigo 15º, nº 1, alíneas e), f) e g), dos mesmos estatutos).*

*4.ª A finalidade principal do SUCH é a prestação de certos serviços aos seus associados, para um funcionamento mais ágil e eficiente destes e em regime materialmente de cooperação e entreaajuda, sem apelo a recursos exteriores.*

*5.ª No regime de concorrência e de mercado, o SUCH pode ainda desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus associados.*

*6.ª O regime previsto nos Decretos-Leis nºs 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, pressupõe a necessidade de recurso a contratantes externos, destinando-se a salvaguardar os princípios da concorrência e da imparcialidade em vista a garantir a igualdade de tratamento dos operadores que pretendam contratar com a Administração.*

*7.ª Consequentemente, a actuação do SUCH no exercício das atribuições referidas na conclusão 4ª mostra-se excluída dos pressupostos de aplicação do regime jurídico dos diplomas legais mencionados na conclusão anterior.*

*8.ª Fora das situações a que se referem as anteriores 4ª e 7ª conclusões, 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, nº 2, do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, e 3º, nº 1, do Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de*



# Tribunal de Contas

---

*Junho, compreendendo-se, nessa estrita medida, no âmbito da aplicação subjectiva destes diplomas legais.”*

Decorre, assim, do teor das conclusões formuladas neste Parecer, que o essencial da sua doutrina centra-se no facto de, nos contratos celebrados entre o SUCH e os seus associados públicos, não estar em causa a necessidade de recurso a contratantes externos.

Deve, por outro lado, dizer-se que as declarações de voto produzidas apontam para uma diversa qualificação da natureza jurídica do SUCH, mas vão no mesmo sentido do parecer: podendo qualificar-se o SUCH como uma entidade de direito público, daí decorre a possibilidade de contratação directa com outro organismo da mesma natureza.

Esta orientação, como se diz no acórdão recorrido, era compatível com alguma doutrina produzida no âmbito das Directivas comunitárias então em vigor.

Efectivamente, e como refere CLÁUDIA VIANA,<sup>14</sup> inicialmente, o artigo 1º, al. c) da Directiva nº 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho, conjugado com o artigo 6º da mesma Directiva, foi interpretado no sentido de que ficariam excluídos da regulação comunitária os contratos celebrados entre dois entes públicos.

Ora, deste modo, era ampla a possibilidade de se poder caracterizar certos tipos de contratos celebrados entre entes públicos como *auto satisfação* de *necessidades*.

A este propósito, cabe apontar o facto de, no parecer junto pelo recorrente, se dizer que o Parecer nº 145/2001 da PGR, supra referido, não terá deixado de atender à orientação veiculada pelo Acórdão “*Teckal*”, proferido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em 18 de Novembro de 1999, o qual “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 formal e dela autónoma no plano decisório, um contrato a

---

<sup>14</sup> In “*Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*”, Coimbra, 2007, pág. 474 e in “*Contratos Públicos ‘in house’ – em especial, as relações contratuais entre Municípios e Empresas Municipais e Intermunicipais*”, na Revista de Direito Regional e Local, nº 00, Outubro-Dezembro, 2007, pág. 34 e segs.





## Tribunal de Contas

---

título oneroso que tenha por objecto o fornecimento de produtos, quer esta entidade seja ela própria uma entidade adjudicante ou não”.<sup>15</sup>

Deve referir-se, porém, em primeiro lugar, que o mencionado Parecer nº 145/2001 não alude, em passo algum, à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, e, designadamente, ao citado acórdão “*Teckal*”.

Em segundo lugar, deve ainda dizer-se que este acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias veio estabelecer uma orientação jurisprudencial no sentido de reconhecer a existência de uma situação excluída do campo de aplicação das normas sobre contratação pública, a qual se centrava no âmbito das relações “*in house*”.

Esta tese propugna a ideia de que uma entidade adjudicante está dispensada de cumprir as regras da concorrência quando escolhe realizar, ela mesma, as operações económicas de que necessita, embora, no âmbito da sua autonomia organizativa, através de uma outra entidade que funciona como seu *prolongamento administrativo*.

Será, então, essa especial relação de prolongamento que, integrando, no plano substantivo, uma relação de dependência entre os entes em causa, elimina a autonomia de vontade de um deles e permite considerar que o contrato não é celebrado com um *terceiro*.

Só que, como veremos, o Tribunal de Justiça estabeleceu, para esta excepção às regras da contratação pública, contornos muito mais exigentes do que aqueles que eram defendidos no dito Parecer.

Aliás, a tendência da jurisprudência vai, objectivamente, no sentido de uma interpretação cada vez mais restritiva dos pressupostos de aplicação da doutrina das relações “*in house*”.<sup>16</sup>

Por outra banda, - como acentuou a decisão recorrida e foi reafirmado no Acórdão nº 6/2010, de 25 de Fevereiro de 2010, deste Tribunal - as Directivas de 2004, na esteira da jurisprudência do tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, vieram clarificar que a participação de organismos de direito

---

<sup>15</sup> O Acórdão “*Teckal*” marcou o início da construção jurisprudencial da teoria da *contratação in house*, como justificação para a não aplicação das regras da contratação pública. Esta teoria veio a ser desenvolvida, sobretudo, nos Acórdãos proferidos nos processos C-26/03 (*Stadt Halle*), em Janeiro de 2005; C-231/03 (*Coname*), de Julho de 2005; C-458/03 (*Parking Brixen*), de Outubro de 2005; C-29/04 (*Comissão V. Áustria*), de Novembro de 2005; C-340/04 (*Carbotermo and Consorcio Alisei*), de Maio de 2006; C-410/04 (*ANAVE*); C-295/05 (*Asemfo/Tragsa*), de Abril de 2007; C-337/05 (*Comissão v. Itália*) e C-324/07 (*Coditel*), de Novembro de 2008.

<sup>16</sup> Conf. Acórdão *Teckal* do Tribunal de Justiça, no processo nº C-107/98.



## Tribunal de Contas

---

público, como concorrentes em procedimentos pré-contratuais, não pode pôr em causa a livre concorrência <sup>17</sup> e, além disso, que a possibilidade de celebração de um contrato público entre entidades adjudicantes está apenas prevista para contratos públicos de serviços e unicamente em caso de existência de um direito exclusivo. <sup>18</sup>

Por outro lado, deve também referir-se que a tese defendida nos arestos supra referidos, do Tribunal de Justiça, embora não tendo sido explicitamente vertida no texto das Directivas de 2004, <sup>19</sup> foi, à semelhança do que sucedeu noutros Estados-Membros, expressamente incorporada no Código dos Contratos Públicos português e consta, hoje, do artigo 5º, nº2, deste diploma legal.

Ora, face à delimitação jurisprudencial desta doutrina e à sua transposição para a ordem jurídica portuguesa, deve entender-se que a mesma prevalece, hoje, sobre a tese defendida no citado Parecer nº 145/2001, o que acarreta a sua desactualização.

Tal desactualização era, aliás, circunstância reconhecida pela Senhora Secretária de Estado da Saúde, quando, em 2001, solicitou à Procuradoria-Geral da República a emissão de parecer sobre a matéria.

Na verdade, e como consta do intróito do Parecer nº 145/2001, a questão foi colocada desta forma:

*“Com fundamento no parecer nº 1/95 (Diário da República, 2ª série, de 12 de Julho de 1995) tem vindo a entender-se que o serviço de utilização comum dos hospitais (SUCH) se situa fora dos pressupostos de aplicabilidade do regime do Decreto-Lei nº 211/79 de 12 de Julho.*

*No entanto, a nova disciplina de realização das despesas públicas, os princípios que enformam a actividade da Administração Pública e a própria natureza do SUCH têm vindo a pôr em causa a actualidade do parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República; é o caso do parecer*

---

<sup>17</sup> Vide CLAUDIA VIANA, ob. cit. e os 4º e 8º considerandos da directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março: “Os Estados-Membros devem velar por que a participação de um proponente que seja um organismo de direito público num processo de adjudicação de contratos públicos não cause distorções de concorrência relativamente a proponentes privados.” (4º considerando) e “Antes da abertura de um procedimento de adjudicação de um contrato, as entidades adjudicantes podem, recorrendo a um ‘diálogo técnico’, solicitar ou aceitar pareceres que possam ser utilizados para a celebração do caderno de encargos, na condição de que esses pareceres não tenham por efeito impedir a concorrência.” (8º considerando).

<sup>18</sup> Conf. artigos 18º da Directiva nº 2004/18/CE e 25º da Directiva nº 2004/17/CE.

<sup>19</sup> Por falta de acordo quanto à redacção da norma.





# Tribunal de Contas

---

*anexo solicitado a uma entidade estranha ao Ministério da Saúde, e que conclui pela necessidade de sujeitar o SUCH ao regime legal da realização da despesa pública.*

*Em face do exposto, e atento o teor do artigo 37º, nº1, alínea a) da Lei nº 60/98 de 27 de Agosto, venho solicitar a V. Ex.ª o parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República sobre a questão de saber se o SUCH se pode considerar isento da legislação em vigor para a realização de despesa de aquisição de bens e serviços ou realização de obras públicas ou, por outras palavras, se se mantém a doutrina do parecer da Procuradoria-Geral da República nº 1/95, já referido.”.*

Efectivamente, e como se assinalou no Acórdão recorrido, verificou-se, com o decorrer do tempo e com a evolução de diversos regimes jurídicos, uma expressiva alteração das circunstâncias.

É que:

- Foi produzida jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre esta matéria, explicitando e densificando as excepções à aplicação do regime comunitário sobre a contratação pública, afirmando o seu carácter restritivo;
- Foram publicadas as Directivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas de 31 de Março de 2004, que vieram limitar a possibilidade de celebração de contratos entre entidades adjudicantes;
- Foi publicado, entre nós, o novo Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, que, em nome do princípio da concorrência, alarga o âmbito dos contratos cuja formação fica submetida aos procedimentos aí regulados;
- Houve uma assinalável evolução do regime jurídico dos hospitais públicos, que teve como consequência o facto de alguns deles não fazerem parte, já, do Sector Público Administrativo, e terem um regime empresarial;
- Os estatutos do SUCH sofreram relevantes alterações em 2003 e em 2006,<sup>20</sup> as quais vieram reforçar a sua vertente associativa e

---

<sup>20</sup> Os estatutos do SUCH, na sua versão actual, foram publicados no *Diário da República*, II série, de 29 de Dezembro de 2006.



## Tribunal de Contas

---

privada, com diluição dos poderes tutelares e de controlo do Estado Português, como, aliás, resulta da matéria de facto dada por assente no probatório.

No que concerne, designadamente, à evolução estatutária do SUCH, e tendo em conta os Estatutos de 1996, - com base nos quais foi produzido o Parecer da PGR supra mencionado – e os Estatutos de 2006, actualmente em vigor, destacam-se as seguintes alterações:

- a) O presidente da mesa da assembleia-geral passou a ser eleito pelos membros desta quando, anteriormente, era nomeado pelo Ministro da Saúde;
- b) O conselho fiscal passou a ser integralmente eleito em assembleia-geral, deixando de dele fazer parte um representante do Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde, tutelado pelo Ministro da Saúde;
- c) Deixou de ser direito dos associados recorrer para o Ministro da Saúde, de actos do conselho de administração ou da assembleia-geral, prevendo-se agora, apenas, o recurso para a assembleia-geral, de actos daquele conselho;
- d) O Ministro da Saúde perdeu o poder de homologação das decisões da assembleia-geral relativas à contracção de empréstimos, excepto quando estes impliquem um nível de endividamento líquido igual ou superior a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto;
- e) O SUCH passou a ter como objecto a iniciativa de constituir unidades de serviços partilhados, sob a forma de unidades orgânicas suas, ou sob a forma de pessoas colectivas integradas por si e por associados seus e/ou por terceiras pessoas.

Ora, tendo em conta as transformações verificadas, e como se refere na decisão recorrida, não pode, na verdade, ter-se hoje como actual e válida a doutrina do já citado Parecer nº 145/2001 da PGR, uma vez que o actual SUCH constitui uma entidade com características diversas daquela que existia à data em que foi emitido o dito Parecer.

Efectivamente, não só se assistiu a uma redução dos poderes tutelares e de controlo do Estado, como se reforçou a sua natureza privada e associativa, com uma alteração relevante num aspecto particular, – mas da maior



## Tribunal de Contas

---

importância - em matéria de contratação: face à disposição estatutária relativa aos serviços partilhados, <sup>21</sup> quando um associado do SUCH procede a uma adjudicação a este, em matéria de serviços partilhados, tal adjudicação pode ser directamente assumida pelo próprio SUCH ou ser transmitida a uma entidade terceira, a qual pode assumir qualquer natureza jurídica (pública ou privada, associada ou não associada, ou mista, com membros privados e públicos, associados e não associados).

3. 2. Diz-se, porém, no parecer que foi junto pelo recorrente, que o Acórdão nº 160/05, de 4 de Outubro de 2005, deste Tribunal, a Decisão de concessão de visto proferida no processo de fiscalização prévia nº 143/06 e, ainda, a Decisão de concessão do visto, proferida no processo de fiscalização prévia nº 552/09, se pronunciaram pela actualidade e validade dos supra citados Pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da PGR.

Ora, importa esclarecer este ponto:

O Acórdão nº160/05, de 4 de Outubro de 2005, proferido no processo nº 1688/05, - relativo a um protocolo celebrado entre o Hospital Distrital de Faro e o SUCH - além de ser anterior ao actual CCP, recusou o visto a tal protocolo, em virtude de não ter sido cumprido o disposto no artigo 22º, nº1, do DL nº 197/99 de 8 de Junho, bem como no artigo 42º, nº2, da Lei nº 91/2001 de 20 de Agosto, <sup>22</sup> ou seja em virtude de não ter sido produzida portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Saúde autorizadora da abertura de procedimento relativo a despesas originadoras de encargos plurianuais, o que consubstanciava violação directa de norma financeira e era fundamento de recusa de visto (artigo 44º, nº3, al. b) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto).

Em parte alguma, se pronunciou este aresto sobre a questão da actualidade, ou não, dos Pareceres do Conselho Consultivo da PGR atrás referenciados.

Por seu lado, a Decisão em sessão diária de visto nº 169/06, de 9 de Março de 2006, proferida no Processo nº143/06, também é anterior ao actual CCP e também não tratou a questão da validade e actualidade dos mencionados Pareceres da PGR.

---

<sup>21</sup> Vide a matéria de facto dada por assente na alínea **GG**) do probatório.

<sup>22</sup> Lei de Enquadramento Orçamental.



A Decisão em sessão diária de visto nº 652/09, de 18 de Junho de 2009, foi, por seu turno, proferida no Processo nº 552/09, - que dizia respeito a um adicional a um contrato celebrado entre a “ULSNA – Unidade Local de Saúde do Norte Alentejano, EPE” e o SUCH, e no qual estava em causa, apenas, a actualização do preço da prestação de serviços de limpeza, que havia sido contratualizada em Novembro de 2007 – e nela não foi, também, abordada a questão da validade, ou actualidade, dos ditos Pareceres.

Verifica-se, assim, que, no âmbito do quadro legal disciplinador do protocolo a que se reportam os autos, não tomou este Tribunal qualquer decisão que, ponderando expressamente a questão, tivesse dado por adquirida a actualidade e a validade dos Pareceres nºs 1/95 e 145/2001 da do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Aliás, e bem ao invés, tem este Tribunal vindo a decidir uniformemente que, no actual quadro legal, a doutrina de tais Pareceres se mostra desactualizada em face das alterações de circunstâncias e de regimes jurídicos atrás apontados.

São, disso, exemplo, além do Acórdão aqui recorrido, os Acórdãos da 1ª Secção, em subsecção, nºs 159/09, de 29 de Outubro de 2009, proferido no Processo nº 1045/2009,<sup>23</sup> 167/09 de 20 de Novembro de 2009, proferido no Processo nº 1861/09,<sup>24</sup> 4/2010, de 23 de Fevereiro de 2010, proferido no Processo nº 1807/2009<sup>25</sup> e 6/2010, de 25 de Fevereiro de 2010, proferido no Processo nº 1825/2009.<sup>26</sup>

#### 4. Abordaremos, de seguida, aspectos relacionados com a **natureza do Protocolo** submetido à fiscalização prévia deste Tribunal.

---

<sup>23</sup> O Processo dizia respeito à fiscalização prévia de um protocolo celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, IP (ARSN, IP) e o SUCH, denominado de “Protocolo de Adesão ao Serviço Partilhado de Recursos Humanos”, que tinha por objecto a prestação de serviços de processamento das remunerações dos colaboradores da ARSN, IP.

<sup>24</sup> Este processo dizia respeito à fiscalização prévia de um protocolo celebrado entre o Hospital do Litoral Alentejano e o SUCH, tendo por objecto a 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.

<sup>25</sup> Este processo dizia respeito à fiscalização prévia de um protocolo celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Centro, IP e o SUCH, tendo por objecto a adesão ao Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças do SUCH.

<sup>26</sup> Processo respeitante à fiscalização prévia de um protocolo celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Norte, IP e o SUCH, tendo por objecto a adesão ao Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças do



4. 1. Refere o Acórdão recorrido que o Protocolo em questão, consubstanciando um acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas distintas e tendo um conteúdo sinalagmático e obrigacional, tipifica um verdadeiro contrato oneroso de aquisição de serviços, e não uma qualquer forma de cooperação ou assistência mútua, estatutariamente determinada para a realização de uma missão de serviço público.

E, fazendo apelo ao entendimento de um dos subscritores da Pronúncia/parecer junta pelo recorrente, <sup>27</sup> refere a decisão recorrida que, estando nós perante um verdadeiro contrato, há que sublinhar que, ao contrário do que sucedia antes do Código dos Contratos Públicos (CCP), o princípio geral, aqui consagrado, é o de que o regime de contratação pública, previsto neste compêndio normativo, é, tendencialmente, aplicável a todo e qualquer *contrato público*, entendendo-se por tal, todo aquele que, independentemente da sua designação e natureza, seja celebrado pelas entidades adjudicantes referidas no Código.

O Hospital de Faro, EPE é uma entidade adjudicante, nos termos do disposto no artigo 2º, nº2, al. a) do Código dos Contratos Públicos.

Tal como é jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, <sup>28</sup> o regime da contratação pública aplica-se, em princípio, nos casos em que uma entidade adjudicante celebra, por escrito, com uma entidade dela distinta, no plano forma, e dela autónoma, no plano material, um contrato oneroso que tenha um objecto abrangido pela disciplina das Directivas comunitárias, sendo ou não, esta última entidade, uma entidade adjudicante.

Ora, incontroverso é, hoje, no âmbito do direito europeu dos contratos públicos, que a celebração destes contratos, com expressão económica importante, deve estar sujeita às normas de contratação pública, ainda que seja efectuada entre entidades públicas.

Assim, é hoje bem claro, <sup>29</sup> no plano do direito europeu dos contratos públicos, que a celebração de contratos públicos economicamente relevantes

---

<sup>27</sup> RUI MEDEIROS, in “*Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência*”, nos Cadernos de Justiça Administrativa, nº 69, Maio-Junho, de 2008.

<sup>28</sup> Vide, v. g. o *Acórdão Teckal* proferido no processo nº C – 107/98.

<sup>29</sup> O que não era tão marcado na altura em que foi produzido o parecer da Procuradoria-Geral da República acima referido.



deve estar sujeita às normas de contratação pública, mesmo quando seja feita entre entidades públicas.

Por outro lado, uma vez que a contratação inter-administrativa não é, normalmente, considerada como uma forma de *auto-satisfação de necessidades*, - salvo casos muito restritos – não há justificação para não se aplicarem os mesmos critérios de rigor quando se esteja perante contratação entre entidades públicas e entidades privadas.

Refira-se, aliás, a este propósito, que o SUCH é, de acordo com a doutrina do Parecer nº 145/2001, do Conselho Consultivo da PGR, supra referido, uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa e que estas entidades são caracterizadas pela doutrina dominante como pessoas colectivas de direito privado.<sup>30</sup>

Nestas circunstâncias, estamos aqui perante um contrato regido pelo CCP e pela legislação comunitária da contratação pública, tal como decidiu o acórdão recorrido.

4. 2. O recorrente não põe em causa que, no caso presente, se está perante um verdadeiro contrato oneroso de aquisição de serviços.

---

<sup>30</sup> Veja-se a declaração de voto do Cons.º Carlos Cadilha, no Parecer da PGR nº 145/2001, onde se dá conta de que era este, já, o entendimento de MARCELO CAETANO, in “*Manual de Direito Administrativo*”, 10ª edição, vol. I, 1973, pág. 399, que, integrando-as nas “*pessoas colectivas de direito privado e regime administrativo*”, defendia que aquelas entidades se apresentavam sob a forma de “associações que não tenham por fim o lucro económico dos associados e fundações de interesse social (e nesse fim não económico ou interesse social está a essência da utilidade pública) cujos fins coincidem com atribuições da Administração Pública (utilidade pública administrativa). Nesta coincidência ou concorrência se acha o fundamento da qualificação da utilidade pública como administrativa, podendo, portanto, haver numerosas pessoas colectivas de utilidade pública meramente civil, isto é, não administrativa”.

FREITAS DO AMARAL, mais recentemente, (vide “*Curso de Direito Administrativo*”, 2ª edição, Coimbra, 1996, vol. I, pág. 577) afirma que “pessoas colectivas de utilidade pública são entidades privadas; 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.

No actual contexto jurídico-constitucional, VITAL MOREIRA (in “*Administração Autónoma e Associações Públicas*”, Coimbra, 1997, pág. 300) entende também que as pessoas colectivas em causa são de considerar como *pessoas colectivas de natureza privada*.

Já MARCELO REBELO DE SOUSA, (in “*Lições de Direito Administrativo*”, Lisboa, 1994-95, vol. I, pág. 415 e seg.) defende – como admitia MARCELO CAETANO – que as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, apesar de serem tidas como pessoas colectivas privadas, fazem ainda parte integrante da Administração.



Entende, todavia, que a circunstância de o Protocolo aqui em causa integrar prestações típicas de “um contrato oneroso de aquisição de serviços”, não impede que o mesmo contrato possa considerar-se inserido no quadro de uma relação interna, ou no “plano da auto-satisfação das necessidades da Administração”.

Além disso, - diz o recorrente - o que é decisivo para efeitos de reconhecimento da existência de uma relação *in house*, não é a natureza do contrato, ou a concreta tipologia das prestações que integram o seu objecto, mas antes a especificidade da relação inerente ao mesmo contrato.

Importa, pois, analisar outra questão colocada neste recurso, qual seja a da eventual sujeição do presente Protocolo ao regime da contratação “in house”, até pela circunstância de o recorrente entender que se verificam os pressupostos de que depende a aplicação da excepção prevista no artigo 5º, nº2, do CCP.

É o que faremos de seguida.

5. O artigo 5º do CCP, que tem por epígrafe “*Contratação excluída*”, estabelece a inaplicabilidade da Parte II do Código, <sup>31</sup> à formação de certos contratos.

Interessa observar, aqui, o que dispõem os nºs 2 e 6, do citado artigo 5º do CCP:

Artigo 5º  
Contratação excluída

- 1 - .....
- 2 - 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,

---

<sup>31</sup> A Parte relativa à contratação pública.





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.

3 - .....

4 - .....

5 - .....

6 - À formação dos contratos referidos nos nºs 1 a 4 são aplicáveis:

- a) Os princípios gerais da actividade administrativa e as normas que concretizem preceitos constitucionais constantes do Código do Procedimento Administrativo; ou
- b) Quando estejam em causa contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações.
- .....

Como se colhe do nº2, do artigo 5º, do CCP, e, citando JORGE ANDRADE DA SILVA,<sup>32</sup> estão excluídos do regime de formação dos contratos públicos, - e dos princípios que os regem - os chamados *contratos in house*,<sup>33</sup> meramente *internos*, por serem celebrados entre uma entidade pública e outra entidade que é um seu *prolongamento* e cuja actividade, por isso mesmo, a primeira controla, existindo, entre aquela e esta, uma relação de dependência jurídica por forma a que se não possa falar, relativamente à entidade dependente, da existência de vontade própria.

Neste tipo de contratos estão incluídos os celebrados entre o Estado e as entidades que integram a chamada Administração Indirecta.<sup>34</sup>

Ora, ao falar-se de contratação excluída dos princípios da contratação pública, importa aludir a que princípios nos reportamos.

---

<sup>32</sup> “Código dos Contratos Públicos”, Anotado e Comentado, 2008, pág. 75.

<sup>33</sup> Que se distinguem dos acordos *in house providing*, porque estes são celebrados entre uma entidade pública e um seu serviço desprovido de personalidade jurídica. Veja-se, sobre este assunto ALEXANDRA LEITÃO, “Contratos de prestação de bens e serviços entre o Estado e empresas públicas e relação *in house*”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 65, págs. 12 e segs..

<sup>34</sup> Vide ALEXANDRA LEITÃO, ob. e loc. cits..





## Tribunal de Contas

---

Assim, no domínio da contratação pública, e como refere RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA,<sup>35</sup> encontramos *princípios gerais de direito comunitário* (v. g. os da igualdade, da imparcialidade e da concorrência), *princípios específicos da realidade comunitária* (v. g. o da proibição da discriminação em razão da nacionalidade e o do reconhecimento mútuo) e, ainda, *princípios específicos da realidade da contratação pública* (v. g. o da intangibilidade das propostas).

5. 1. Para situarmos os tipos de contratos excluídos do regime de formação e dos princípios que regem a contratação pública, e, designadamente, precisarmos o conceito de “contratos *in house*”, há que fazer uma breve excursão histórica.

Desde os anos 90 que têm sido presentes ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) processos (recursos) onde se equaciona se os Estados Membros estarão ou não sujeitos às exigências pré-contratuais das normas comunitárias e nacionais, *quando uma entidade pública adquire bens, ou serviços, a outro ente público sob o seu controlo.*

O conceito da *contratação in house* tem origem no direito comunitário, sendo uma construção da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em articulação com o estipulado nas Directivas 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992 e 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993.

Como refere CLÁUDIA VIANA,<sup>36</sup> até à publicação das Directivas de 2004, a celebração de contratos, entre entidades adjudicantes e entes públicos, apenas era objecto de regulação na Directiva 92/50/CEE, do Conselho, de 18 de Junho, que prescrevia, no seu artigo 1º, al. c), que “*os prestadores de serviços são qualquer pessoa singular ou colectiva, incluindo organismos de direito público, que ofereçam serviços*”.

No mesmo sentido, o nº6, do artigo 1º, da Directiva 93/36/CEE, do Conselho, de 14 de Junho, admitia que o prestador de serviços podia ser uma entidade adjudicante.

---

<sup>35</sup> In “Estudos de Contratação Pública – I”, Ed. Coimbra Editora, Coimbra, pág. 54 e seg.

<sup>36</sup> In “*Contratos públicos ‘in house’ - em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais*”, na Revista “*Direito Regional e Local*”, nº0, pág. 34.



No *Acórdão Teckal*, supra referido, de 18 de Novembro de 1999 <sup>37</sup> - pioneiro nesta matéria - o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sintetizou as condições que teriam que se verificar para que um contrato deste tipo se pudesse considerar excepcionado da regra do concurso público.

Assim, considerou-se, neste Acórdão, que se verificaria uma relação “*in house*” na hipótese de, simultaneamente, a entidade adjudicante exercer, sobre o adjudicatário, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, e de essa entidade realizar o essencial da sua actividade com a(s) entidade(s) adjudicante(s) que a controla(m).

Nestes casos, a dependência do co-contratante em relação à(s) entidade(s) adjudicante(s) caracteriza-se por ser, simultaneamente, *estrutural*, através do controlo, e *funcional*, através da inexistência de uma liberdade de actuação. <sup>38</sup>

Tratando-se de um *contrato “in house”*, não haveria lugar à aplicação das regras gerais da contratação pública, pois, na realidade, tudo se processava no âmbito de uma “relação interna” de fornecimento e satisfação de necessidades da(s) própria(s) entidade(s) adjudicante(s), em que o co-contratante era uma *longa manus* desta(s) mesma(s) entidade(s), não obstante se estar perante pessoas juridicamente distintas.

5. 2. A qualificação de uma relação contratual como “*in house*”, depende, pois, da verificação *cumulativa* de dois requisitos: <sup>39</sup>

- 1) O *controlo análogo*, ou seja, o controlo (dependência estrutural e controlo efectivo) exercido pela(s) entidade(s) adjudicante(s), sobre a entidade com a qual pretende(m) celebrar o contrato, deve ser *análogo* àquele que a(s) entidade(s) adjudicante(s) exerce(m) sobre os seus próprios serviços;

---

<sup>37</sup> De uma forma breve, e citando CLÁUDIA VIANA, *ob. e loc. cit.*, diga-se que no processo *Teckal*, o *Tribunale amministrativo regionale per l’Emilia Romagna* solicitou ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a possibilidade de um contrato de fornecimento ser atribuído directamente pelo Conselho Municipal de Vianno a um agrupamento de municípios de Régio Emília, constituído para assegurar a gestão de serviços de energia e do ambiente, dotado de personalidade jurídica e com autonomia de gestão.

<sup>38</sup> Assim, P. FLAMME, M.-FLAMME, C. DARDENNE, “*Les marchés publics européens et belges – l’irrésistible européanisation du droit de la commande publique* », pág. 29 e segs.

<sup>39</sup> Vide, também, PIERRE DELVOLVÉ, « *Marchés publics: les critères des ‘contrats maisons’* », in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 1, 2002, pág. 53 e segs.



- 2) O essencial da actividade exercida pela adjudicatária é em proveito da(s) entidade(s) adjudicante(s): a entidade com a qual é celebrado o contrato, deve realizar a parte substancial da sua actividade, em benefício da(s) entidade(s) adjudicante(s).

Estes dois requisitos, identificados pelo TJCE, e, designadamente, o segundo requisito, não são, no entanto, de fácil interpretação e verificação.

São conceitos vagos e indeterminados, cujo sentido e alcance se revela, por vezes, difícil.

Efectivamente, e v. g., como apurar, no concreto, a existência de um **controlo análogo** ao que a entidade adjudicante exerce sobre os seus próprios serviços?

E, como qualificar, quantitativa e/ou qualitativamente, a circunstância de o **essencial da actividade** da entidade adjudicatária, ser realizado **em proveito** da entidade adjudicante?

5. 3. A jurisprudência do TJCE fornece-nos uma ajuda nesta tarefa de interpretação:

Na verdade, dos *Acórdãos Stadt Halle*, de 11 de Janeiro de 2005, e *Parking Brixen*, de 13 de Outubro de 2005, retira-se, desde logo, uma primeira e importante ideia, para balizar a nossa tarefa interpretativa:

Tratando-se a *contratação in house*, de uma excepção às regras gerais do direito comunitário, as duas condições acima enunciadas devem ser objecto de uma **interpretação restritiva**, recaindo sobre aquele que as invoca, o ónus da prova de que existem, efectivamente, circunstâncias excepcionais que justificam a derrogação das ditas regras gerais (vide o ponto 46 do *Acórdão Stadt Halle e RPL Lochau – Processo nº C-26/03* - e o ponto 63 do *Acórdão Parking Brixen – Processo nº C-458/03*).<sup>40</sup>

5. 4. Vejamos, então, em que consistem os dois requisitos atrás referidos, começando por analisar o do “*controlo análogo*”:

---

<sup>40</sup> Como acentua BERNARDO AZEVEDO, in “Estudos de Contratação Pública – I”, Ed. Coimbra Editora, 2008, págs. 125 e 126, a interpretação restritiva dos dois requisitos, é reclamada consistentemente pelos *Acórdãos Stadt Halle e RPL Lochau e Parking Brixen*, em razão do seu carácter excepcional e derogatório dos princípios gerais do Tratado, em matéria de concorrência, (com especial saliência para as regras que valem em sede de contratação pública) e seguida, igualmente, pela doutrina, cfr. SUE ARROWSMITH (n.2), PÁG. 375; BIAGIO GILBERTI (n.2), pág. 50, e, ainda, PEDRO GONÇALVES (n.14), pág. 180.



O que entender, então, por **controlo análogo**?

Na expressão de R. PERIN / D. CASALINI <sup>41</sup> para que se possa concluir por uma relação de controlo análogo entre a Administração adjudicante e uma qualquer entidade dela distinta, sob o plano formal, é mister que, à primeira, caiba um “penetrante poder de *indirizzo*” ou, segundo RICCARDO URSI, <sup>42</sup> um “adstringente poder de direcção” sobre a actividade da entidade sujeita ao seu poder de controlo (organização *in house*), um poder que lhe permita exercer uma *influência determinante* (e não apenas dominante), sobre os objectivos estratégicos e as decisões vitais, a tomar pela organização *in house*. <sup>43</sup>

Prosseguindo na caracterização deste requisito, e para análise da situação vertente, importa, antes de mais, distinguir, aqui, três situações:

- a) A co-contratante adjudicatária pode ser uma sociedade de capitais públicos unipessoal (o capital é detido a 100% por uma única entidade pública).
- b) A co-contratante adjudicatária pode ser uma sociedade de capitais públicos pluriparticipados (o capital é detido por uma pluralidade de entidades públicas).
- c) A co-contratante pode ser uma sociedade de economia mista (sociedade em que os entes privados detém parte do capital social) ou de capitais públicos, com previsão, nos seus estatutos, da possibilidade de abertura a capitais privados.

No que respeita a esta última situação, o TJCE conclui pela inadmissibilidade da excepção *in house*, sempre que a adjudicatária seja participada por capitais privados, ou naquelas situações em que, em termos estatutários, existe a possibilidade de participação do capital privado - neste sentido vide o Acórdão *Stadt Halle*, de 11 de Janeiro de 2005; o Acórdão “*Coname*”, de 12 de Abril de 2005; o Acórdão “*Brixen*”, de 13 de Outubro de

---

<sup>41</sup> Citados por BERNARDO AZEVEDO, ob. cit. pág. 126.

<sup>42</sup> Vide Autor e loc. citados na nota anterior.

<sup>43</sup> É importante assinalar que esta *influência determinante* não se assemelha à *influência dominante* que é pressuposto da qualificação de uma determinada entidade, pública ou privada, como *organismo de direito público* – artigo 2º, nºs 2 e 3, do Código dos Contratos Públicos – que se basta com: (i) financiamento maioritário; (ii) controlo de gestão; (iii) designação, directa ou indirecta da maioria dos titulares de um dos seus órgãos de administração, gestão ou fiscalização, por parte de uma das entidades adjudicantes no sector público administrativo tradicional (ut Autor e loc. cits. na nota anterior).



## Tribunal de Contas

---

2005; o Acórdão “ANAV”, de 6 de Abril de 2006 e o Acórdão “*Agusta e Agusta Bell*”, de 8 de Abril de 2008.

Já no que respeita às duas primeiras situações – sociedades de capitais públicos unipessoais ou pluriparticipados – a jurisprudência é menos abundante:

Aqui, apenas podemos recensear dois Acórdãos do TJCE: o Acórdão “*Carbotermo*”, de 11 de Maio de 2006 e o Acórdão “*Tragsa*”, de 19 de Abril de 2007.

Ora, como se refere no ponto 37, do Acórdão *Carbotermo*, “*a circunstância de a entidade adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outros poderes públicos, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária, tende a indicar, sem ser decisiva, que esta entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*”.

Por seu turno, e como se colhe do ponto 57, do Acórdão *Tragsa*, “*no que respeita à primeira condição, relativa ao controlo da autoridade pública, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a circunstância de a entidade adjudicante deter, isoladamente ou em conjunto com outras autoridades públicas, a totalidade do capital de uma sociedade adjudicatária constitui, em princípio, um indício de que essa entidade adjudicante exerce sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*”.

No caso de a titularidade de todo o capital social de uma sociedade adjudicatária, pertencer a *uma única entidade pública*, poder-se-á dizer, com J. KOKKOT,<sup>44</sup> que se presume estar, forçosamente, preenchido o requisito de controlo análogo, pois, nessa hipótese, são substancialmente coincidentes os interesses da entidade adjudicante com os da sociedade controlada.

Com efeito, mesmo perante a ausência de um poder de direcção em sentido técnico, certo é que cabe à administração da entidade adjudicante o poder de nomear os titulares dos órgãos executivos da sociedade adjudicatária.

Ora, estes últimos, até pela estreita ligação pessoal que os une à entidade pública matriz, dificilmente se afastarão das directivas que lhes são impostas, tendo em mente a realização dos objectivos estabelecidos no interesse geral.

---

<sup>44</sup> Advogado Geral, no processo em que foi proferido o Acórdão *Parking Brixen*.



## Tribunal de Contas

---

Encontramos, assim, plasmada nestes dois acórdãos, uma ideia de **presunção de controlo análogo**, quando o capital social da co-contratante é detido na sua totalidade por entidades públicas.

5. 5. No caso *sub judice*, a entidade adjudicante é o Hospital de Faro, EPE, ora recorrente, que é um dos associados do SUCH.

Como se deixou assente nas alíneas **O) e P)** do probatório, são associados do SUCH, para além de entidades públicas – serviços da administração directa do Estado, institutos públicos, entidades públicas empresariais – também entidades privadas, como é o caso de instituições particulares de solidariedade social e sociedades anónimas.

São estes associados – os públicos e os privados – que têm assento na assembleia-geral, elegem a sua mesa, elegem a maioria dos membros do conselho de administração,<sup>45</sup> elegem a totalidade dos membros do conselho fiscal, aprovam os planos estratégicos e de actividades do SUCH, aprovam o relatório e contas anuais, apreciam a gestão do SUCH, decidem os recursos interpostos pelos associados de decisões irregulares do conselho de administração, deliberam sobre a aquisição, alienação e oneração de bens imóveis e sobre a contracção de empréstimos.<sup>46</sup>

Ora, como se disse, é jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,<sup>47</sup> a de que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital social de uma sociedade, no qual participa também a entidade adjudicante em causa, *exclui* de qualquer forma, que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços.<sup>48</sup>

Como se refere no Acórdão *Coname*, uma sociedade aberta, pelo menos em parte, ao capital privado, não pode ser considerada uma estrutura de gestão *interna* de um serviço público.

E isto porque “*a relação entre uma autoridade pública, que seja uma entidade adjudicante, e os seus próprios serviços se rege por considerações e*

---

<sup>45</sup> Os membros designados pelo Ministro da Saúde – dois em cinco – não têm qualquer direito de veto.

<sup>46</sup> Com excepção daqueles que impliquem um nível de endividamento líquido igual ou superior a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto.

<sup>47</sup> Vide, designadamente, os acórdãos proferidos nos processos C-26/03 (*Stadt Halle*), C-231/03 (*Coname*), C-29/04 (*Comissão v. Áustria*) e C-410/04 (*ANAVE*).

<sup>48</sup> Vide RUI MEDEIROS, in ob. e loc. citis.





## Tribunal de Contas

---

*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.*

É certo que, no presente caso, não estamos perante uma sociedade comercial, mas sim perante uma associação em que os associados contribuem com uma quota e, eventualmente, com contribuições, dotações e subsídios.<sup>49</sup>

Todavia, esta situação não é relevante.

A intervenção de entidades não públicas como associadas não permite considerar-se que, na relação entre o “Hospital de Faro, EPE” e o SUCH, aquele actue, relativamente a este, de forma análoga à que age para com os seus próprios serviços.

Aliás, deve acentuar-se que não se exige que o controlo seja “igual”, mas sim “análogo”, ou seja, sem interferência de interesses concorrentes com os da Administração.

Ora, é evidente que na condução da gestão do SUCH – face aos poderes que resultam dos estatutos – não podem os associados públicos e os órgãos do SUCH ignorar a participação das instituições particulares de solidariedade social e das sociedades anónimas.

Como refere o Acórdão recorrido, mesmo que se considerasse que a participação privada no SUCH é, actualmente, diminuta, ou que os associados privados intervêm, não da qualidade de prestadores de serviços, mas sim de na qualidade de beneficiários, ainda assim há que ponderar a questão dos Agrupamentos Complementares de Empresas (ACE) criados pelo SUCH, bem como de outras entidades com a participação de privados, que venham a ser criadas para prestar serviços aos seus associados.

É que, no caso dos ACE – ou de outras entidades através das quais são prestados serviços - que integram ou podem integrar parceiros privados,<sup>50</sup> a escolha de um procedimento de adjudicação directa ao SUCH (ou aos próprios ACE ou a essas outras entidades) permite que as empresas privadas participantes, beneficiem de condições mais vantajosas relativamente a outros concorrentes.

---

<sup>49</sup> Conf. artigo 24º dos Estatutos do SUCH.

<sup>50</sup> Como é o caso, v. g., do “Somos Contas, ACE”, que tem como agrupada a sociedade “Accenture, SA”.



Nos termos do artigo 2º, nº3, dos Estatutos do SUCH, pode dizer-se até que a entidade SUCH não é apenas SUCH, mas sim um complexo de entidades que, à sombra daquela disposição estatutária, podem ser criadas sob qualquer forma e para as quais são transmitidas decisões de adjudicação, inicialmente efectuadas em favor do SUCH, sem quaisquer procedimentos que assegurem o princípio da concorrência.

Assim é que, através de disposições estatutárias, contratuais, ou protocolares, encontrada estaria a forma de a aquisição pública de bens ou serviços poder superar o espectro legalmente admissível de soluções não concorrenciais.

Ora, manifesto é que, entre as entidades públicas adjudicantes e associadas do SUCH, e essas entidades terceiras, a quem a decisão de adjudicação é transmitida, não existe um *controlo análogo* ao que aquelas têm sobre os seus próprios serviços.

5. 6. Defende-se na “Pronúncia”/Parecer, junta pelo recorrente com as alegações, que “a alegada presença de uma entidade privada no leque de associados do SUCH jamais seria, só por si, passível de romper e/ou atenuar o nexo de vinculação do SUCH à prossecução das respectivas atribuições. Este risco encontrar-se-ia, de facto, afastado pela própria natureza do SUCH (pessoa colectiva de natureza associativa sem fins lucrativos) e ... 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...”.

Mais se diz na citada “Pronúncia”/Parecer que “... A situação vertente apresenta contornos particulares em razão da especial configuração do SUCH, enquanto pessoa colectiva de natureza associativa... Por este motivo, neste domínio, não se verificam os motivos da “desconfiança particular” demonstrada pela jurisprudência comunitária “em relação ao modelo empresarial em formato societário”.

Semelhante entendimento, - diz-se, também, no documento que vimos citando – “foi recentemente advogado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, nos Acórdãos “*Coditel*” e “*Comissão vs Alemanha*”, proferidos, respectivamente, nos Processos nºs C-324/07 e 480/06...”.





Contudo, - e como se decidiu no Acórdão recorrido - segundo o Acórdão “*Comissão vs Alemanha*”, proferido no Processo nº C-480/06, pode admitir-se que as autoridades públicas prossigam as suas missões de serviço público, com base em instrumentos organizativos de natureza cooperativa, sem submissão às regras da contratação pública, mas “*desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias para a prossecução de objectivos de interesse público e que o princípio da igualdade de tratamento dos interessados consagrado na Directiva ... seja garantido, de modo a que nenhuma empresa privada seja colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes...*”.

Ora, como se viu acima, o regime actual do SUCH não garante a subordinação exclusiva da sua gestão a objectivos de interesse público, nem, por outro lado, a contratação directa do SUCH, pelos seus associados, conduz à partilha e utilização de meios comuns, num aparente modelo de *auto-satisfação* das respectivas necessidades, já que envolve a contratação indirecta de entidades terceiras, que podem ser empresas privadas, que, desse modo, ficam colocadas numa posição de vantagem sobre as suas concorrentes.

5. 7. Por outro lado, há que referir que mesmo que consideremos os associados do SUCH como um conjunto homogéneo e que se defenda que o SUCH está vinculado, estatutariamente, a oferecer-lhes determinado tipo de serviços, ou, ainda que se configurasse que essas actividades eram impostas pela entidade tutelar (o Estado <sup>51</sup>), o certo é que, de acordo com o disposto no artigo 2º, nº2, dos Estatutos, o SUCH pode também desenvolver *livremente* actividades “*em regime de concorrência e de mercado*”, para outras entidades, actividades estas que dependem unicamente da sua vontade.

O SUCH tem, assim, uma significativa autonomia empresarial para destinar ao mercado os seus próprios produtos, podendo exercer uma parte da sua actividade económica junto de outros operadores.

Deste modo, e de acordo com o entendimento de vária doutrina, quando se verifica uma ampla liberdade de acção para a entidade realizar uma parte da sua actividade com terceiros, não é possível dar por assente a existência do necessário controlo, por parte da entidade adjudicante, nem qualificar-se esta relação como “*in house*”, tal como previsto no artigo 5º, nº2, al. a) do CCP.

---

<sup>51</sup> Em virtude de ter o poder de negar a homologação de uma eventual alteração dos Estatutos.



5. 8. Com o que vem de ser dito, logo se pode concluir pela inaplicabilidade da excepção prevista no artigo 5º, nº2, do CCP.

Por outro lado, tendo o contrato, aqui em causa, sido celebrado por um Hospital EPE e sendo de valor superior ao mencionado no artigo 7º da Directiva nº 2004/18/CE,<sup>52</sup> é-lhe aplicável o disposto no Código dos Contratos Públicos, dado que foi celebrado após a entrada em vigor deste compêndio normativo.

Assim, atento o disposto no artigo 20º, nº1, al. b) do CCP, o contrato deveria ter sido precedido da realização de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicitação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

No caso vertente, e como se referiu acima, verifica-se que o protocolo celebrado entre o Hospital de Faro, EPE e o SUCH, foi precedido de um procedimento por ajuste directo.

Ora, a omissão da realização de concurso, quando obrigatório, implica, como este Tribunal tem repetidamente afirmado, a falta de um elemento essencial da adjudicação e, conseqüentemente, a nulidade desta, nos termos do artigo 133º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Tal nulidade pode ser declarada a todo o tempo e origina a nulidade do contrato, nos termos estipulados pelo artigo 283º, nº1, do CCP.

A nulidade, por seu turno, constitui fundamento de recusa do visto, nos termos do artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Bem andou, pois, o Acórdão recorrido ao recusar o visto ao presente Protocolo, com os fundamentos então invocados.

Improcedem, assim, as conclusões das alegações do recorrente.

---

<sup>52</sup> Recorde-se que este valor é, de acordo com o estabelecido pelo Regulamento (CE) nº 1422/07, de € 206.000,00.



# Tribunal de Contas

---

## IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao recurso e em confirmar a decisão recorrida.

**São devidos emolumentos** (artigo 16º, nº1, al. b) do Regime Jurídico anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 9 de Março de 2010.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares)

(Carlos A. Morais Antunes)

(Manuel R. Mota Botelho)



# Tribunal de Contas

---

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)