



ACÓRDÃO N.º 96/2008 - 15.Jul.2008 - 1ªS/SS

(Processo n.º 373/2008)

DESCRITORES: Alteração do Resultado Financeiro por Ilegalidade / Caderno de Encargos / Condições Contratuais / Contrato de Gestão / Minuta / Parceria Saúde / Princípio da Livre Concorrência / Princípio da Legalidade / Princípio da Publicidade / Princípio da Transparência / Recusa de Visto / Risco /

SUMÁRIO:

1. Nos contratos de gestão para o estabelecimento de parcerias em saúde, a fase de negociação, prevista nos arts. 37.º e 38.º do Decreto Regulamentar n.º 10/2003, de 28 de Abril, visa o aperfeiçoamento e a melhoria das propostas dos concorrentes admitidos, com vista à elaboração da minuta do respectivo contrato de gestão.
2. A introdução, naquela fase, de modificações substanciais ao Caderno de Encargos e à proposta apresentada em sede de negociação competitiva, nomeadamente, no que respeita ao perfil de risco do contrato, em benefício do adjudicatário e em sentido desfavorável à Entidade Pública Contratante, e a negociação, apenas com o adjudicatário, das condições contratuais da minuta do contrato a celebrar, quando deveria ter sido efectuada com os dois concorrentes previamente seleccionados, viola o disposto nos arts. 37.º, n.º 1 e 38.º, n.ºs 1 e 2 do citado Decreto Regulamentar, no art.º 26.º do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, e no art.º 7.º, al. b) do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.



3. As alterações efectuadas às disposições imperativas do Caderno de Encargos, além da violação do art.º 38.º do mencionado Decreto Regulamentar e do art.º 42.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, tipificam, ainda, a violação dos princípios da legalidade, da transparência, da publicidade, da concorrência e da estabilidade, previstos nos art.ºs 7.º, n.º 1, 8.º, 10.º e 14.º, deste último diploma legal.
4. A violação das normas legais citadas além de porem em causa a garantia da concorrência, redundaram não só em condições menos vantajosas, mas também mais gravosas para a Entidade Pública Contratante, e tiveram como consequência não só a mera susceptibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato, como a sua efectiva alteração, o que constitui fundamento de recusa do visto nos termos do art.º 44.º, n.º 3, al. c) da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



Transitado em julgado

ACÓRDÃO Nº 96 /08 – 15. JUL. – 1ª S/SS

Proc. nº 373/2008

Acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção:

I – RELATÓRIO

A **Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, IP (ARSLVT)** remeteu, para fiscalização prévia, um contrato de gestão celebrado em 22 de Fevereiro de 2008, entre esta entidade, na qualidade de representante do Estado Português, e as empresas “**HPP Saúde – Parcerias Cascais, SA**” e “**TDHOSP – Gestão de Edifício Hospitalar, SA**”, tendo por objecto a “Realização das prestações de saúde do Hospital de Cascais, integrado no Serviço Nacional de Saúde, compreendendo as actividades de gestão dos edifícios hospitalares actuais e do novo edifício hospital”.

II – MATÉRIA DE FACTO

Para além do referido acima, relevam para a decisão os seguintes factos, que se dão por assentes:

- A)** O contrato acima mencionado foi precedido de um procedimento, cujo anúncio foi publicado no *Diário da República*, III série, de 9 de



Tribunal de Contas

Setembro de 2004, no suplemento nº 171, ao *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*, de 2 de Setembro de 2004, e nos jornais “Público”, “Diário Económico”, *Jornal de Negócios*” e “Diário de Notícias”, de 31 de Agosto de 2004;

- B)** Pela Resolução do Conselho de Ministros (RCM) n.º 162/2001, de 27 de Setembro, ¹ foi criada, na dependência do Ministro da Saúde e a funcionar junto do Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde (IGIF), uma estrutura de missão, designada por *Parcerias.Saúde*, com a finalidade de executar a estratégia de promoção de formas inovadoras de gestão no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, nomeadamente através da criação de parcerias público-públicas e público-privadas. ²
- C)** Em 16 de Abril de 2004, o Ministro da Saúde, em cumprimento do disposto no nº1, do artigo 8º, do DL nº 86/2003, de 26 de Abril, notificou a Ministra de Estado e das Finanças, sobre o início do estudo e preparação do projecto em Parceria Público-Privada, relativo ao novo Hospital de Cascais.
- D)** Nesta sequência, pelo Despacho Conjunto dos Ministros de Estado e das Finanças, e da Saúde, n.º 370/2004, de 13 de Maio, ³ foi constituída a comissão de acompanhamento do projecto de parceria, em preparação.
- E)** Após a notificação da conclusão dos trabalhos de estudo e preparação do projecto da Parceria, quer os membros nomeados pelo Ministro da Saúde, para a Comissão de Acompanhamento, quer os nomeados pelo Ministro de Estado e das Finanças, emitiram, com data de 26 de Julho de 2004, os pareceres previstos no nº7, do artigo 8º, do DL n.º 86/2003, de 26 de Abril.
- F)** Na sequência dos referidos pareceres, os Ministros de Estado e das Finanças, e da Saúde, pelo Despacho Conjunto n.º 554/2004, de 29 de

¹ In DR, I Série-B, de 16 de Novembro de 2001.

² Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2004, de 01/07, publicada no D.R., I Série-B, de 21/07, foi prorrogado o mandato da estrutura de missão *Parcerias.Saúde*, com efeitos a partir de 01/09/2004 e por um prazo de 4 anos.

³ In DR, II Série, de 22 de Junho de 2004.



Julho, ⁴ e ao abrigo do disposto no n.º 9 do artigo 8.º, do referido diploma, aprovaram as **condições de lançamento da parceria**, incluindo o **Programa de Concurso** e o **Caderno de Encargos**.

G) Nos termos do Programa de Concurso:

- O *objecto do contrato* consiste na:
 - Realização de prestações de saúde promotoras, preventivas ou terapêuticas no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, através do Estabelecimento Hospitalar, integrado na rede nacional de prestação de cuidados de saúde, nos termos do caderno de encargos;
 - Gestão do Novo Edifício Hospitalar, compreendo estas as actividades de concepção, projecto, construção, financiamento, conservação e manutenção do Novo Edifício Hospitalar, nos termos do caderno de encargos.
- O *critério de adjudicação* é composto pelos seguintes factores:
 - Qualidade técnica da proposta: 45%
 - Abrangência, coerência e qualidade das propostas de instalação e exploração do Estabelecimento Hospitalar: 25%
 - Qualidade técnica do Novo Edifício Hospitalar: 15%
 - Abrangência, coerência e qualidade da proposta de exploração do Novo Edifício Hospitalar: 5%
 - Valor global actual líquido esperado dos pagamentos anuais a realizar pelo Estado ao abrigo do contrato de gestão: 40%
 - Solidez da estrutura empresarial, contratual e financeira: 8%
 - Grau de risco e de compromisso associado à proposta: 5%
 - Prazos de execução do projecto: 2%
- São seleccionados para a negociação, 2 concorrentes;
- A minuta do contrato será negociada com o concorrente que ficou em 1.º lugar na sessão de negociações;

⁴ In DR, II Série, de 30 de Agosto de 2004.



- O Custo Público Comparável, a preços de Janeiro de 2005, cifra-se em € 409.000.000,00.

H) Nos termos do *Caderno de Encargos* (doravante designado por C.E.):

- Para além do objecto principal descrito na alínea anterior, o contrato de gestão regula, ainda:
 - A transmissão do Estabelecimento Hospitalar e da respectiva gestão para a Entidade Gestora do Estabelecimento, bem como a gestão dos Edifícios Hospitalares Actuais, nos termos e condições fixadas nesse documento;
 - A transferência do Estabelecimento dos Edifícios Hospitalares Actuais para o Novo Edifício Hospitalar.
- O perfil assistencial do Estabelecimento Hospitalar ⁵ deverá obedecer ao definido no anexo 1 ao C.E., com os desenvolvimentos que venham a resultar da negociação entre as partes;
- O Estabelecimento Hospitalar tem como área de influência o concelho de Cascais e, após a sua instalação no Novo Edifício Hospitalar, incluirá, ainda, na área materno-infantil, 8 freguesias do concelho de Sintra; ⁶
- As partes no contrato serão o Estado e duas Entidades Gestoras, sendo uma delas a responsável pela gestão do Estabelecimento Hospitalar, designada por *Entidade Gestora do Estabelecimento* (doravante designada por E.G.E.), compreendendo, em especial, a prestação dos serviços clínicos, dos serviços de apoio e da conservação e manutenção dos Edifícios Hospitalares actuais, e a outra, a responsável pela gestão do Novo Edifício Hospitalar, designada por *Entidade Gestora do Edifício* (doravante designada por E.G.Ed.), compreendendo, em especial, as actividades de projecto e construção do Novo Edifício Hospitalar, bem como pela

⁵ O perfil assistencial é constituído por uma descrição das áreas de actividade e das valências e especialidades que serão obrigatoriamente disponibilizadas pelo Estabelecimento Hospitalar, antes e após a conclusão da transferência para o Novo Edifício Hospitalar.

⁶ A saber: Algueirão-Mem Martins; Pêro Pinheiro; Colares; S. João das Lampas; Sintra (Santa Maria e São Miguel); Sintra (S. Martinho); Sintra (S. Pedro de Penaferrim) e Terrugem.



Tribunal de Contas

sua conservação e manutenção, incluindo os respectivos terrenos e jardins;

- O prazo do contrato de gestão, relativo ao Estabelecimento Hospitalar, é de 10 anos, contados da data da sua celebração, renováveis por sucessivos períodos, até ao limite total de 30 anos. Por seu turno, o prazo de exploração do novo Edifício Hospitalar é de 30 anos, contados da data de assinatura do contrato de gestão;
- Durante a vigência do contrato de gestão, cada Entidade Gestora é titular dos direitos reais sobre os bens afectos ao Estabelecimento Hospitalar, ou aos Edifícios Hospitalares, que não pertençam ao domínio público ou privado, de entidades públicas, ou que não sejam propriedade de entidades privadas, embora a capacidade de disposição/onação esteja limitada, regra geral, à anuência da Entidade Pública Contratante (doravante designada por E.P.C.);
- Extinto o contrato de gestão, por qualquer das formas legal ou contratualmente previstas, *antes da conclusão da transferência do Estabelecimento para o Novo Edifício Hospitalar*, reverte para a E.P.C. a universalidade de bens e direitos que integram o Estabelecimento Hospitalar, bem como transmite-se a posse sobre os Edifícios Hospitalares actuais para a E.P.C., no estado em que se encontrarem no momento da extinção;
- Extinto o contrato de gestão, por qualquer das formas legal ou contratualmente previstas, *após a conclusão da transferência do Estabelecimento para o Novo Edifício Hospitalar*, reverte para a E.P.C. a universalidade de bens e direitos que integram o Estabelecimento Hospitalar e o Novo Edifício Hospitalar;
- Os bens afectos ao Estabelecimento Hospitalar e ao Novo Edifício Hospitalar revertem para a E.P.C., em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, e livres de quaisquer ónus ou encargos, com excepção daqueles que tenham sido validamente constituídos, nos termos previstos no contrato de gestão;
- Pela reversão dos bens, a E.P.C. pagará as Entidades Gestoras uma compensação correspondente:



- Ao valor líquido contabilístico dos investimentos efectuados nos Edifícios Hospitalares actuais;
 - Ao valor líquido contabilístico dos investimentos efectuados no Novo Edifício Hospitalar após a sua entrada em funcionamento;
 - Ao valor líquido contabilístico dos activos adquiridos pela E.G.E., e revertidos para a E.P.C., na parte que não tenha sido financiada pelo Fundo de Renovação de Equipamentos, ou pela E.P.C..
- Em caso de extinção do contrato, em virtude resgate, rescisão por interesse público, ou de rescisão por incumprimento, a Entidade Gestora terá direito a uma indemnização, a calcular nos termos do anexo 13 ao C.E.
- I) Ainda nos termos do referido **Caderno de Encargos**, para além do exposto, está também previsto, no que se refere especificamente ao:

1. Estabelecimento Hospitalar

- Com a celebração do contrato de gestão, o Centro Hospitalar de Cascais (doravante designado por CHC) transmite para a E.G.E. o Estabelecimento Hospitalar, composto pelos activos e relações jurídicas existentes no momento da transmissão, com excepção dos créditos e disponibilidades monetárias de que o CHC seja titular, e das dívidas do mesmo, com excepção daquelas que resultem da transmissão das situações jurídico-laborais;
- A título de contrapartida pela aquisição do Estabelecimento Hospitalar, a E.G.E. pagará ao CHC, ou à entidade designada para o efeito pela E.P.C., a quantia de € 15.000.000,00, sujeita a ajustamento em função do resultado constante de um relatório a elaborar por uma empresa de auditoria, no prazo de 3 meses após a referida transmissão do estabelecimento hospitalar, sobre a situação do Estabelecimento Hospitalar;



Tribunal de Contas

- A E.G.E. fica obrigada a assegurar a realização das prestações de saúde que constituem a Produção Prevista ⁷ para cada ano de duração do contrato de gestão, ⁸ ⁹ nos termos especificados nos anexos 2 e 3 ao C.E., bem como:
 - A prestação integrada de todos os outros serviços de que deva beneficiar, directa ou indirectamente, o utente, relacionados com o respectivo estado e saúde, ou com a sua estadia no Estabelecimento;
 - A realização de todos os actos clínicos adicionais que lhe seja solicitados pela E.P.C., nos termos que vierem a ser acordados, e para os quais detenha os meios humanos e materiais disponíveis;
 - A assegurar a disponibilidade do Serviço de Urgência, nos termos do artigo 25.º do C.E., ou de outras unidades que venham a ser pagas pela disponibilidade.

- A E.G.E. poderá, ainda, realizar actividades específicas relacionadas com a promoção ou prevenção da saúde da população da área de influência do Estabelecimento Hospitalar, que não estejam incluídas no artigo 21.º do C.E., e que correspondam à prossecução de fins específicos de relevante interesse público, na área da Saúde, como programas de rastreio de doenças específicas, campanhas de prevenção e programas de informação de saúde pública;

- A E.G.E. só pode realizar prestações de saúde fora do âmbito do Serviço Nacional de Saúde, ou ceder instalações, meios técnicos ou humanos para a sua realização, nos termos do C.E. e do

⁷ A Produção Prevista corresponde ao conjunto de prestações de saúde a realizar através do Estabelecimento Hospitalar, em cada ano de duração do contrato de gestão, classificada por tipo de actos, técnicas e serviços de saúde, de acordo com as especificações constantes do anexo 2 ao C.E.

⁸ A Produção Prevista é discriminada por episódios de internamento, intervenções em cirurgia do ambulatório, atendimentos em urgência, consultas externas, sessões em hospital de dia, casos e actos específicos, os quais compreendem:

- Todas as prestações de saúde, incluindo os actos complementares de diagnóstico e terapêutica executados ou não no Estabelecimento Hospitalar;
- Os serviços de apoio, directo e indirecto;
- Medicamentos dispensados pela farmácia hospitalar;
- Transporte de doentes requisitados pelo Estabelecimento Hospitalar.

⁹ A Produção Prevista é determinada, anualmente, por acordo entre as partes, nos termos de um procedimento específico.



contrato de gestão, e, em especial, só pode realizar actividade fora do âmbito do Serviço Público de Saúde, com base em relações contratuais com terceiros, até ao limite de 10% da Produção Prevista anualmente fixada;

- A actividade mencionada no ponto anterior entra no cômputo da Produção Prevista, sendo, para efeitos de cálculo da remuneração devida à E.G.E., contabilizada como Produção Efectiva, e a correspondente receita considerada como Receita Devida por Terceiros;
- Em contrapartida pela prestação efectiva dos serviços objecto do contrato, a E.G.E. receberá uma remuneração anual composta por:
 - Uma remuneração base, que integra as componentes relativas:
 - Aos serviços clínicos efectivamente prestados através do Hospital;
 - À disponibilidade de serviços hospitalares específicos;
 - Correspondente a ajustamentos a efectuar em função da prescrição de medicamentos, pelo Hospital de Cascais, e adquiridos nas farmácias comunitárias.
 - Uma componente correspondente a deduções a efectuar em função dos níveis de desempenho da E.G.E.¹⁰.
- No cálculo da referida remuneração, serão acordados preços diferenciados, em conformidade com o disposto no anexo 7 ao C.E., conforme se esteja no período de transição, ou no período posterior à data da conclusão da transferência do Estabelecimento para o Novo Edifício Hospitalar, e no termo do contrato de gestão;
- Poderão, ainda, ocorrer pagamentos a favor da E.G.E., por parte da E.P.C., caso aquela realize outras actividades específicas relacionadas com a promoção ou prevenção da saúde da população da área de influência do estabelecimento Hospitalar, que

¹⁰ As entidades gestoras deverão estabelecer um sistema de monitorização do seu próprio desempenho, bem como do desempenho das entidades que actuem sob sua conta ou sob sua orientação, em especial sobre os parâmetros de desempenho estabelecidos nos apêndices aos anexos 7 e 11 do C.E., tendo em vista o apuramento e registo de falhas de desempenho. Quando ocorram este tipo de falhas, a E.P.C. terá o direito de proceder a deduções aos pagamentos a realizar às entidades gestoras, relativas à remuneração de cada uma delas.



correspondam à prossecução de fins específicos de relevante interesse público, na área da Saúde;

- A E.G.E. procederá à cobrança das receitas devidas por terceiros pagadores, pela realização de prestações de saúde, incluindo taxas moderadoras, e de serviços adicionais, as quais serão repartidas com a E.P.C. nos termos do contrato de gestão e do anexo 7 ao C.E.

2. Novo Edifício Hospitalar

- O Novo Edifício Hospitalar é composto pelo terreno e por todas as obras, máquinas, equipamentos, infra-estruturas técnicas e acessórios funcionalmente aptos para a realização das prestações de saúde, com excepção dos equipamentos médicos e gerais, pertencentes à E.G.E.;
- Para efeitos de construção do Novo Edifício Hospitalar, será outorgado, entre a E.P.C. e a E.G.Ed., um contrato de constituição de direito de superfície sobre os terrenos indicados no anexo 8 ao C.E., pelo prazo de 30 anos, contados da data de assinatura do contrato de gestão;
- A E.G.Ed. obriga-se a disponibilizar o Novo Edifício Hospitalar em permanentes condições de funcionamento e operacionalidade, em conformidade com as especificações de serviço do Novo Edifício Hospitalar, constantes do anexo 10 ao C.E., as quais incluem a prestação do serviço de manutenção de edifícios e instalações técnicas especiais, bem como o serviço de manutenção de espaços envolventes;
- Em contrapartida pela prestação efectiva dos serviços objecto do contrato, a E.G.Ed. receberá uma remuneração anual composta por:
 - Uma remuneração base, correspondente à disponibilização do Novo Edifício Hospitalar;
 - Uma componente correspondente a deduções a efectuar em função dos níveis de desempenho da E.G.Ed.



- A remuneração será calculada e paga nos termos do anexo 11 ao C.E., só sendo devida a partir da data da entrada em funcionamento do Novo Edifício Hospitalar;
- A E.G.Ed. obriga-se a partilhar com a E.P.C. qualquer benefício que venha a resultar de uma eventual renegociação ou substituição dos contratos de financiamento, nos termos do contrato de gestão;
- A E.G.Ed. partilha, ainda, com a E.P.C., os montantes correspondentes às receitas comerciais de terceiros, obtidas no contexto da exploração autorizada, no Novo Edifício Hospitalar, designadamente as provenientes do desenvolvimento de actividades comerciais autorizadas.

J) Pelo Despacho n.º 19 504/2004 (2.ª série), de 27 de Agosto, ¹¹ o Ministro da Saúde autorizou o início do procedimento concursal.

K) Pelo Despacho n.º 22 870/2004 (2.ª série), de 13 de Outubro, ¹² o Ministro da Saúde designou a comissão de abertura de propostas.

L) Pelo Despacho conjunto n.º 680/2004 (2.ª série), de 13 de Outubro, ¹³ os Ministros das Finanças e da Administração Pública, e da Saúde, designaram a Comissão de Avaliação das Propostas. ¹⁴

M) Em Dezembro de 2004, através do “*Jornal Oficial da União Europeia*” (JOUE), do “*Jornal de Negócios*”, do “*Diário Económico*” e do jornal “*Público*”, e em Janeiro de 2005, através do *Diário da República*, foi tornado público que foram prestados esclarecimentos solicitados no âmbito do concurso e que os mesmos se encontravam anexos aos elementos patenteados do concurso.

N) Em 9 de Junho de 2006, a Comissão de Avaliação de Propostas, no seu relatório final de avaliação das propostas, pontuou, dos 4 agrupamentos que se apresentaram a concurso, como 1.º e 2.º

¹¹ In DR, II Série, de 16 de Setembro de 2004.

¹² In DR, II Série, de 9 de Novembro de 2004.

¹³ In DR, II Série, de 18 de Novembro de 2004.

¹⁴ A composição da comissão foi sucessivamente alterada pelo Despacho Conjunto n.º 593/2005, de 18 de Julho, publicado no D.R., II Série, de 17 de Agosto de 2005, pelo Despacho Conjunto n.º 691/2005, de 25 de Agosto de 2005, publicado no D.R., II Série, de 14 de Setembro de 2005, e pelo Despacho n.º 11 545/2007, de 14 de Maio de 2007, publicado no D.R., 2.ª Série, de 12 de Junho de 2007.



Tribunal de Contas

classificados, o agrupamento “*Hospitais Privados de Portugal/Teixeira Duarte*”,¹⁵ e o agrupamento “*Escala Cascais*”,¹⁶ respectivamente.

- O) Por Despacho Conjunto de 23 de Junho de 2006, dos Ministros de Estado e das Finanças, e da Saúde, foi aprovado o relatório final da Comissão de Avaliação das Propostas, bem como foram seleccionados para a fase de negociação competitiva os dois concorrentes mencionados no ponto anterior.
- P) Em resultado da negociação competitiva, a Comissão de Avaliação de Propostas, no seu relatório final de 1 de Fevereiro de 2007, propôs que fosse seleccionado, para a fase de negociação final da minuta, o agrupamento “*Hospitais Privados de Portugal/Teixeira Duarte*”.
- Q) Pelo Despacho Conjunto de 26 de Fevereiro de 2007, dos Ministros de Estado e das Finanças, e da Saúde, foi decidido seleccionar o concorrente “*Hospitais Privados de Portugal/Teixeira Duarte*” para efeitos de contratação e de finalização do teor da minuta do contrato a celebrar.
- R) Em resultado da negociação final da minuta do contrato, a Comissão de Avaliação de Propostas, no seu relatório final de 28 de Janeiro de 2008, propôs a adjudicação ao agrupamento supramencionado.
- S) Pelo Despacho Conjunto de 8 de Fevereiro de 2008, dos Ministros de Estado e das Finanças, e da Saúde, foi decidido, nomeadamente:
 - Adjudicar a celebração do contrato com o agrupamento “*Hospitais Privados de Portugal/Teixeira Duarte*”, bem como aprovar a minuta do contrato de gestão e respectivos anexos, nos termos que constam da acta da última sessão de negociação;
 - Aprovar a acta da 16ª sessão negocial, bem como os acordos instrumentais, anexos à mesma.

¹⁵ Constituído pelas empresas HPP – Hospitais Privados de Portugal, S.G.P.S., S.A., e Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A.

¹⁶ Constituído pelas empresas José de Mello Saúde, S.G.P.S., S.A., ISU – Estabelecimento de Saúde e Assistência, S.A., S.G.H.D. – Sociedade Gestora do Hospital das Descobertas, S.A., Somague Itinere – Concessão de Infra-estruturas, S.A., Somague Engenharia, S.A., Edifer – Construções Pires Coelho & Fernandes, S.A., e Edifer – Investimentos, S.G.P.S., S.A.



- T) Com data de 22 de Fevereiro de 2008, foi celebrado, entre o Estado Português, representado pela **Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I.P.**, a “**HPP Saúde – Parcerias Cascais, SA**”, e a “**TDHOSP – Gestão de Edifício Hospitalar, SA**”, o contrato de gestão, o qual, para além do articulado, é composto por 35 anexos e por um Protocolo referente à prestação de cuidados, em ambulatório, a doentes com HIV/Sida.
- U) Relativamente ao contrato, destacam-se, nomeadamente, os seguintes aspectos:
- Duração:
 - Quanto à E.G.E., de 10 anos, contados da data de transmissão do Estabelecimento Hospitalar, renováveis, até ao limite de 30 anos;
 - Quanto à E.G.Ed., de 30 anos, contados da data de produção de efeitos do contrato.
 - O contrato produz efeitos na data da sua assinatura;
 - A transmissão do Estabelecimento Hospitalar ocorre no 1.º dia do mês seguinte ao da concessão do visto deste Tribunal, excepto se a notificação da concessão do visto, à E.G.E., ocorrer após o dia 20 do mês em que o visto é concedido, caso em que a referida transmissão ocorre no 1.º dia do segundo mês seguinte ao da notificação;
 - O Novo Edifício Hospitalar deve entrar em funcionamento até 24 meses a contar da data de produção de efeitos do contrato;
 - As Entidades Gestoras são responsáveis pela obtenção dos fundos necessários ao desenvolvimento de todas as actividades que integram o objecto do contrato;
- V) Nos termos do **Caderno de Encargos**, está estabelecido que a **Entidade Gestora do Estabelecimento (E.G.E.)** pode realizar, directa ou indirectamente, - desde que devidamente autorizada - serviços adicionais, actividades comerciais acessórias e a cedência de



Tribunal de Contas

instalações e equipamentos do Estabelecimento Hospitalar, para a prática de actos clínicos por quaisquer pessoas ou entidades.

W) No contrato ficaram autorizadas as seguintes actividades comerciais acessórias:

- Máquinas de venda automática;
- Agência bancária;
- Correios;
- Cafeteria;
- Quiosque/Loja de conveniência;
- Centro de estética.

X) No Caderno de Encargos, está estabelecido que a **Entidade Gestora do Edifício (E.G.Ed)** pode realizar, directa ou indirectamente, desde que devidamente autorizadas, actividades comerciais acessórias, tendo ficado, desde logo, autorizadas, a gestão e exploração do estacionamento automóvel;

Y) No contrato, a **E.G.Ed.** obriga-se e responsabiliza-se, em especial:

- A conceber, a projectar, a construir e a explorar o Novo Edifício Hospitalar nos termos previstos no contrato e de acordo com os requisitos mínimos de capacidade, atendendo ao perfil assistencial previsto no anexo 1 ao contrato e com as especificações técnicas, os requisitos técnicos e os parâmetros de desempenho fixados;
- Pela qualidade da concepção e do projecto, bem como da execução das obras de construção e conservação do Novo Edifício Hospitalar, responsabilizando-se pela sua durabilidade e pela manutenção das normais condições de funcionamento e operação ao longo do período de duração do contrato.
- A E.G.Ed. obriga-se a ter concluída a construção integral do Novo Edifício Hospitalar no prazo de 24 meses após a data de produção de efeitos do contrato;



Tribunal de Contas

- Em contrapartida pela prestação efectiva dos serviços, objecto do contrato, a E.G.Ed. recebe uma remuneração anual, nos termos do anexo VI ao contrato, que cobre todos os serviços que cabe a ela prestar, ¹⁷ a qual só é devida a partir da data da entrada em funcionamento do Novo Edifício Hospitalar;
- A referida remuneração anual inclui uma componente relativa à disponibilidade do Novo Edifício Hospitalar (remuneração base anual) e uma componente correspondente a deduções, a efectuar em função dos níveis de desempenho da referida Entidade Gestora;

Z) No contrato, e quanto à **Remuneração**, está estabelecido:

- A remuneração base anual tem a seguinte composição:
 - Uma componente variável, de € 2.800.000,00, a preços de Janeiro de 2007, paga proporcionalmente ao número de meses, ou fracção de meses, do ano que o Novo Edifício Hospitalar está efectivamente em funcionamento;
 - Uma componente fixa, a preços correntes de cada ano, cujo valor é pago integralmente, independentemente do número de meses de ano em que o Novo Edifício Hospitalar esteja efectivamente em funcionamento, ¹⁸ conforme se passa a apresentar:

ANO	VALOR
2010	5.535.659,0 9
2011	4.292.000,0 0

ANO	VALOR
2020	5.320.000,0 0
2021	4.234.000,0 0

ANO	VALOR
2030	8.690.000,0 0
2031	5.260.000,0 0

¹⁷ Salvo os acréscimos resultantes de alterações solicitadas pela E.P.C., nos termos da cláusula 92.^a

¹⁸ Caso se verifiquem atrasos na entrada em funcionamento do Novo Edifício Hospitalar, face ao calendário estabelecido na cláusula 88.^a, a componente fixa da remuneração base anual aplicável no ano de entrada em funcionamento do Novo Edifício Hospitalar é reduzida, proporcionalmente, em função do número de dias de atraso verificados.



Tribunal de Contas

2012	3.790.000,0 0	2022	4.160.000,0 0	2032	3.800.000,0 0
2013	3.960.000,0 0	2023	5.700.000,0 0	2033	2.670.000,0 0
2014	4.274.000,0 0	2024	8.670.000,0 0	2034	0,00
2015	4.324.000,0 0	2025	8.580.000,0 0	2035	0,00
2016	4.058.000,0 0	2026	5.696.000,0 0	2036	0,00
2017	4.094.000,0 0	2027	4.248.000,0 0	2037	0,00
2018	4.740.000,0 0	2028	5.246.000,0 0	2038	0,00
2019	6.014.000,0 0	2029	8.360.000,0 0		

AA) Para além da remuneração anual, constituem, ainda, receitas da E.G.Ed., de acordo com o estabelecido no anexo VI ao contrato, uma parte ou a totalidade das receitas comerciais de terceiros.

BB) A E.G.Ed. obriga-se a partilhar com a E.P.C. 50% de qualquer benefício que venha a resultar de uma eventual renegociação ou substituição dos contratos de financiamento, constantes do anexo III ao contrato.

CC) No que concerne ao perfil assistencial, e relativamente à prestação dos cuidados continuados e da assistência a doentes infectados com HIV, bem como à produção em hospital de dia médico em oncologia, o seu teor consta da cláusula 6^a do Anexo 1, ao Caderno de Encargos, o qual se dá aqui por inteiramente reproduzido;

DD) Na alínea c), da cláusula 36^a do Contrato de Gestão, prevê-se que a prestação de cuidados continuados integra a produção hospitalar, contendo o n.º6, da cláusula 57^a, do Contrato, a eliminação da produção em hospital de dia médico em oncologia;



- EE)** De acordo com o artigo 15º, nº3, do Caderno de Encargos, as receitas de terceiros, obtidas com o desenvolvimento de actividades comerciais acessórias autorizadas, constituem receitas próprias das entidades gestoras, na medida e nos termos fixados no Contrato de Gestão;
- FF)** Em conformidade com o constante das cláusulas 46ª e 101ª do Contrato de Gestão, a E.P.C. partilha com a E.G.E. e com a E.G.Ed., as receitas comerciais de terceiros, na sequência da prossecução das actividades comerciais acessórias;
- GG)** Nos quadros que fazem parte dos nºs 4 e 3, respectivamente, das cláusulas indicadas na alínea anterior, a percentagem a partilhar entre a E.P.C. e a E.G.E. corresponde a **0%**, o que constava *ab initio* da proposta do concorrente e que não foi objecto de negociação no âmbito da respectiva fase;
- HH)** Questionada a Entidade Pública Contratante sobre a disparidade entre o que consta das alíneas **EE)** a **GG)**, veio esta dizer, em síntese, o seguinte:

“...A transferência da globalidade das receitas comerciais de terceiros estimadas para a Entidade Pública Contratante processou-se mediante uma redução dos preços a cobrar à Entidade Pública Contratante, ao longo da duração do contrato, e, conseqüentemente, do Valor Actualizado Líquido dos pagamentos a realizar à Entidade Gestora do Edifício...”

(...)

“...Ainda no âmbito da fase de apresentação de propostas o concorrente previu, o desenvolvimento da actividade gestão e exploração do estacionamento automóvel no Novo Edifício Hospitalar, mediante a subcontratação de uma terceira entidade que assumiria o risco de procura, partilhando com a Entidade Pública Contratante 50% das receitas provenientes desta actividade. Posteriormente, no âmbito da fase de negociação competitiva, (...) o concorrente manteve a proposta apresentada na primeira fase relativamente à Entidade Gestora do Estabelecimento e alterou a sua proposta no que respeita à Entidade Gestora do Edifício, passando a atribuir à Entidade Pública Contratante 0% das receitas a auferir com a actividade de gestão e exploração do estacionamento automóvel no Hospital de Cascais, ao longo do prazo do Contrato. A alteração da proposta foi justificada com base no argumento de que, desta forma, a globalidade da receita proveniente da referida actividade seria, desde logo, transferida para a Entidade Pública Contratante que deixaria de assumir qualquer risco de verificação futura destes montantes,



nomeadamente o risco de cobrança pela Entidade Gestora do Edifício ao operador do parque de estacionamento subcontratado. “

- II)** O artigo 76º e seguintes do Caderno de Encargos enuncia as condições em que as entidades privadas devem estabelecer e manter um sistema de monitorização do respectivo desempenho;
- JJ)** No âmbito da negociação final, designadamente na 16ª Sessão Negocial, foi decidida a alteração da arquitectura do sistema de monitorização, o que foi consagrado no nº7, da cláusula 57ª do Contrato, nos termos da qual é devida à E.G.E. uma indemnização correspondente às alterações na arquitectura do sistema de monitorização, em quantia que ascende a € 478.000,00;
- KK)** De acordo com o previsto no artigo 95º do Caderno de Encargos, o desempenho da Entidade Gestora do Estabelecimento, (E.G.E.) no exercício das actividades objecto do Contrato de Gestão, será sujeito à avaliação por áreas, relativamente ao grau de satisfação dos utentes, a aferir mediante a realização de inquérito efectuados durante o período de avaliação;
- LL)** Por sua vez, a avaliação do desempenho da E.G.Ed., é efectuada, de harmonia com o artigo 96º do CE, por áreas, e, de acordo com o estabelecido nos seus nºs 3 e 4, segue os critérios fixados na tabela referida neste último número, a qual aqui se dá por inteiramente reproduzida, avaliação essa a aferir mediante a realização de inquéritos efectuados aos utentes, durante o período da avaliação (artigo 96º, nº3, al. c) do CE);
- MM)** A avaliação por áreas, mencionada na alínea anterior, compreende as seguintes três áreas: Disponibilidade, Serviço e Satisfação.
- NN)** Por outro lado, as citadas áreas têm os seguintes níveis de desempenho:
- Muito Bom
 - Bom
 - Satisfatório
 - Insatisfatório,



Tribunal de Contas

Sendo que, em cada um destes níveis, e no que toca à Disponibilidade, os critérios constantes da tabela mencionada no nº4, do artigo 96º, do CE, abrangem áreas críticas, áreas muito relevantes, áreas relevantes e áreas de apoio;

OO) Os quadros previstos nos nºs 4 a 7, da cláusula 105ª, do Contrato de Gestão, que aqui se dão por reproduzidos, e relativos à avaliação do desempenho, estabelecem, quanto à disponibilidade, níveis de desempenho cujas exigências mínimas são inferiores às estabelecidas nos nºs 3 e 4, do artigo 96º do Caderno de Encargos;

PP) Em sede de elaboração da minuta do contrato, por iniciativa da Comissão de Avaliação das Propostas, aquando da remessa daquele documento ao concorrente, foi retirada a exigência contida no artigo 96º do CE, o que determinou que o Contrato de Gestão, designadamente na cláusula 105ª, seja omissivo quanto à realização de inquéritos de satisfação dos utentes, no âmbito da apreciação do desempenho da entidade privada;

QQ) Nos termos da alínea f), do nº1, do artigo 109º do Caderno de Encargos, constitui fundamento de rescisão unilateral do Contrato de Gestão, relativamente às duas Entidades Gestoras, ou apenas a uma delas, o não cumprimento de quaisquer obrigações do Contrato de Gestão que, no entender da Entidade Pública Contratante, coloque em causa o cumprimento das obrigações de serviço público, a que o Hospital de Cascais está adstrito, designadamente quando a entidade privada não obtenha resultados satisfatórios nas avaliações globais de desempenho, nos termos estabelecidos no nº9, do artigo 95º e no nº9, do artigo 96º, do mesmo documento concursal;

RR) Aquando da redacção da minuta do Contrato, foram introduzidas modificações relativamente aos fundamentos de rescisão unilateral do Contrato, referidos na alínea anterior, o que veio a originar que o nº3, da cláusula 120ª do Contrato de Gestão, contém fundamentos de rescisão unilateral menos gravosos do que os previstas no nº9, do artigo 96º, do Caderno de Encargos, na parte relativa à obtenção de avaliações insatisfatórias;

SS) Sobre a matéria mencionada na alínea anterior, foi questionada a E.P.C., a qual, referiu, em síntese, o seguinte:



“... as alterações consubstanciam ... um aperfeiçoamento técnico, com vista a acautelar o interessa público subjacente ao contrato de parceria ... com esta alteração esclareceu-se a dúvida sobre se situações não previstas nos fundamentos de rescisão do caderno de encargos, poderiam ser invocadas como fundamento para a resolução. Este mecanismo acautela a posição da Entidade Pública, porquanto em todas as situações anteriormente previstas no caderno de encargos, passa a ser possível a rescisão, desde que o comportamento revista gravidade suficiente para pôr em crise o contrato, ... introduziu-se um mecanismo de interpelação admonitória com vista a evitar que a Entidade Pública Contratante se coloque numa situação de rescisão ilícita do contrato e, deste modo, se constitua no dever de indemnizar...”

(...)

“... no âmbito da negociação final, foi detectada uma incorrecção na fórmula constante do ponto 3. do anexo 11 ao caderno de encargos, tendo em consideração a definição da variável $F(Ser)t$, constante do ponto 5 do mesmo anexo ...”.

TT) O nº9, da cláusula 110ª, do Contrato de Gestão prevê a possibilidade de dispensa de pagamento de multas, apesar de tal situação não estar contemplada no Caderno de Encargos;

UU) No ponto 3.3.2. do Relatório Final da Comissão de Avaliação das Propostas, que aqui se dá por reproduzido, foi introduzido um ajustamento no mecanismo de partilha de risco, relativo à incerteza decorrente das variações de mercado;

III – O DIREITO

Com vista a enquadrar, juridicamente, a factualidade atrás elencada, importa aludir aos diplomas que contêm a disciplina das parcerias público-privadas, designadamente em matéria de saúde, bem como os princípios que regem a contratação pública em matéria de aquisição de bens e serviços, na parte que releva para o caso vertente.

1. O estabelecimento das normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração,



Tribunal de Contas

fiscalização e acompanhamento global das **parcerias público-privadas**, constitui o objecto do **DL n° 86/2003 de 26 de Abril**.¹⁹

De acordo com o artigo 4º, deste DL n° 86/2003, constituem *finalidades* essenciais das parcerias público-privadas o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público.

No âmbito destas parcerias, e de harmonia com o artigo 5º, do mesmo diploma legal, incumbe ao parceiro público o acompanhamento e controlo da execução do objecto da parceria, de forma a garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes, cabendo ao parceiro privado, preferencialmente, o financiamento, bem como o exercício e a gestão da actividade contratada.

Há, nestas parcerias, uma partilha de riscos entre as entidades públicas e as entidades privadas, a qual deve estar claramente identificada no contrato e obedece aos princípios enumerados nas várias alíneas do artigo 7º, do mesmo diploma.

2. No que concerne, propriamente, às **parcerias em saúde**, os princípios e instrumentos para o seu estabelecimento, em regime de gestão e financiamento privados, entre o Ministério da Saúde, ou instituições e serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde (SNS), e outras entidades, estão definidos no **DL n° 185/2002 de 20 de Agosto**.²⁰

Segundo dispõe o artigo 2º, nº1, deste diploma, o estabelecimento das parcerias em saúde tem por objecto a associação duradoura de entidades dos sectores privado e social à realização directa de prestações de saúde, ao nível dos cuidados de saúde primários, diferenciados e continuados, ou o apoio directo ou indirecto à sua realização no âmbito do serviço público de saúde assegurado pelo SNS.

¹⁹ Este diploma sofreu as alterações que lhe foram introduzidas pelo DL n° 141/2006 de 27 de Julho, o qual procedeu à republicação do DL n° 86/2003 de 26 de Abril.

²⁰ Este diploma sofreu as alterações que lhe foram introduzidas pelo DL n° 86/2003 de 26 de Abril.



Tribunal de Contas

Nos termos do artigo 5º, nº1, do DL nº 185/2002 de 20 de Agosto, constituem *instrumentos para o estabelecimento de parcerias em saúde*, com recurso a gestão e financiamento privados, entre outros os seguintes:

- a) *Contrato de gestão*;
- b) Contrato de prestação de serviços;
- c) Contrato de colaboração.

O *contrato de gestão* tem por objecto principal assegurar as prestações de saúde promotoras, preventivas ou terapêuticas, correspondentes ao serviço público de saúde através de um estabelecimento de saúde, ou parte funcionalmente autónomas, integrado do SNS (artigo 8º, nº1).

De acordo com o nº2, do mesmo artigo 8º, o *contrato de gestão* pode ainda ter por objecto a concepção, construção, financiamento, conservação e exploração do estabelecimento ou de parte funcionalmente autónoma.

Nesse contrato, as *partes* são a entidade pública contratante e a entidade gestora, (nº3 do artigo 8º) sendo que a entidade pública contratante é o Estado, ou qualquer outra pessoa colectiva pertencente ao Ministério da Saúde ou integrada no SNS (nº4, do mesmo artigo 8º).

Nos termos do artigo 14º, nº1, do citado DL nº 185/2002, as condições gerais dos procedimentos prévios à contratação, bem como o caderno de encargos tipo do contrato de gestão, são aprovados por **decreto regulamentar**.

Assim é que o **Decreto Regulamentar nº 10/2003, de 28 de Abril**, veio aprovar as *condições gerais dos procedimentos prévios* à celebração dos contratos de gestão, para o estabelecimento de parcerias em saúde, que constam do seu anexo, e o **Decreto Regulamentar nº 14/2003 de 30 de Junho**, veio aprovar o *caderno de encargos tipo* dos contratos de gestão, que envolvam as actividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração de estabelecimentos hospitalares com responsabilidade pelas prestações de saúde, que consta, igualmente, do seu anexo.

Deve salientar-se, também, que os contratos de gestão, no âmbito do SNS, devem estabelecer as condições em que a entidade pública contratante (E.P.C.) acompanha e fiscaliza a actividade da entidade gestora, bem como a repartição da responsabilidade pelos respectivos encargos (artigo 21º, do Anexo).

Disposição, igualmente de salientar, é a do artigo 26º, do DL nº185/2002 de 20 de Agosto, relativo ao *incumprimento do contrato de gestão*.



Tribunal de Contas

Sob a epígrafe “*Multas*”, estipula este artigo 26º que *os contratos de gestão devem estabelecer as multas a pagar pela entidade gestora, em caso de não cumprimento, as quais devem ser proporcionais ao valor do contrato e ao grau de lesão do interesse público.*

2. 1. Segundo dispõe o artigo 2º, nº1, do Dec. Reg. nº 10/2003 de 28 de Abril, o *procedimento prévio* à contratação dos contratos de gestão para o estabelecimento de parcerias em saúde, deve comportar as seguintes fases:

- a) Anúncio;
- b) Acto público;
- c) Qualificação;
- d) Selecção das propostas;
- e) Negociação;
- f) Adjudicação;
- g) Formação do contrato.

As *peças* que instruem o procedimento, estão, por seu turno, indicadas no artigo 3º, do Anexo ao Dec. Reg. nº 10/2003, e são:

- o Anúncio;
- o Programa do procedimento;
- o Caderno de Encargos;
- os Anexos ao Caderno de Encargos.

A *qualificação dos concorrentes*, bem como a *selecção das propostas*, são feitas pela Comissão de Avaliação das Propostas, nos termos dos artigos 32º, nº1 e 36º, nºs1 e 2 do Anexo ao citado Decreto Regulamentar, incidindo aquela sobre a capacidade técnica e económica e financeira adequada ao objecto do contrato de gestão.

Na fase de *selecção das propostas*, a Comissão de Avaliação selecciona e hierarquiza as mesmas, de acordo com a melhor garantia de satisfação do interesse público, e segundo os critérios de selecção e factores de ponderação indicados, exemplificativamente, nas várias alíneas do nº2, do referido artigo 36º.

Após esta fase de selecção das propostas, segue-se uma outra de elevada importância no procedimento – a da ***negociação***.



Tribunal de Contas

De acordo com o disposto no artigo 37º, nº1, do mesmo diploma, os concorrentes seleccionados para a *negociação*, serão convocados por carta registada com aviso de recepção, ou *fax* enviado pela comissão, da qual constarão, pelo menos, os seguintes elementos:

- a) Local, dia e hora da sessão.
- b) Agenda da sessão.

Quanto ao objecto da negociação, rege o disposto no artigo 38º, do mesmo Decreto Regulamentar nº 10/2003 de 28 de Abril.

Ora, nos termos do artigo 38º, nº1, do Anexo a este Decreto Regulamentar, a **fase de negociações** visa um *aperfeiçoamento* e uma *melhoria* das propostas dos concorrentes admitidos, tendo por objecto os aspectos das propostas mais intrinsecamente relacionados com os critérios de selecção e tendo como resultado final a minuta do contrato de gestão e respectivos anexos.

Ainda sobre o *objecto da negociação*, estabelece, por seu turno, o nº2, do mesmo artigo 38º, que os melhoramentos e aperfeiçoamentos das propostas não poderão redundar em condições menos vantajosas, para a entidade pública contratante, do que as que inicialmente foram apresentadas pelo concorrente, *não poderão ainda violar as disposições imperativas do caderno de encargos*, bem como *não poderão acolher, ou incorporar, soluções contidas nas propostas de outros concorrentes*.

No termo da fase de negociação, a Comissão produz um *relatório fundamentado*, com o resumo das mesmas e com a análise dos resultados obtidos, de acordo com os critérios de selecção (artigo 41º, nº1), no qual conclui pela designação do concorrente cuja proposta melhor satisfaça o interesse público, e pela indicação para que lhe seja feita a adjudicação (artigo 41º, nº2).

2. 2. No que ao **Caderno de Encargos tipo**, diz respeito, importa atentar no disposto no Decreto Regulamentar nº 14/2003 de 30 de Junho e seu Anexo.

Relativamente às partes contratantes, estipula o artigo 7º, nº1, do Anexo a este diploma, que estas são a *entidade pública*, por um lado, e *duas entidades gestoras específicas*, a constituir pelo concorrente vencedor (ou pelos membros do agrupamento vencedor), por outro.



Tribunal de Contas

As entidades gestoras específicas deverão ser, de acordo com o nº2, do mesmo normativo, sociedades anónimas sedeadas em Portugal e que terão, cada uma, os seguintes objectos sociais:

- a) A *entidade gestora do estabelecimento hospitalar*, a gestão do estabelecimento hospitalar;
- b) A *entidade gestora do edifício hospitalar*, a gestão do edifício hospitalar.

As obrigações da *entidade gestora do estabelecimento (E.G.E.)* constam, por seu lado, do artigo 13º e seguintes do Anexo.

Por seu turno, as obrigações da *entidade gestora do edifício hospitalar (E.G.Ed.)* estão indicadas nos artigos 31º, 32º e 50º e seguintes, do Anexo.

3. No que respeita à legislação aplicável ao caso vertente, deverá ter-se, ainda, em conta a respeitante à contratação pública, ainda em vigor, ²¹designadamente o disposto no DL nº 197/99 de 8 de Junho.

Conforme dispõe o artigo 7º, nº1, do DL nº 197/99 de 8 de Junho, na formação e execução dos contratos, as entidades públicas e privadas devem observar as regras e princípios previstos neste diploma.

Ora, na formação e execução dos contratos, devem ser observados os princípios da **legalidade** e da **prosecução do interesse público** (artigo 7º), da **transparência e da publicidade** (artigo 8º), da **igualdade** (artigo 9º), da **concorrência** (artigo 10º), da **imparcialidade** (artigo 11º), da **proporcionalidade** (artigo 12º), da **boa-fé** (artigo 13º), da **estabilidade** (artigo 14º) e da **responsabilidade** (artigo 15º).

Os **princípios da transparência e da publicidade**, como emerge do disposto no artigo 8º, do mencionado diploma legal, impõem que o critério de adjudicação e as condições essenciais do contrato, que se pretende celebrar, devem estar definidos previamente à abertura do procedimento, e ser dados a conhecer a todos os interessados, a partir da data daquela abertura.

²¹ Recorde-se que o DL nº 197/99 de 8 de Junho, salvo quanto aos seus artigos 16º a 22º e 29º, é revogado pelo DL nº 18/2008 de 29 de Janeiro – diploma que aprova o Código dos Contratos Públicos – o qual entra em vigor a 29 de Julho de 2008, de acordo com o seu artigo 18º, nº1.



Tribunal de Contas

Por outro lado, as entidades públicas devem garantir uma adequada publicidade da sua intenção de contratar.

O **princípio da concorrência**, por sua vez, e como resulta do disposto no artigo 10º, do DL nº 197/99, impõe que, na formação dos contratos, se deve garantir o mais amplo acesso aos procedimentos, dos interessados em contratar, e que, em cada procedimento, deve ser consultado o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.

Por seu turno, o **princípio da estabilidade**, como emerge do disposto no artigo 14º do citado diploma legal, impõe que os programas do concurso, cadernos de encargos e outros documentos que servem de base ao procedimento, devem manter-se inalterados durante a pendência dos respectivos procedimentos.

É claro que, no caso do procedimento que conduziu à celebração do contrato em apreço, este princípio da estabilidade tem uma conformação diferente da que resulta da estrita aplicação do artigo 14º do citado DL nº 197/99.

Na verdade, no caso em apreço, após a qualificação dos concorrentes e a selecção das propostas,²² e de acordo com o disposto no artigo 37º do Decreto Regulamentar nº 10/2003 de 28 de Abril, há, como se assinalou, uma fase de negociação que tem por objectivo o aperfeiçoamento e a melhoria das propostas dos concorrentes admitidos (artigo 38º, nº1 do citado Decreto Regulamentar).

Porém, no âmbito desta negociação, o aperfeiçoamento e a melhoria das propostas têm os **limites** estabelecidos no nº2 do mesmo artigo 38º, quais sejam:

- Não poderão redundar em condições menos vantajosas para a entidade pública contratante, do que as que inicialmente foram apresentadas pelo concorrente;
- Não poderão violar as disposições imperativas do caderno de encargos;
- Não poderão acolher ou incorporar soluções contidas nas propostas de outros concorrentes.

²² Vide os artigos 32º e 36º do Decreto Regulamentar nº 10/2003 de 28 de Abril.



Tribunal de Contas

Por outro lado, não pode olvidar-se que, de acordo com o artigo 89º, als. f) e l), ainda do DL nº 197/99, o *programa de concurso* destina-se a definir os termos a que obedece o concurso e deve especificar as cláusulas do caderno de encargos que podem ser alteradas, bem como o critério de adjudicação, com explicitação dos factores que nela intervêm.

Por sua vez, o artigo 42º, do mesmo diploma legal, estabelece que o *caderno de encargos* é o documento que contém, ordenado por artigos numerados, as cláusulas jurídicas e técnicas, gerais e especiais, a incluir no contrato.

4. Vejamos, de seguida, o enquadramento jurídico da matéria de facto, atrás dada por provada.

No caso *sub judice*, e tendo em conta a factualidade dada por provada, verifica-se, entre outras situações, que, na fase de negociação final, na qual apenas participou o adjudicatário, foram introduzidas modificações substanciais ao CE e à proposta apresentada em sede de negociação competitiva, tendo, inclusive, sido modificado, nessa fase, o perfil de risco do contrato, em benefício do adjudicatário e em sentido desfavorável à EPC.

Acresce que foram negociadas com o adjudicatário condições contratuais que não foram objecto de negociação com o outro concorrente seleccionado para a fase de negociação competitiva.

Deveria, aliás, ter sido na fase de negociação prevista no nº2, doo artigo 38º do Dec.Reg. nº10/2003, que deveria ter ocorrido o aperfeiçoamento e a melhoria das propostas, com vista a elaboração da minuta do contrato de gestão, o que deveria ter acontecido com os **dois concorrentes** que haviam apresentado as propostas seleccionadas.

Ora, como a fase de negociação tem como resultado final, a minuta do contrato de gestão e respectivos anexos, nos termos do nº1, *in fine*, do artigo 38º, do mesmo Decreto Regulamentar, verificou-se ter sido finalizado, apenas com um concorrente, o teor da minuta do contrato a celebrar, sendo certo que, nessa fase, a negociação deveria ter sido efectuada com os **dois concorrentes** previamente seleccionados.

Por seu turno, não obstante o estipulado pelo Programa de Concurso e pelo Caderno de Encargos, o certo é que ocorreram, em momento posterior à



Tribunal de Contas

sua elaboração e divulgação, alterações que vieram a ter consagração no Contrato, ora submetido a fiscalização prévia, em desrespeito àqueles documentos concursais.

Abordemos, então, e em resumo, algumas destas situações, para, seguidamente, efectuar a subsunção desses factos ao direito.

- a) Começar-se-á por dizer que, como se mostra da factualidade dada por provada nas alíneas **N)** e **O)** do probatório, e se acentuou no ponto 4. anterior, ao ter sido efectuada a negociação apenas com um concorrente, apesar de a Comissão de Análise das Propostas, nos termos do artigo 36º, nºs 1 e 2 do Dec. Reg. nº 10/2003 de 28 de Abril, ter hierarquizado e seleccionado para a fase de negociação, as propostas de dois concorrentes, foi distorcido o mecanismo de aperfeiçoamento e melhoramento das propostas, com prejuízo da concorrência e do resultado financeiro do contrato, e em violação do disposto nos artigos 37º, nº1 e 38º, nº1 do referido diploma legal.
- b) Por outro lado, atento o teor do Contrato de Gestão, o certo é que houve aqui uma alteração do perfil assistencial, no que toca à prestação de cuidados continuados, à assistência a doentes infectados com HIV Sida, e à eliminação da produção em hospital de dia médico em oncologia, relativamente ao previsto no Caderno de Encargos.
Tal alteração, - fundamentada pelos serviços da E.P.C. em razões de ordem legal e de natureza política, - colocou-se em momento posterior à elaboração do CE, bem como após a apresentação das propostas em competição, motivo por que, quanto a esta matéria, nada consta do Relatório Final da Comissão de Avaliação das Propostas.
- c) Por outro lado, verificou-se que, na fase de negociação final, foi tomada a decisão de alterar a arquitectura do sistema de monitorização do desempenho, facto que veio a obter consagração no texto do Contrato, e nos termos do qual é devida à Entidade Gestora do Estabelecimento, uma indemnização correspondente a tal alteração.
- d) Referindo o CE (artigo 15º) que as receitas comerciais de terceiros, obtidas na sequência das actividades comerciais acessórias, constituiriam receitas próprias das Entidades Gestoras, partilhadas na medida e nos termos fixados no Contrato de Gestão, com a Entidade



Pública Contratante, o certo é que o Contrato, de acordo com a sua cláusula 46^a, e, nomeadamente, o quadro anexo ao seu n.º3, a percentagem a partilhar com a E.P.C. corresponde a **0%**.

- e) Apesar de o CE, nos n.ºs 3 e 4, do seu artigo 96.º, prever a avaliação do desempenho da E.G.Ed., no exercício das actividades objecto do Contrato de Gestão, por áreas, segundo critérios fixados na tabela referida no n.º4, o certo é que os quadros previstos nos n.ºs 4 a 7 da cláusula 105^a do Contrato de Gestão, e relativos à dita avaliação, estabelecem, quanto à disponibilidade, níveis de desempenho cujas exigências mínimas são inferiores às fixadas naqueles n.ºs 3 e 4 do artigo 96.º, do CE.
- f) Por outro lado, prevendo os artigos 5.º, n.º3 e 96.º, n.º3, do CE, a realização de inquéritos de satisfação dos utentes, para avaliação do desempenho da entidade privada, por áreas, o certo é que, na fase final da negociação, foi eliminada a referida exigência, o que determinou que o Contrato seja omissivo, quanto à realização dos citados inquéritos.
- g) No que respeita aos fundamentos da rescisão unilateral do Contrato de Gestão, previstos no CE, e à alteração introduzida, quanto a esses fundamentos (vide as alíneas **OO**) e **PP**) do probatório), deve dizer-se que tal alteração ao estipulado pelo Caderno de Encargos, não foi objecto de negociação competitiva, o que acarretou que tal matéria não tenha sido apreciada do ponto de vista da concorrência.
- h) Relativamente à partilha dos riscos relativos à incerteza decorrente das variações de mercado, introduzida por acordo, (vide alínea **UU**) do probatório), deve dizer-se que tal situação configura uma alteração da matriz de risco e de repartição de responsabilidades do modelo de Parceria Público-Privada.

Efectivamente, segundo o disposto no artigo 7.º do DL n.º 86/2003, de 26 de Abril, alterado e republicado pelo DL n.º141/2006 de 27 de Julho, a partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas deve estar claramente identificada contratualmente, sendo que o estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva



Tribunal de Contas

transferência de risco para o sector privado (artigo 7º, alínea b) deste diploma legal).

- i) Relativamente à possibilidade de dispensa de pagamento de multas, a que se reporta a alínea **TT)** do probatório, deve dizer-se que tal situação configura uma alteração não prevista no CE, e da qual resulta um enfraquecimento da efectiva fiscalização do (in)cumprimento do contrato, por parte da E.P.C..

5. As situações descritas nas várias alíneas do anterior ponto 4., configuram, por uma parte, a violação das regras legais sobre a fase de negociação, e, por outra parte, alterações relativamente às propostas, bem como ao exigido, imperativamente, no Caderno de Encargos, alterações essas que, além de porem em causa a garantia da concorrência, redundaram em condições não só menos vantajosas para a entidade pública contratante, como também mais gravosas para esta.

Estas circunstâncias, como é evidente, não só são susceptíveis de alterar o resultado financeiro do contrato, como, nas situações referidas nas anteriores alíneas a) a i), - porque reflectidas no contrato de gestão celebrado - tiveram por consequência a efectiva agravação do respectivo resultado financeiro.

Assim, consubstanciam tais situações, por um lado, a violação do disposto nos artigos 37º, nº1 e 38º, nºs 1 e 2 do Decreto Regulamentar nº 10/2003 de 28 de Abril, e, por outro, a violação do disposto no artigo 26º do DL nº 185/2002 de 20 de Agosto e no artigo 7º, alínea b) do DL nº 86/2003 de 26 de Abril, alterado e republicado pelo DL nº 141/2006 de 27 de Julho.

Para além disto, deve dizer-se ainda que as alterações efectuadas a disposições imperativas do Caderno de Encargos, além da violação ao artigo 38º, do mencionado Decreto Regulamentar e do artigo 42º, do DL nº 197/99 de 8 de Junho, tipificam a violação dos princípios da legalidade, da transparência, da publicidade, da concorrência e da estabilidade, previstos nos artigos 7º, nº1, 8º, 10º, e 14º, deste último diploma legal.

6. Vejamos, de seguida, as consequências decorrentes das violações das disposições legais atrás mencionadas.



Como se disse, a violação dos dispositivos legais atrás referidos, pelas razões expostas, teve por consequência não só a mera susceptibilidade de alteração do resultado financeiro do contrato ora submetido a fiscalização prévia, como a sua efectiva alteração.

Nos termos do disposto no artigo 44º, nº3, alínea c) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, constitui fundamento de recusa do visto, a desconformidade dos actos, contratos e demais instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades, que implique ilegalidade que altere, ou possa alterar, o respectivo resultado financeiro.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Subsecção em recusar o visto ao contrato ora em apreço.

São devidos emolumentos (artigo 5º, nº3, do Regime Jurídico anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 15 de Julho de 2008.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Ferreira Lopes)



(João A. Gonçalves Figueiredo)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

DECLARAÇÃO

1. Subscrevi o acórdão, entendendo ser meu dever sublinhar os aspectos que se seguem.
2. A violação fundamental que, no meu parecer, justifica a recusa de visto consubstancia-se na não observância do disposto no artigo 38.º do Anexo do Decreto Regulamentar n.º 10/2003, de 28 de Abril. Verifica-se no processo que, na fase de negociação final, conduzida exclusivamente com o concorrente adjudicatário, foi estabelecida matéria que não respeita as



soluções encontradas na fase de negociação competitiva – conduzida com dois concorrentes seleccionados para a fase de negociação – e o disposto no caderno de encargos.

3. Tais factos violam não só o disposto na supracitada disposição como também princípios fundamentais que devem ser observados na contratação pública, que se encontram enunciados na Constituição da República e no Código do Processo Administrativo, que decorrem de instrumentos do Direito Comunitário e que se encontram acolhidos com maior detalhe no Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho e que o acórdão refere (princípios da legalidade, da transparência, da publicidade, da concorrência, da imparcialidade e da estabilidade, entendido este no particular contexto de procedimentos com negociação).
4. Aquela violação parece-me ser particularmente gravosa nas seguintes matérias:
 - a) Na alteração da matriz de risco em que, para além de se violar o regime previsto no caderno de encargos, se constata que foi acordada apenas com o adjudicatário, não tendo os concorrentes admitidos ao concurso conhecimento dessa eventualidade, nomeadamente o próprio concorrente que participou na fase da negociação competitiva;
 - b) Na alteração dos fundamentos de rescisão unilateral do contrato, também contrariando o caderno de encargos e também feita em momento posterior à fase de negociação competitiva.
5. De entre outras matérias em que a mesma violação ocorreu merece igualmente referência, nesta declaração, a alteração do perfil assistencial, no seguinte aspecto: apesar de ter sido eliminada a produção em hospital de dia médico em oncologia, a EPC ainda não decidiu, em termos definitivos, tal eliminação, sendo ainda possível que tal produção venha a ocorrer, não



Tribunal de Contas

obstante ter já sido atribuída ao adjudicatário uma compensação por tal eliminação.

15.07.08

O Juiz Conselheiro

(João Figueiredo)