



ACÓRDÃO Nº 26 /10 – 26.OUT. 2010 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 11/2010

(Procs. nºs 398 e 399/2010)

DESCRITORES: Contratação pública.
Contrato de prestação de serviços.
Serviços de saúde e de carácter social.
Serviços de colocação e fornecimento de pessoal médico.
Vocabulário Comum dos Contratos Públicos (CPV).
Concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.
Ajuste directo.
Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007.
Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

SUMÁRIO: I – Aos serviços de saúde e de carácter social, incluídos na categoria 25, da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, (que alterou a tabela constante Anexo II B à Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004), corresponde a nomenclatura CPV, com os números de referência 74511000-4 e de 85000000-9 a 85323000-9 (excepto 85321000-5 e 85322000-2).

II – Aos serviços de colocação e fornecimento de pessoal, incluídos na categoria 22, da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, mencionado no ponto anterior, corresponde a nomenclatura CPV, com os números de 79600000-0 a 79635000-4 (excepto 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) e de 98500000-8 a 98514000-9.



- III – Tipificam contratos de colocação e fornecimento de pessoal médico, enquadrados na categoria 22, da Tabela indicada no ponto anterior, e com o número de referência CPV 79625000-1 - e não contratos de prestação de serviços médicos, com a referência CPV 85121100-4 – aqueles que foram celebrados entre a Administração Regional de Saúde do Algarve, IP (ARSA, IP) e as empresas “A3MV – Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.” e “Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.”, tendo em vista a colocação e o fornecimento, por estas, de pessoal médico, a fim de as Unidades de Saúde, dependentes daquela entidade, poderem prestar serviços médicos.
- IV - Os contratos referidos no ponto anterior, celebrados pela ARSA, IP, não estão abrangidos pela exceção prevista na alínea f), do nº4, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), pelo que lhes é aplicável a Parte II deste Código.
- V – Os contratos mencionados no ponto III, porque envolvem a colocação e o fornecimento de pessoal médico e não a realização de um trabalho específico, de natureza excepcional, nem a disponibilização de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, não podem ser incluídos em qualquer das modalidades de contratos de prestação de serviços previstas no artigo 35º, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.
- VI – De acordo com o disposto no artigo 35º, nº2, al. a) da mencionada Lei nº 12-A/2008, os contratos de prestação de serviços só podem ser celebrados se observarem o regime legal de aquisição de serviços.
- VII – Face ao disposto no artigo 36º, nº1, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, são nulos os contratos de prestação de serviços celebrados com violação dos requisitos previstos nos nºs 2 e 4 do artigo 35º do mesmo diploma legal.



- VIII – Tendo em conta o seu valor, bem como o disposto no artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do Código dos Contratos Públicos, os contratos mencionados no ponto III deveriam ter sido precedidos de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, e não de ajuste directo.
- IX – A omissão da realização de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, quando obrigatórios, acarreta a nulidade do acto de adjudicação e do subsequente contrato, por preterição de uma formalidade essencial, nos termos dos artigos 133º, nº1 do Código do Procedimento Administrativo e 284º, nº2, do CCP.
- X – 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 Nº 26 /10 – 26. OUT. 2010 - 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 11/2010

(Procs. nºs 398 e 399/2010)

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

I – RELATÓRIO

1. Recorreu a “**Administração Regional de Saúde do Algarve, IP**”, (**ARSA**) ou (**ARSA, IP**) do Acórdão nº 19/2010, de 25 de Maio de 2010, da 1ª Secção, deste Tribunal, proferido em subsecção, que recusou o visto aos contratos para “**Serviços Médicos para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP**” celebrados, em 1 de Março de 2010, entre si e as empresas:

- “**A3MV – Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.**”, pelo valor de 598.510,00 €, isento de IVA, para os seguintes locais: UCSP Quarteira, Cons. Aberta CS Tavira, UCSP/CS Alcoutim, Cons. Aberta CS Lagoa, Cons. Aberta CS Lagos, Cons. Aberta CS Silves (Proc. 398/10);
- “**Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.**”, pelo valor de 520.527,92 €, isento de IVA, para os seguintes locais: SUB Albufeira, SUB VRS António, Ambulatório/CS Vila do Bispo, Extensão de Saúde de Odiáxere, e Ambulatório/CS Portimão (Proc. nº 399/10).



Tribunal de Contas

Tal decisão foi proferida com fundamento no disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, porque:

- a) Os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não têm por objecto a prestação de serviços médicos, mas, diversamente, serviços de colocação e de fornecimento de pessoal médico, a fim de os Centros de Saúde poderem prestar esses serviços médicos;
- b) Aos serviços de fornecimento de pessoal médico corresponde a nomenclatura CPV com a referência 79625000-1, de harmonia com o Anexo II B à Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, com as alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, o que os enquadra nos serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e não nos serviços de saúde e de carácter social, de acordo com o Anexo VII ao citado Regulamento (CE) nº 213/2008;
- c) Os referidos contratos não estão abrangidos pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f), do Código dos Contratos Públicos (CCP);
- d) Os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não podem ser qualificados como contratos de prestação de serviços, nas modalidades de tarefa ou de avença, tendo em conta o disposto no artigo 35º, nºs 1 a 6 da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro;
- e) Nos termos do artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do CCP, e face ao valor dos contratos, deveriam estes ter sido precedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, o que se não verificou;
- f) A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a nulidade desta e do contrato, nos termos dos artigos 133º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), 283º, nº1, do CCP e 35º, nº2, al. c), da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

2. Nas suas alegações, a Administração Regional de Saúde, IP formulou as seguintes conclusões:



Tribunal de Contas

- “a) Em 25 de Maio de 2010, pelas 16.55 h, a ARS IP recebeu um fax comunicando a recusa do visto ora em causa;*
- b) Só no dia 4 de Junho de 2010, a ARS IP foi notificada, por carta registada com aviso de recepção, de todo o conteúdo do Acórdão nº 19/2010, de 25 de Maio, da 1ª S/SS;*
- c) O artigo 130º do CPA acarreta a obrigação da notificação ser efectuada individualmente, sob a forma escrita, possibilitando ao seu destinatário a imediata disponibilização do conteúdo do acto administrativo;*
- d) O artigo 85º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, com as alterações em vigor, dispõe no nº2 que “A decisão de recusa de visto, ou pelo menos o seu sentido deve ser comunicada no próprio dia em que foi conferida”, sob pena de se ter formado visto tácito;*
- e) O acto de publicidade via fax de 25.05.2005 tem eficácia diferida nos termos do artigo 129º alínea c) do CPA;*
- f) A comunicação por fax em causa, constitui um acto com a eficácia diferida à data da notificação que só ocorreu posteriormente;*
- g) Nos requisitos de eficácia do artigo 129º do CPA, ainda que diferida, estão incluídas a redução a acta e respectiva aprovação de deliberações colegiais (artigo 127º do CPA) e a notificação aos interessados ou publicação do acto (artigos 66º e 130º do CPA);*
- h) As deliberações dos órgãos colegiais só se tornam eficazes com a aprovação das respectivas actas ou depois de assinadas as minutas (artigo 27º, nº4 do CPA);*
- i) O fax em causa só teria a eficácia jurídica pretendida pelo Tribunal de Contas, para efeitos de não constituição do visto tácito, se fosse recepcionado pela ARS IP acompanhado da respectiva acta e aprovação da deliberação colegial final, facto que só veio a ocorrer em 4 de Junho de 2010;*
- j) Termos em que, atenta a inocuidade e ineficácia jurídica do fax enviado a esta ARS IP em 25 de Maio de 2010, deve o acto ser*



considerado nulo e de nenhum efeito, atribuindo-se o visto tácito aos contratos em crise, nos termos e para os efeitos do artigo 85º da Lei 98/97 de 26 de Agosto, com as alterações em vigor;

- k) O que releva para a caracterização de um contrato, qualquer que seja a respectiva natureza, é o conteúdo do mesmo e não o respectivo título;*
- l) Constitui premissa fundamental, saber se o objecto do contrato “de aquisição de serviços médicos” se destina a obter a prestação de uma actividade ou, ao invés, à produção de um resultado;*
- m) Quando o que motivou a contratação foi a finalidade de obtenção de determinado resultado, a desenvolver pelo colaborador com autonomia técnica, então estamos face a um contrato de prestação de serviços;*
- n) A retribuição ora em causa, não é paga ao médico mas sim à empresa prestadora de serviços e, enquanto montante global para pagamento do fornecimento da totalidade dos serviços contratados;*
- o) Não existe qualquer relação de subordinação entre a ora recorrente e os indivíduos prestadores dos serviços médicos, nem tampouco poderes de autoridade e direcção sobre os mesmos;*
- p) Não existe qualquer tipo de relação contratual de trabalho individual entre os terceiros que são disponibilizados por qualquer das entidades contratantes e a ARS IP;*
- q) Com efeito, o que existe é uma prestação de serviços, na modalidade de avença, para execução de serviços específicos, conforme tem vindo a ser entendimento desse mui Douto Tribunal;*
- r) Senão vejamos que processos anteriores, cujo teor pouco diferia dos ora em crise, mereceram o visto em sede de fiscalização prévia;*
- s) Referimo-nos especificamente ao Proc. 15/2009 que, ao abrigo da alínea f) do nº4 do artigo 5º do CCP (CPV 85121100-4 Serviços*



médicos de Clínica Geral), adjudicou à Select Clinical – Cuidados de Saúde Lda. Serviços médicos para o serviço ambulatório, Serviço de urgência básica, Serviço de Atendimento Complementar para os Centros de Saúde e Extensões, e que foi visado por este Douto Tribunal a 2 de Abril de 2009;

t) E, ainda ao Proc. 47/2008 que, ao abrigo da alínea g), do nº1, do artigo 86º do Decreto-Lei nº197/99 de 8 de Junho, adjudicou à referida empresa, a prestação de serviços médicos para o serviço

de ambulatório e serviço de urgência básica dos Centros de Saúde da ARSA e que foi visado em 14 de Maio de 2008;

u) Constitui serviço médico a relação pela qual uma entidade pública ou privada se obriga a fornecer o exercício da prática do acto médico;

v) A Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro só se aplica à prestação individual de trabalho no exercício de funções públicas;

w) A Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro não tem aplicabilidade quando se trata da aquisição de serviços médicos em sentido amplo, para fazer face a um conjunto de situações prementes, ainda que aqueles integrem, no respectivo âmbito, a prestação do acto médico;

x) O que verdadeiramente se está a contratar é a prestação do acto médico enquanto “actividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativa à saúde das pessoas, grupos ou comunidades;

y) A Constituição da República Portuguesa consagra no artigo 64º o direito constitucional à saúde ao dizer no nº1 que “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover”;

z) Dispõe a mesma disposição normativa constitucional que “o direito à protecção da saúde é realizado através do Serviço Nacional de Saúde” a que incumbe prioritariamente assegurar o direito à protecção da saúde, por um lado, garantindo o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de medicina, preventiva, curativa e



de reabilitação, e, por outro lado, racionalizando, com eficiência, a cobertura de todo o País em recursos humanos e unidades de saúde;

- aa) Os contratos ora em crise, surgem indubitavelmente no estrito cumprimento do direito constitucional à saúde, atenta a escassez de recursos humanos de Medicina no exercício de funções públicas, e a necessidade emergente de dar cumprimento ao princípio constitucionalmente garantido aos cidadãos do direito à saúde;*
- bb) A Directiva Comunitária nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, na alínea a) do nº2 do artigo 1º que “Contratos Públicos” são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente Directiva”;*
- cc) A alínea d) da mesma disposição normativa define “Contratos públicos de serviços” como contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no Anexo II;*
- dd) Do mesmo modo que o nosso direito interno, também o direito comunitário, através do artigo 16º, alínea e) da Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, “Exclusões específicas”, vem afirmar que constituem exclusão específica da aplicabilidade deste diploma normativo os contratos de trabalho, dizemos nós, enquanto contratos individuais de trabalho;*
- ee) Com efeito o mesmo diploma legal, no Anexo II B prevê a categoria 25 com a designação de “serviços de saúde e de carácter social” com o nº de referência CPC 93 e o nº4 do Anexo VII A referente a serviços referidos na alínea d) do nº2 do artigo 1º,*



nomeadamente as informações que devem constar do anúncio do concurso, “que à data provisória prevista para o início da adjudicação ou do contrato ou contratos; no caso de contratos públicos de serviços, por categoria.”;

ff) A contratação pública de serviços pode referir-se especificamente à profissão médica, o mesmo normativo prevê no nº6 alínea c) do Anexo VII A que os contratos públicos de serviços devem “indicar se a execução do serviço está reservada, por força das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, a uma profissão específica”;

gg) Ora, estando os contratos públicos de prestação de serviços de saúde mencionados no Anexo II B da Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março, integrados na contratação excluída nos termos da alínea f) do nº4 do artigo 5º, a parte II do Código da Contratação Pública não é aplicável à formação destes contratos;

hh) Constitui jurisprudência da EU que “Estão excluídos do âmbito de aplicação da directiva em análise “os contratos públicos abrangidos pela directiva relativa aos ‘sectores especiais’” sendo que são considerados sectores especiais o da saúde e o social. (cf. Acórdão do Tribunal Geral da EU (Quinta secção) de 20.05.2010, Proc. T – 258/06);

ii) A prestação de serviços médicos, porquanto se trata de matéria do âmbito do sector especial da saúde, constitui contratação excluída nos termos da alínea f) do nº4 do artigo 5º, a parte II do Código da Contratação Pública;

jj) Ficou devidamente provado nos autos, que a ARS IP esgotara todos os recursos disponíveis no âmbito dos modelos de mobilidade interna previstos na lei, no restrito cumprimento dos Despachos nº 8/SEAS/2007 e 29533/2008, nada mais lhe restando fazer, para a prossecução da sua missão de Serviço Nacional de Saúde, senão optar pelo procedimento ora em crise;

kk) Ao decidir contrariamente ao ora entendido, violou o Acórdão recorrido os preceitos legais em vigor.



Terminou dizendo que deve ser concedido provimento ao recurso e revogar-se o Acórdão recorrido, concedendo-se o visto aos contratos.

3. O Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de que o recurso interposto poderá obter provimento, concedendo-se o visto a estes contratos, ainda que com a formulação de recomendações.

4. Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II – MATÉRIA DE FACTO

1. Tendo em conta o disposto no artigo 100º, nº2, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, o que consta da Decisão recorrida e as alegações do recorrente, considera-se assente a seguinte matéria de facto:

A) Em 1 de Março de 2010, a *Administração Regional de Saúde do Algarve, IP* celebrou um contrato para “Serviços Médicos para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP”, com a empresa “*A3MV – Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.*”, pelo valor de 598.510,00 €, isento de IVA, para os seguintes locais: UCSP de Quarteira; Cons. Aberta CS de Tavira; UCSP/CS de Alcoutim; Cons. Aberta CS de Lagoa; Cons. Aberta CS de Lagos e Cons. Aberta CS de Silves (Proc. nº 398/2010).

B) No mesmo dia 1 de Março de 2010, a *Administração Regional de Saúde do Algarve, IP* celebrou um outro contrato para “Serviços Médicos para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP” com a empresa “*Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.*”, pelo valor de 520.527,92 €, isento de IVA, para os seguintes locais: SUB de Albufeira; SUB de Vila Real de Santo António; Ambulatório/CS de Vila do Bispo; Extensão de Saúde de Odiáxere e Ambulatório/CS de Portimão (Proc. nº 399/2010).



Tribunal de Contas

C) As cláusulas contratuais de ambos os contratos estipulam o seguinte, no que toca ao respectivo objecto contratual:

- Cláusula 1.ª: “ *O presente contrato tem por objecto a aquisição, pelo Primeiro Outorgante ao Segundo Outorgante, de serviços médicos para os serviços de Ambulatório, Serviços de Urgência Básica, Serviços de Atendimento Complementar, Consulta Aberta, Serviço de Atendimento à Gripe, dos Agrupamentos dos Centros de Saúde (adiante designado por ACES) da ARS Algarve (...) de acordo com a programação prevista definida no Anexo I.*”
- Anexo I:

Processo n.º 398/2010:

“*Necessidade de Serviços Médicos para os ACES da ARS Algarve*”

Local da Prestação	Periodicidade Semanal	N.º de Horas Semanais	Total Máximo de Horas Anuais Previstas
<i>UCSP Quarteira</i>	<i>Dias úteis</i>	70	3.080
<i>Cons. Aberta CS Tavira</i>	<i>Dias úteis</i>	50	2.200
<i>UCSP/CS Alcoutim</i>	<i>Dias úteis</i>	35	1.540
<i>Cons. Aberta CS Lagoa</i>	<i>Dias úteis</i>	90	3.960
<i>Cons. Aberta CS Lagos</i>	<i>Dias úteis</i>	80	3.520
<i>Cons. Aberta CS Silves</i>	<i>Dias úteis</i>	115	5.060
TOTAL		440	19.360

”

Processo n.º 399/2010:

“*Necessidade de Serviços Médicos para os ACES da ARS Algarve*”

Local da Prestação	Periodicidade Semanal	N.º de Horas Semanais	Total Máximo de Horas Anuais Previstas
<i>SUB Albufeira</i>	<i>Todos os dias</i>	120	5.280
<i>SUB VRS António</i>	<i>Dias úteis</i>	120	5.280
<i>Ambulatório/CS Vila do Bispo</i>	<i>Dias úteis</i>	40	1.760
<i>Extensão de Saúde de Odiáxere</i>	<i>Dias úteis</i>	24	1.056
<i>Ambulatório/CS Portimão</i>	<i>Dias úteis</i>	50	2.200



TOTAL		354	15.576
-------	--	-----	--------

”

- Cláusula 2.^a: *“Os serviços objecto do contrato serão prestados nas instalações dos ACES da ARS Algarve, indicados no Anexo I, ou em outros indicados pelo Primeiro Outorgante.”*

- Cláusula 3.^a: *“1. Os serviços a contratar serão prestados de acordo com o previsto no Mapa Anexo I.
2. O volume de horas indicados no Mapa Anexo I constitui o volume máximo de horas a contratar.
3. O número de horas semanais e o local de prestação poderá ser alterado, para além dos locais aqui mencionados, em consequência da alteração de necessidades, devendo para tal ser informado o Segundo Outorgante, não havendo direito a qualquer acréscimo de preço em consequência dessas alterações ou indemnização quando dessas alterações resulte a realização de um número de horas inferior ao contratado.
4. Todas as alterações necessárias serão previamente comunicadas pela ARS Algarve.”*

- Cláusula 5.^a: *“1. Pelo fornecimento dos bens objecto do contrato o Primeiro Outorgante pagará ao Segundo Outorgante o valor de (...).
2. O preço referido no número anterior inclui todos os custos, encargos e despesas cuja responsabilidade não esteja expressamente atribuída ao contraente público, nomeadamente os relativos à afectação de recursos humanos, despesas de alojamento, alimentação e deslocação, despesas de transporte, entre outras, bem como quaisquer encargos decorrentes da utilização de marcas registadas, patentes ou licenças.
3. Os serviços objecto do presente contrato serão remunerados de acordo com o seguinte valor apresentado na proposta do Segundo Outorgante:”*

No processo n.º 398/2010:

“

- *Preço/hora médico não especialista – Diurno - 27,00 €*
- *Preço/hora médico não especialista – Nocturno, Feriados e Fins de semana - 27,50 €*



- *Preço/hora médico especialista – Diurno - 33,50 €*
- *Preço/hora médico especialista – Nocturno, Feriados e Fins de semana - 34,50 € ”*

No processo n.º 399/2010:

“

- *Preço/hora médico não especialista – 32,92 €*
- *Preço/hora médico especialista – 32,92 €*
- *Preço/hora médico não especialista (Ambulatório CS Portimão) - 36,45 €*
- *Preço/hora médico especialista (Ambulatório CS Portimão) - 36,45 € ”*

- *Cláusula 6.ª: “ (...) 3. O registo das horas é efectuado através do preenchimento de folha de ponto, por cada profissional médico prestador do serviço, identificada com a designação da empresa prestadora, devidamente assinada pelo profissional e validada pelo responsável do ACES, ou responsável indicado por este.
4. Só serão pagas as horas que forem efectivamente realizadas e registadas de acordo com o n.º 3 do presente artigo, desde que tenham sido efectuadas segundo a programação remetida pela ARS Algarve, ou por esta previamente autorizada.
(...)”*
- *Cláusula 7.ª: “ 1. Os serviços serão prestados por licenciados em medicina, inscritos na Ordem dos Médicos Portugueses e consistem essencialmente na observação, diagnóstico e tratamento dos doentes que recorrem aos serviços de saúde objecto do presente procedimento.”*
- *Cláusula 8.ª: “(...) 2. O Segundo Outorgante obriga-se a colocar ao serviço os profissionais constantes da sua proposta e mencionados no Anexo II, não podendo afectar à prestação de serviços outros médicos sem prévia autorização do Primeiro Outorgante.”*
- *Cláusula 9.ª: “1. O Segundo Outorgante obriga-se a apresentar ao Primeiro Outorgante identificação dos clínicos que vierem a*



assegurar os serviços contratados, até 48 horas antes do respectivo início de funções, através de cópias do Bilhete de Identidade, da Cédula Profissional e da apólice do seguro profissional, morada, nota curricular actualizada, declaração sob compromisso de honra em como não foram, a seu pedido, dispensados da prestação de trabalho extraordinário em instituições do Serviço Nacional de Saúde.

2. A ARS Algarve, na posse de todos os elementos que permitam avaliar o prestador de serviços terá de comunicar o decidido ao Segundo Outorgante, não podendo o mesmo iniciar funções sem a devida aceitação por escrito da ARS Algarve.

(...)”

- Cláusula 10.^a: “1. Sem prejuízo de outras obrigações previstas na legislação aplicável, no Caderno de Encargos ou nas cláusulas contratuais, da celebração do contrato decorrem as seguintes obrigações principais, a cumprir pelos profissionais afectos à prestação dos serviços:
 - a) *Registar nos impressos ou no sistema informático da instituição na qual presta serviço, dos actos clínicos praticados e ao uso prudente de prescrição de meios complementares de diagnóstico e da prescrição terapêutica, com a melhor conciliação do interesse do doente com os encargos resultantes para a instituição.*
 - b) *Prestar cuidados de saúde de forma urbana e dentro do que é socialmente considerado como comportamento correcto.*
 - c) *Prestar os cuidados, com correcção técnica e de acordo com as normas de boas práticas.*
 - d) *Cumprir as prestações acordadas, de acordo com as orientações que lhe foram prestadas.*
 - e) *(...)*
 - f) *Usar com normal prudência o equipamento e material posto à sua disposição.*
 - g) *Cumprir as regras de segurança, protocolo técnico e regulamentos em vigor nos locais de prestação de cuidados.*
 - h) *Subscrever um seguro de responsabilidade civil profissional se a entidade prestadora não possuir um seguro que assegure a cobertura daquele risco.*



2. O Segundo Outorgante obriga-se a assegurar a substituição imediata de qualquer elemento que, comprovadamente, viole as obrigações decorrentes desta cláusula.

(...)”

- Cláusula 11.^a: “1. O profissional de saúde só poderá ser substituído em casos de força maior, ou mediante autorização expressa e por escrito da ARS Algarve, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2. A ARS Algarve pode solicitar por razões devidamente fundamentadas a substituição do profissional de saúde ou, quando aplicável, a rescisão do contrato nos termos legais.

3. A substituição do profissional de saúde implica a avaliação e aprovação do perfil de competências e do perfil funcional do profissional substituinte pela ARS Algarve, devendo o mesmo possuir as mesmas qualificações profissionais.

(...)”

- Cláusula 15.^a: “Pelo incumprimento de obrigações emergentes do contrato, a ARS Algarve pode exigir ao Segundo Outorgante o pagamento de uma pena pecuniária, de montante a fixar em função da gravidade do incumprimento, nos seguintes termos:

a) Em caso de incumprimento, por motivos imputáveis ao profissional prestador de serviços, dos horários estipulados para realização da prestação de serviços (...);

b) Em caso de não comparência do profissional para realização da prestação de serviços, sem pré-aviso do responsável do ACES (...);

c) Em caso de abandono do turno por parte do profissional (...);
(...)”

- Cláusula 17.^a: “1. Sem prejuízo de outros fundamentos de resolução do contrato previstos na lei, a ARS Algarve pode resolver o contrato, a título sancionatório, no caso de o Segundo Outorgante violar de forma grave ou reiterada qualquer das obrigações que lhe incumbem, designadamente no caso de não prestação de mais de 40% do número de horas contratadas ou escaladas (quando diferente do contratado) mensalmente por local de prestação e/ou no caso de cinco ocorrências, seguidas ou



interpoladas, de não prestação do serviço nos termos contratados.

- 2. *Constitui, ainda, motivo de rescisão do contrato o não cumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações de assiduidade e diligência profissional, designadamente por atrasos e/ou faltas frequentes dos profissionais afectos à prestação de serviços, número de utentes atendidos anormalmente baixo sem razões de ordem clínica e/ou administrativa que o justifiquem ou elevado n.º de reclamações dos utentes.
(...)”*

D) Por deliberação de 16 de Dezembro de 2009, o Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, autorizou o procedimento com vista à contratação dos serviços em causa;

E) Os contratos aqui em causa foram antecidos de um procedimento por ajuste directo, com convite a cinco empresas:

- *Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.;*
- *Organfutur Serviços Médicos, Lda.;*
- *A3MV Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.;*
- *Clínica do Rei – Medicina de Família, Especialidades e Formação, Lda.;*
- *Medipeople – Soluções de Recurso Humanos para a Saúde, Lda..*

F) A escolha do procedimento foi feita com invocação do disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, por se considerar tratar-se de contratação excluída, em virtude de se estar perante “*serviços enquadráveis no Código - CPV- 85121100-4 Serviço de médicos de clínica geral*”;

G) No convite, exigiram-se como elementos das propostas:

- Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos;
- Preço proposto, discriminando preço hora e valor total por cada local de prestação;
- Listagem nominativa dos profissionais médicos a afectar à prestação de serviços, por local de prestação, indicando, para cada um, elementos de identificação, número de horas previstas a realizar, números de horas de experiência na



realização de consultas em medicina geral e familiar e em serviços de urgência e emergência e número de horas de formação em urgência e emergência;

- Cédulas profissionais, notas curriculares e declarações sob compromisso de honra relativos a cada um dos profissionais indicados;

H) O critério de adjudicação fixado e aplicado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com a seguinte fórmula:

Pontuação Final = 70% Preço/hora + 30% Qualidade da Proposta.

A Qualidade das Propostas foi avaliada “*tendo em conta a qualificação e experiência profissionais dos médicos a afectar à prestação dos serviços*”;

I) A adjudicação foi efectuada por lotes, correspondendo cada lote a um local de prestação, tal como se previa no ponto 9 do Convite;

J) No Despacho n.º 8/SEAS/2007, de 7 de Março de 2007, da Secretária de Estado Adjunta e da Saúde, relativo à contratação de entidades privadas para “*prestarem cuidados de saúde*” no Serviço Nacional de Saúde, refere-se:

“ (...) Maioritariamente, os médicos que prestam cuidados de saúde nas diversas instituições hospitalares do Serviço Nacional de Saúde possuem uma relação jurídica de emprego estável com a organização, representando o período de tempo dedicado ao serviço de urgência uma parte mais ou menos significativa do seu horário de trabalho semanal. Reconhece-se porém que com a alteração do quadro normativo aplicável no âmbito dos hospitais entidades públicas empresariais, e também devido à dificuldade de substituição de recursos médicos especializados em diversas instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) tem-se verificado que os respectivos recursos internos disponíveis são insuficientes para fazer face ao aumento da procura de cuidados de saúde.

(...)

Assim, (...), determino:

1 – A contratação de entidades privadas para prestarem cuidados de saúde no Serviço Nacional de Saúde (SNS) só é admitida depois de esgotados os recursos internos disponíveis para fazer



face à mesma necessidade, incluindo situações de mobilidade admissíveis nos termos da lei.

(...)”;

K) No Despacho n.º 29533/2008, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, de 7 de Novembro de 2008, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 17 de Novembro de 2008, refere-se:

“ (...) Apesar do aumento de vagas para ingresso nos cursos de Medicina, intensificado por este Governo, verifica-se que as instituições do Serviço Nacional de Saúde têm ainda dificuldade em recrutar recursos médicos especializados.

(...) As respostas estruturais à escassez de recursos humanos que assegurem a prestação de serviços de urgências residem no aumento do ritmo de formação de médicos e na reorganização de serviços de saúde, quer ao nível dos cuidados de saúde primários, como no que respeita à rede de cuidados continuados integrados e, finalmente, na requalificação da rede de urgências. A produção dos seus efeitos não é, contudo, imediata.

É necessário, pois, tomar medidas que possam, desde já, produzir os seus efeitos e limitar eventuais efeitos indesejados.

Assim, (...) determino:

1 – A contratação de serviços médicos pelas instituições e serviços do Serviço Nacional de Saúde (SNS), incluindo entidades públicas empresariais, através da modalidade de prestação de serviços deve obedecer ao disposto no Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e, no caso específico do sector público administrativo, após esgotados os mecanismos de mobilidade previstos na lei, ao disposto no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

(...)

4- A contratação de serviços médicos através da modalidade de prestação de serviços deve permitir a identificação clara dos profissionais que irão prestar serviços na instituição ou serviço contratante, de modo a que as escalas a afixar refiram, obrigatoriamente, o nome e a especialidade dos profissionais que as integram.

(...)”

L) Instada por este Tribunal, a ARS Algarve referiu, no ofício nº 9248, de 6 de Maio de 2010:



“ (...) A realidade actual está marcada pela escassez de profissionais da carreira médica de Medicina Geral e Familiar, especialidade que apresenta uma situação mais crítica. As carências registadas actualmente não são passíveis de resolução no curto prazo, registando-se que esta matéria assume relevância especial em algumas regiões do país, como é o caso do Algarve. Face à conjuntura actual no que respeita a esta matéria, durante o ano de 2009 não se procedeu à abertura de procedimento concursal para recrutamento de profissionais da carreira médica de Medicina Geral e Familiar, dado que a escassez destes profissionais é comum às várias regiões, como é conhecido.

A movimentação destes profissionais ocorre, por acordo entre as administrações regionais de saúde envolvidas e os profissionais, tendo sido concretizados, durante o ano de 2009, três pedidos de mobilidade interna que obtiveram despacho autorizador por parte de ambas as entidades envolvidas.”

III – O DIREITO

1. Como se referiu acima, e agora se relembra, a Decisão recorrida recusou o visto aos contratos para “*Serviços Médicos para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP*”, com fundamento em que:

- a) Os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não têm por objecto a prestação de serviços médicos, mas, diversamente, serviços de colocação e fornecimento de pessoal médico, a fim de os Centros de Saúde poderem prestar esses serviços médicos;
- b) Aos serviços de fornecimento de pessoal médico corresponde a nomenclatura CPV ¹ com a referência 79625000-1, de harmonia com o Anexo II B à Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, com as alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, o que os enquadra nos serviços de

¹ Vocabulário Comum para os Contratos Públicos.



- colocação e de fornecimento de pessoal e não nos serviços de saúde e de carácter social, de acordo com o Anexo VII ao citado Regulamento (CE) nº 213/2008;
- c) Os referidos contratos não estão abrangidos pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f), do Código dos Contratos Públicos (CCP);
 - d) Os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não podem ser qualificados como contratos de prestação de serviços, nas modalidades de tarefa ou de avença, tendo em conta o disposto no artigo 35º, nºs 1 a 6, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro;
 - e) Nos termos do artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do CCP, e face ao valor dos contratos, deveriam estes ter sido precedidos de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, o que se não verificou;
 - f) A ausência de concurso, obrigatório nestes casos, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a nulidade desta e do contrato, nos termos dos artigos 133º, nº1, do CPA, 283º, nº1, do CCP e 35º, nº2, al. c), da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

Por isso, e face às ilegalidades apontadas, foi recusado o visto, nos termos do artigo 44º, nº3, alíneas a) e c), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

2. Para avaliar da justeza – ou não - da Decisão recorrida, bem como da valia das razões invocadas pela entidade recorrente, importa analisar o que vem alegado pela ARS do Algarve, IP.

Assim, vejamos, em primeiro lugar, a *questão prévia* suscitada nas alegações da recorrente.

Em suma, diz a recorrente:

- Em 25-5-2010, pelas 16:55 horas, recebeu um *fax* informando que este Tribunal, em sessão de subsecção, da 1ª Secção, de 25 de Maio de 2010, deliberara recusar o visto aos contratos celebrados com as empresas “A3MV – Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.” e “Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.”;
- O processo no Tribunal de Contas rege-se pelo CPA, relativamente aos processos administrativos, nos termos do artigo 80º, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto;



- O artigo 66º do CPA dispõe que devem ser notificados aos interessados os actos administrativos que decidam sobre quaisquer pretensões sobre eles formulados;
- Só no dia 4 de Junho de 2010 foi a recorrente notificada, por carta registada com aviso de recepção, de todo o conteúdo do Acórdão nº 19/2010 de 25 de Maio, da 1ª Secção, deste Tribunal;
- Distinguindo o CPA a notificação e a mera publicidade, a falta de publicidade do acto implica a sua ineficácia (artigo 130º do CPA);
- A comunicação da decisão de recusa do visto, efectuada por *fax*, constitui um acto de publicidade nos termos do artigo 130º do CPA, mas com eficácia diferida nos termos do artigo 129º, al. c), do mesmo diploma legal;
- Só assim se compreende que a doutrina e a jurisprudência incluam nos requisitos do artigo 129º do CPA, enquanto requisitos de eficácia, ainda que diferida, a redução a acta e respectiva aprovação de deliberações colegiais (artigo 127º do CPA) e a notificação aos interessados ou publicação do acto (artigos 66º e 130º do CPA);
- As deliberações dos órgãos colegiais só se tornam eficazes com a aprovação das respectivas actas ou depois de assinadas as minutas (artigo 27º, nº4, do CPA) pelo que o acto publicitário em causa só teria a eficácia jurídica pretendida pelo Tribunal de Contas, para efeitos de não constituição do visto tácito, se fosse recepcionado pela ARS IP acompanhado da respectiva acta e aprovação da deliberação final, o que só veio a ocorrer em 4 de Junho de 2010;
- Atenta a inocuidade e ineficácia jurídica do *fax* enviado em 25-5-2010, deve ser considerado nulo e de nenhum efeito, atribuindo-se o visto tácito aos contratos em crise, para efeitos do artigo 85º da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

2. 1. Ora, não tem qualquer razão a recorrente na questão prévia levantada pelo que desnecessário foi o esforço dispendido na argumentação por si vertida em dezassete artigos da sua alegação, bem como em dez conclusões da mesma peça processual.

Efectivamente:

Como decorre do corpo do artigo 80º, da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto (LOPTC), o processo no Tribunal de Contas rege-se, *prima facie*, pelo disposto **neste diploma legal.**



Tribunal de Contas

Por outro lado, supletivamente, rege-se pelo Código do Procedimento Administrativo, relativamente aos procedimentos administrativos da Direcção-Geral do Tribunal de Contas, **excepto** quando esta actuar no âmbito da fiscalização e controlo financeiro e na preparação e execução dos actos judiciais (cfr. alínea b) do mesmo artigo 80º da LOPTC).

Logo, errado é dizer-se – como faz a recorrente – que “Nos termos da alínea a) ² do Artigo 80º, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto ... o processo no Tribunal de Contas rege-se pelo Código do Procedimento Administrativo relativamente aos procedimentos administrativos”.

Como, igualmente errado é aludir-se ao artigo 66º, do CPA, como norma a impor a notificação de actos administrativos.

É que, por um lado, não se está perante a prolação de qualquer acto administrativo, tomada no âmbito de um procedimento administrativo.

Na verdade, a decisão recorrida não foi produzida pela Direcção-Geral do Tribunal de Contas, constituindo, bem ao invés, uma decisão jurisdicional proferida pelo Tribunal de Contas.

Por outro lado, e no concerne ao envio do *fax*, comunicando o sentido da decisão judicial de recusa do visto, está-se perante um procedimento imposto pelo artigo 85º, nº2, da LOPTC, - que não é regulado pelo CPA, atento o disposto na referida alínea b), do mencionado artigo 80º, do mesmo diploma legal - actuando a dita Direcção-Geral na execução de um acto judicial.

Deve, aliás, dizer-se que são totalmente incorrectas as referências ao CPA invocadas pela recorrente.

Na verdade, e como se disse, não estamos aqui perante a produção de um acto administrativo, praticado no desenvolvimento de uma actividade administrativa.

A recorrente, como sabe, interpôs recurso de uma decisão jurisdicional:

Efectivamente, o Tribunal de Contas é, de acordo com o disposto no artigo 1º, nºs 1 e 2, da LOPTC e no artigo 214º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei manda submeter-lhe,

² Decerto quererá referir-se à alínea b).



Tribunal de Contas

competindo-lhe apreciar a boa gestão financeira e a efectivação de responsabilidades, por infracções financeiras, para o que tem jurisdição e poderes de controlo no âmbito da ordem jurídica portuguesa, tanto no território nacional, como no estrangeiro.

Por outro lado, o Tribunal de Contas constitui uma das categorias de Tribunais, sendo que a estes incumbe a função jurisdicional, função esta constitucionalmente identificada com a actividade de administração da justiça, tal como previsto nos artigos 202º, 209º, nº1, al. c) e 214º da CRP.

Deste modo, o Acórdão sob recurso integra-se no âmbito da função jurisdicional, legal e constitucionalmente atribuída ao Tribunal de Contas.

Por isso, porque provindo de um Tribunal, beneficiário da reserva de competência para a função jurisdicional, garantida pela Constituição da República Portuguesa, a decisão recorrida distingue-se perfeitamente de um qualquer acto administrativo. E isto até pela simples razão de que, de acordo com o artigo 120º do CPA, os actos administrativos são decisões dos órgãos da Administração.

Nesta conformidade, não tem qualquer sentido a questão prévia levantada, e, designadamente, no que se refere à formação do visto tácito:

Por um lado, o Acórdão que recusou o visto aos contratos foi proferido no prazo de 30 dias, a partir da data do registo de entrada dos mesmos, prazo este contado nos termos estabelecidos no artigo 85º, nºs 1 e 3, da LOPTC.

Por outro, o sentido da decisão foi comunicada, no próprio dia em que esta foi proferida, como determina o nº2, do referido artigo 85º.

Logo, a argumentação dispendida no sentido de considerar ter-se formado visto tácito, “atenta a inocuidade e ineficácia do fax enviado à ARS IP em 25 de Maio de 2010”, apenas vale como ... mera curiosidade.

3. A decisão recorrida assentou, como se disse acima, no facto de os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não terem por objecto a prestação de serviços médicos, mas, diversamente, o fornecimento de pessoal médico, a fim de os Centros de Saúde poderem prestar esses serviços médicos, sendo que os contratos para fornecimento de pessoal médico não se encontram excepcionados da aplicação da Parte II do CCP, por



Tribunal de Contas

não lhes ser aplicável a excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f) do mesmo Código.

Refere a recorrente que partiu do pressuposto de que, à formação dos contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de saúde mencionados no Anexo II B da Directiva nº 2004/18/CE, não se aplica a Parte II do CCP, como resulta do disposto na alínea f), do nº4, do artigo 5º.

Por outro lado, diz a ARS do Algarve, IP., que o que motivou a contratação foi a finalidade de obtenção de determinado resultado, a desenvolver pelo colaborador com autonomia técnica, pelo que estamos perante um contrato de prestação de serviços.

Diz, ainda, a ARSA, IP que a relação contratual, aqui em apreço, se distingue da noção de contrato de trabalho, constante do artigo 11º do Código do Trabalho, uma vez que contratou com uma pessoa colectiva – e as pessoas colectivas não podem ser objecto de contratos individuais de trabalho, nos termos da Lei Geral do Trabalho – e que a retribuição não é paga ao médico, mas sim à empresa prestadora de serviços, e enquanto montante global para pagamento do fornecimento da totalidade dos serviços contratados.

Além disso – refere ainda a recorrente – não existe relação de subordinação entre a recorrente e os indivíduos prestadores dos serviços médicos, nem poderes de autoridade e direcção sobre os mesmos e não existe relação contratual de trabalho individual entre os terceiros que são disponibilizados pelas entidades contratantes e a ARSA, IP.

Assim, o que existe é uma prestação de serviços na modalidade de avença, para execução de serviços específicos.

3. 1. Prosseguindo na análise da decisão recorrida e da valia da argumentação da recorrente, importa, pois, caracterizar os contratos que foram submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

A este respeito, e tendo em conta extensa e uniforme jurisprudência deste Tribunal, ³ há que observar que os contratos devem ser analisados e

³ Vide, v. g., os Acórdãos da 1ª Secção, em Subsecção, nºs 79/01; 200/01; 88/02, de 8 de Novembro de 2002; 100/02, de 17 de Dezembro de 2002; 20/03, de 18 de Fevereiro de 2003; 50/03, de 15 de Abril de 2003; 23/04, de 26 de Fevereiro de 2004 e 111/09 de 12 de Maio de 2009, e, em Plenário, nºs 50/01; 26/02, de 18



Tribunal de Contas

qualificados, não apenas com base na sua configuração formal, mas também em função das circunstâncias em que se enquadram e dos objetivos que visam alcançar.

Como, por outro lado, se acentuou no Acórdão n.º 31/09, de 14 de Julho de 2009, da 1.ª Secção, deste Tribunal, em Plenário, ⁴ ao contrário do que, normalmente, acontece na contratação civil privada, em que os particulares gozam de ampla autonomia na forma e no conteúdo dos contratos que celebram, na contratação pública, a Administração tem que obedecer a regras determinadas.

Essas regras versam, essencialmente, sobre a competência, a capacidade para contratar, a escolha do co-contratante, a forma de realização do contrato, e, ainda, outras formalidades ligadas a este, designadamente no que respeita aos procedimentos pré-contratuais.

Importa, assim, analisar os citados contratos, designadamente, para saber se os mesmos tipificam contratos de prestação de serviços, ou, diversamente, se eles se caracterizam como contratos de fornecimento e colocação de pessoal, como entendeu a decisão recorrida.

Para tanto há que observar a factualidade dada por assente.

Ora, como resulta da matéria de facto dada por provada, designadamente das alíneas **C)**, **G)** e **H)** do probatório, os contratos que foram submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal têm em vista obter o fornecimento, pelas empresas adjudicatárias, de licenciados em medicina, inscritos na Ordem dos Médicos Portugueses, e a sua colocação nas unidades de saúde indicadas nas alíneas **A)** e **B)** do probatório, para, aí, praticarem actos médicos.

Para chegar a esta conclusão importa realçar que, para o fornecimento e colocação de pessoal médico, as partes acordaram o respectivo preço, bem como a remuneração horária dos actos médicos, sendo que o registo das horas prestadas era efectuado através do preenchimento de folha de ponto, por cada profissional médico prestador do serviço, identificada com a designação da empresa prestadora (vide as cláusulas 5.ª e 6.ª dos contratos, indicadas na alínea **C)** do probatório).

de Junho de 2002; 28/02, de 9 de Julho de 2002; 18/03, de 3 de Junho de 2003; 39/03, de 15 de Julho de 2003; 49/03, de 25 de Novembro de 2003 e 21/04, de 21 de Dezembro de 2004.

⁴ In Rec. Ord.º. n.º 11/09.



Tribunal de Contas

Por outro lado, as empresas adjudicatárias – segundas outorgantes nos contratos – obrigaram-se a colocar ao serviço os profissionais constantes da sua proposta, não podendo afectar, à prestação de serviços, outros médicos, sem prévia autorização da entidade adjudicante – primeira outorgante nos contratos (vide a cláusula 8º dos contratos, mencionada na dita alínea C) do probatório).

Além disto, as empresas adjudicatárias obrigaram-se a apresentar, à ora recorrente, a identificação dos clínicos que viessem a assegurar os serviços contratados até 48 horas antes do respectivo início de funções (designadamente com cópia do Bilhete de Identidade, da Cédula Profissional e da Apólice do seguro profissional, bem como com uma nota curricular actualizada), sendo que a entidade adjudicante, na posse desses dados, avaliá-los-ia e comunicaria a sua decisão às empresas adjudicatárias (vide a cláusula 9ª dos contratos, mencionada na mesma alínea C) do probatório).

Por outra banda, as empresas adjudicatárias – segundas outorgantes nos contratos – obrigaram-se a assegurar a substituição imediata de qualquer elemento que violasse as obrigações decorrentes das cláusulas contratuais, sendo que a recorrente ficou com a possibilidade de avaliar e aprovar o perfil de competências e o perfil funcional do profissional substituinte (vide as cláusulas 10ª e 11ª dos contratos, indicadas na dita alínea C) do probatório).

Ora todas estas circunstâncias apontam no sentido de que o objecto do contrato não foi a prestação de serviços médicos, mas o fornecimento e a colocação de pessoal médico.

Deve, até, dizer-se que este entendimento é, também, partilhado pela recorrente, já que, na conclusão n), das suas alegações, esta refere que “A retribuição ora em causa não é paga ao médico mas sim à empresa prestadora de serviços e enquanto montante global para pagamento do fornecimento da totalidade dos serviços contratados”.

Aliás, e como bem refere a decisão recorrida, as empresas adjudicatárias não se comprometem a fornecer quaisquer serviços de organização das consultas ou dos tratamentos, nem são responsáveis por garantir quaisquer locais ou equipamentos necessários à sua boa realização.

Além disso, não é possível dizer-se que as adjudicatárias prestam serviços médicos, usando as instalações e os equipamentos das Unidades de Saúde, já



Tribunal de Contas

que elas se alheiam de todos os aspectos logísticos ligados à específica prestação desses serviços médicos.

Como também acentua o Acórdão recorrido, pode mesmo acontecer que os contratos, aqui em apreço, sejam cumpridos sem que se verifique a prestação efectiva de serviços médicos, para o que bastaria o facto de, por exemplo, e não obstante a disponibilidade dos clínicos, as Unidades de Saúde não abrirem, devido a vicissitudes imputáveis a si, ou, em geral, à Administração Pública.

Do que vem de dizer-se, logo se conclui que os serviços médicos não são prestados pelas empresas adjudicatárias, mas, ao invés, pelas Unidades de Saúde indicadas nos contratos, através de médicos fornecidos e colocados por aquelas empresas.

Por isso é que a questão da caracterização dos contratos, submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal, tem toda a pertinência, porquanto ela tem directa incidência na definição da norma jurídica reguladora da relação pré-contratual subjacente aos mesmos.

3. 2. É certo que o artigo 5º, nº4, al. f), do CCP, estabelece que os contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de saúde e de carácter social mencionados no Anexo II-B da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março, estão excluídos da aplicação da Parte II do citado Código, sem prejuízo do disposto no nº2, do seu artigo 11º.

Este Anexo II-B da mencionada Directiva 2004/18/CE discrimina vários tipos de serviços, os quais são descritos não só pelo seu tipo e categoria, mas também por números de referência CPV.

A nomenclatura CPV corresponde a uma lista de objectos contratuais denominada “*Vocabulário Comum para os Contratos Públicos*”, o qual foi aprovado pelo Regulamento (CE) nº 2195/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro, o qual foi alterado pelo Regulamento (CE) nº 2151/2003, da Comissão, de 16 de Dezembro e pelo Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007.



Tribunal de Contas

Esta nomenclatura instituiu um sistema único de classificação aplicável aos contratos públicos, a fim de unificar as referências utilizadas pelas entidades adjudicantes para a descrição do objecto dos contratos.

Assim, não são todos e quaisquer serviços, aqueles que podem qualificar-se como *serviços de saúde e de carácter social*, mas apenas os que estejam listados no Código CPV, com as referências indicadas no Anexo II-B da Directiva nº 2004/18/CE.

O Anexo II-B da citada Directiva nº 2004/18/CE, contém uma tabela em que se contemplam, na categoria 22, os “*serviços de colocação e de fornecimento de pessoal*”, e, na categoria 25, os “*serviços de saúde e de carácter social*”.

Esta tabela, por força do estabelecido no Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28-11-2007, foi substituída pela tabela constante do Anexo VII a este Regulamento comunitário, na qual se contemplam:

- Na categoria 22, os “*Serviços de colocação e de fornecimento de pessoal*”,⁵ aos quais correspondem os seguintes números de referência CPV:
De 79600000-0 a 79635000-4 (excepto 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) e de 98500000-8 a 98514000-9; e
- Na categoria 25, os “*Serviços de saúde e de carácter social*”, aos quais correspondem os seguintes números de referência CPV:
79611000-0 e de 85000000-9 a 85323000-9 (excepto 85321000-5 e 85322000-2).

Ora, como se mostra da matéria de facto dada por assente na alínea F) do probatório, a recorrente ARS do Algarve, IP., entendeu estar perante “*Serviços enquadráveis no Código – CPV – 85121100-4 Serviço de médicos de clínica geral*”, pelo que considerou que os mesmos preenchiam os serviços de saúde, cujos contratos eram excepcionados pelo citado artigo 5º, nº4, al. f) do CCP.

É certo que o número de referência CPV 85121100-4, correspondente a “*serviços médicos de clínica geral*”, se enquadra nos serviços de saúde e de carácter social abrangidos pelo Anexo VII do Regulamento (CE) nº 213/2008, na categoria 25.

⁵ Excepto contratos de trabalho.



Tribunal de Contas

Todavia, como vimos, os contratos aqui em causa não foram celebrados directamente com médicos, nem têm por objecto a prestação de serviços médicos, mas antes o fornecimento e a colocação de pessoal médico.

Assim, tais contratos enquadram-se no número de referência CPV 79625000-1, e na categoria 22, precisamente a relativa aos “*Serviços de colocação e de fornecimento de pessoal*”.

Efectivamente, os serviços de fornecimento e colocação de licenciados em medicina, inscritos na Ordem dos Médicos Portugueses - para prestação de serviços médicos para o Ambulatório, Serviços de Urgência Básica, Serviços de Atendimento Complementar, Consulta Aberta e Serviço de Atendimento à Gripe, nas Unidades de Saúde indicadas nos contratos - encontram-se enquadrados na categoria 22, prevista no Anexo VII ao Regulamento (CE) nº 213/2008, relativa aos *serviços de colocação e fornecimento de pessoal*, e não na categoria 25, prevista no mesmo Anexo, relativa aos serviços de saúde e de carácter social.

Deste modo, os contratos submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal, sendo embora contratos públicos de serviços, na acepção do artigo 1º, nº2, al. d) da mencionada Directiva nº 2004/18/CE, não se encontram excepcionados da aplicação da Parte II do CCP, uma vez que não se encontram abrangidos pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f) do Código dos Contratos Públicos.

4. Refere também a recorrente que existe, na situação em apreço, uma prestação de serviços, na modalidade de avença, para execução de serviços específicos, sendo que se não aplica a Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, a qual só se aplica à prestação individual de trabalho no exercício de funções públicas e não quando se trata de aquisição de serviços médicos em sentido amplo, ainda que estes integrem, no respectivo âmbito, a prestação do acto médico.

O que, verdadeiramente, se está a contratar – diz a ARSA, IP – é a “prestação do acto médico, enquanto actividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativa `saúde das pessoas”, no cumprimento do direito constitucional à saúde consagrado no artigo 64º da Constituição da República Portuguesa.



Tribunal de Contas

A este respeito, importa dizer o seguinte:

Como vimos atrás, estamos aqui perante contratos de prestação de serviços de fornecimento de pessoal médico.

Por outro lado, mesmo no âmbito das directivas comunitárias é possível configurar a existência deste tipo de contratos.

A Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, - entidade do Serviço Nacional de Saúde pertencente ao sector público administrativo – enquanto instituto público, integra a administração indirecta do Estado, nos termos do artigo 2º, nº1, da Lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro (Lei Quadro dos Institutos Públicos).⁶

Aos serviços da administração indirecta do Estado é aplicável, por sua vez, a Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, diploma que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas.⁷

Ora, os serviços da administração indirecta do Estado apenas podem recorrer à celebração de contratos de prestação de serviços nos termos consentidos pelo artigo 35º da Lei nº 12-A/2008.

É esse, aliás, também, o entendimento do senhor Secretário de Estado Adjunto e da Saúde como se vê do seu Despacho nº 29533/2008, mencionado na alínea **K)** do probatório.

Na verdade, nesse despacho, determinou o mesmo membro do Governo que a contratação de serviços médicos, pelas instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS), deveria obedecer ao disposto no CCP aprovado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro, e, no caso do sector público administrativo, após se esgotarem os mecanismos de mobilidade previstos na lei, ao abrigo do disposto no artigo 35º da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

Ora, de acordo com o nº1, deste normativo, aqueles serviços podem celebrar contratos de prestação de serviços, nas modalidades de *contratos de*

⁶ A lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro sofreu as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 51/2005 de 30 de Agosto, pelos DL nºs 200/2006 de 25 de Outubro e 105/2007 de 3 de Abril (que a republicou) e pela Lei nº 64-A/2008 de 31 de Dezembro.

⁷ Este diploma foi objecto das alterações introduzidas pelas Leis nº 64-A/2008 de 31 de Dezembro, 3-B/2010 de 28 de Abril e 34/2010 de 2 de Setembro.



tarefa e de *avença*, nos termos previstos no Capítulo IV do mesmo diploma legal.

Porém, atento o disposto no nº2, do citado artigo 35º, na redacção vigente à data em que foram outorgados os contratos,⁸ a celebração de contratos de *tarefa* e de *avença* apenas podia ter lugar quando estivessem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- Se tratasse da execução de trabalho não subordinado, para a qual se revelasse inconveniente o recurso a qualquer modalidade da relação jurídica de emprego público;
- O trabalho fosse realizado, em regra, por uma pessoa colectiva;⁹
- Fosse observado o regime legal da aquisição de serviços;
- O contratado comprovasse ter regularizadas as suas obrigações fiscais e para com a segurança social.

Por outro lado, segundo estabelece o nº3, do mesmo normativo, considera-se *trabalho não subordinado* o que, sendo prestado com autonomia, não se encontra sujeito à disciplina e à direcção do órgão ou serviço contratante nem impõe o cumprimento de horário de trabalho.

O *contrato de avença*, de acordo com o nº6, do dito artigo 35º da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro,¹⁰ tem como objecto prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal.

Por seu lado, o *contrato de tarefa*, de harmonia com o nº5,¹¹ do mesmo normativo, tem como objecto a execução de trabalhos específicos, de natureza excepcional.

A recorrente diz que, no caso em apreço, estamos perante uma prestação de serviços na modalidade de *avença*, para execução de serviços específicos.

⁸ A Lei nº 3-B/2010 de 28 de Abril, introduzindo alterações na Lei nº 12-A/2008, veio revogar a alínea b) do nº2, do artigo 35º, deste último diploma legal.

⁹ Este requisito veio a ser suprimido pela Lei nº 3-B/2010 de 28 de Abril, aquando das alterações efectuadas à Lei nº 12-A/2008, como se referiu na nota anterior.

¹⁰ Este número passou a ser o nº7, do artigo 35º, após as alterações introduzidas pela Lei nº 3-B/2010 supra citada.

¹¹ Este número passou a ser o nº 6, do artigo 35º, após as alterações efectuadas pela dita Lei nº 3-B/2010.



Ora, face à matéria de facto dada por assente, e no âmbito do objecto dos contratos submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal – o fornecimento de pessoal médico à ARSA, IP – está-se perante a execução de *trabalho não subordinado*, não sujeito à disciplina ou à direcção da ARSA, IP:

Efectivamente, embora nos contratos se estabeleça um número de horas semanais e um total máximo de horas anuais previstas, (vide o Anexo I, à cláusula 1^a dos contratos - matéria factual constante da alínea C) do probatório), e se preveja o preenchimento de folha de ponto por parte de cada profissional médico prestador do serviço, bem como a existência de turnos, o certo é que não se define um horário de trabalho fixo.

Por outro lado, não se verifica a existência de sujeição à disciplina ou à direcção da ARSA, IP, apenas se prevendo a possibilidade de resolução do contrato no caso de o outro contratante violar de forma grave ou reiterada qualquer das obrigações que lhe incumbem (vide a cláusula 17^a dos contratos - alínea C) do probatório).

O exercício da medicina é uma profissão liberal. Porém, os presentes contratos não são celebrados com médicos, nem têm como objecto a prestação de serviços médicos, nem para aquele exercício é estabelecida uma remuneração mensal certa.

Todavia, face à factualidade dada por assente, não se pode qualificar os referidos contratos como de tarefa, ou de avença, uma vez que envolvem o *fornecimento de pessoal médico*, e não a realização de um trabalho específico, de natureza excepcional, nem a disponibilização de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal.

Como se disse atrás, não existe aqui a contratação, pela ARSA, IP., de serviços médicos, efectuada directamente com os próprios médicos, mas antes a contratação, com empresas, para o fornecimento de profissionais de medicina com vista à ulterior prestação de serviços da sua especialidade.

Efectivamente, e como resulta dos contratos, as adjudicatárias limitam-se a fornecer profissionais de medicina, inscritos na Ordem dos Médicos, com um certo perfil, sem que possam afectar à prestação outros médicos sem prévia autorização da ARS, IP (vide a matéria factual constante da alínea C) do probatório – cláusula 8^a dos contratos).



Tribunal de Contas

Por seu turno, os serviços médicos serão prestados nas instalações dos Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da ARS do Algarve, indicados no Anexo I aos contratos (vide a cláusula 2ª destes – alínea C) do probatório) sendo que existe o compromisso de os médicos atenderem os doentes que se apresentem nas referidas unidades de saúde, dentro do volume de horas indicado no mapa anexo I aos contratos (vide a cláusula 3ª destes – alínea C) do probatório).

Deste modo, não se incluem os presentes contratos em qualquer das modalidades de contratos de prestação de serviços previstas no artigo 35º da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

Por seu lado, de harmonia com a alínea c), do nº2, deste normativo, os contratos de prestação de serviços só podem ser celebrados se observarem o regime legal de aquisição de serviços.

Além disso, deve referir-se que, de harmonia com o que estabelece o artigo 36º, nº1, da mencionada Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, os contratos de prestação de serviços, celebrados com violação dos requisitos previstos nos nºs 2 e 4 do artigo 35º, do mesmo diploma legal, são **nulos**.

Ademais, importa recordar que o regime legal de aquisição de serviços é o que consta do Código dos Contratos Públicos, uma vez que, como se viu acima, não lhes é aplicável a exceção constante da al. f), do nº4, do artigo 5º, deste compêndio normativo.

Nesta conformidade, atento o disposto no artigo 20º, nºs1, als. a) e b) e 3, do CCP e o valor dos contratos, a celebração destes devia ter sido antecedida da realização de um concurso público, ou de um concurso limitado por prévia qualificação, o que não sucedeu.

5. Refere a recorrente, por outro lado, que este Tribunal já concedeu o visto a contratos semelhantes, tendo, para o efeito, citado os Processos nºs 47/2008 e 15/2009, nos quais foi concedido o visto em 14-05-2008 e em 02-04-2009, respectivamente.

Os “vistos” a que a recorrente se refere, como tendo sido concedidos em 14-05-2008 e em 02-04-2009, não ocorreram nos processos nºs 47/2008 e 15/2009, mas sim nos processos nºs **120/2008** (pela Decisão nº 311/2008, de 14-05-2008) e **163/2009** (pela Decisão nº 335/09, de 02-04-2009).



Todavia, ao invés do que refere a recorrente, as situações supra mencionadas não tem semelhança com aquelas que ora estão em apreciação:

5. 1. Efectivamente, no caso do visto concedido no processo nº 120/2008, tratava-se da 1ª renovação - precedida de ajuste directo, ao abrigo do disposto no artigo 86º, nº1, alínea g), do DL nº 197/99 de 8 de Junho - de um contrato de prestação de cuidados de saúde que foi antecedido de um concurso público, cujo anúncio de abertura foi publicitado no *Diário da República* e no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*.

No caso do visto concedido no processo nº 163/2009, tratava-se da 2ª renovação – igualmente precedida de ajuste directo, ao abrigo do disposto no citado artigo 86º, nº1, alínea g), do DL nº 197/99 de 8 de Junho – do contrato de prestação de cuidados de saúde celebrado na sequência do concurso público internacional atrás referido.

Nas situações aqui em apreço, porém, os contratos foram celebrados por ajuste directo, com consulta a cinco entidades, por a ARS, IP ter considerado que não era aplicável a Parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Ora, vimos acima que, de acordo com o disposto no artigo 35º, nºs 1 e 2, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, os contratos de prestação de serviços, outorgados por serviços da administração indirecta do Estado, só podem ser celebrados quando forem respeitados os requisitos cumulativos previstos no nº2, do mesmo normativo, - entre os quais se releva o da alínea c), que impõe que seja observado o regime legal de aquisição de serviços.

O desrespeito dos requisitos indicados no nº2 acarreta, por sua vez, a **nulidade** dos contratos de prestação de serviços, face ao disposto no nº1, do artigo 36º, da citada Lei nº 12-A/2008.

Além disso, e como também vimos, os presentes contratos não estão abrangidos pela excepção constante da alínea f), do nº4, do artigo 5º, do CCP, dado que se não trata da aquisição de serviços de saúde, mas sim de fornecimento de pessoal médico, motivo por que não estão subtraídos à disciplina do CCP, designadamente da sua Parte II.



Tribunal de Contas

Deste modo, atento o valor dos contratos e o disposto no artigo 20º, nº1, alíneas a) e b) do CCP, os instrumentos contratuais aqui em apreço deveriam ter sido antecedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, conforme decidiu o Acórdão recorrido.

A falta de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, quando legalmente obrigatórios – como é o caso que ora nos ocupa – acarreta a **nulidade** do acto de adjudicação e do subsequente contrato, por preterição de um elemento essencial (artigos 133º, nº1 do CPA e 284º, nº2, do CCP).

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

Não merece, assim, censura o Acórdão recorrido.

6. Um apontamento final se justifica:

A celebração dos presentes contratos ocorreu em razão da dificuldade em suprir necessidades prementes de prestação de serviços médicos às populações.

Casos têm havido em que as carências se verificam ao nível da prestação de serviços de enfermagem.

Uma vez que a resposta para estas necessidades não poderá ser alcançada através do mecanismo adoptado no presente caso, importaria que o legislador reponderasse as soluções normativas actualmente em vigor, por forma a que os serviços tenham possibilidade de encontrar soluções que, de forma eficaz, ultrapassem as dificuldades que os mecanismos de mobilidade possam originar e possam encontrar respostas satisfatórias para uma tão séria situação como é a da carência de médicos em certas zonas do País.

É quer, estando em causa o cumprimento do disposto no artigo 64º, da Constituição da República Portuguesa (CRP),¹² deve o Estado colocar todo o seu empenho no desenvolvimento de acções que possam concretizar o direito aí consagrado.

¹² Recorde-se que o artigo 64º da Constituição da República Portuguesa dispõe, no seu nº1, que “todos têm direito à protecção na saúde e o dever de a defender e promover”, e que, nos termos do nº3, desta disposição constitucional, incumbe ao Estado, prioritariamente, assegurar o direito à protecção da saúde.



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 presente recurso e, em consequência, em confirmar a decisão recorrida.

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

Lisboa, 26 de Outubro de 2010.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(José L. Pinto Almeida)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)