



**Transitou em julgado em
13/10/08**

ACÓRDÃO Nº 109 /08- 22.SET.08-1.ª S/SS

Proc. Nº 690/2008

1. O Hospital de S. João, E.P.E., remeteu para fiscalização prévia o contrato de fornecimento de válvulas e cateteres peritoneais, kits de monitorização, próteses de hérnia, bandas gástricas e dispositivos para incontinência urinária, durante 12 meses, celebrado entre aquela entidade e a *Johnson & Johnson, Lda.*, pelo preço de € 685.672,50, acrescido de IVA.

2. DOS FACTOS

Além do referido em 1, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por informações e documentos constantes do processo:

- a) Por deliberação do Conselho de Administração do Hospital de S. João, de 18 de Outubro de 2006, foi autorizado o início de vários procedimentos para aquisição de diverso material de consumo clínico, para consumo durante o ano de 2007, incluindo o processo de compra pública do material identificado em 1- vd. fls. 7 e 8 dos autos;
- b) Na informação que serviu de base à referida deliberação referiu-se que o procedimento a seguir seria o “*Processo de Compra Público*” previsto no artigo 2.º, alínea a), do Regulamento Interno de Compras do Hospital de S. João – vd. fls. 6 do processado;
- c) Por anúncios publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, de 22 de Dezembro de 2006, no *Diário da República*, 2.ª Serie, de 29 de Dezembro de 2006, no *Jornal de Notícias*, de 19 de Dezembro de 2006, e no *Correio da Manhã*, de 20 de Dezembro de 2006, foi publicitada a abertura do referido procedimento de aquisição,



identificando-o ora como um “*Processo de Compra Público*” ora como um “*Concurso Público*” – vd fls. 10 a 24 do processo;

d) Para o procedimento em causa foi definido um Programa de Concurso que (cfr. fls. 27 a 38):

- Designou o procedimento como um “*Processo de Compra Público*”, de acordo com o artigo 2.º, alínea a), do Regulamento Interno de Compras do Hospital de S. João, E.P.E.;
- Em vários passos, invocou o regime do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e, em concreto, o regime do concurso público regulado neste diploma;
- Estabeleceu no seu artigo 14.º: “*Em tudo omissos no presente Programa de Concurso e Caderno de Encargos observar-se-á o disposto no Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho, no Decreto-Lei n.º 442/91 de 15 de Novembro (C.P.A.) (com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 6/96 de 31 de Janeiro) e no Decreto-Lei n.º 273/95, de 23 de Outubro.*”

e) O Caderno de Encargos (fls 42 a 47) definiu que o procedimento visava a aquisição de 43 artigos diferentes (designados posições 1 a 43), identificados pela sua designação e quantidades, estabelecendo, em termos técnicos, que:

- Todos os dispositivos deveriam ostentar a marcação CE, enquanto símbolo da sua “conformidade” com os requisitos essenciais pan-europeus, em matéria de segurança para pacientes e utilizadores, e garantia de cumprimento dos níveis de desempenho atribuídos aos dispositivos médicos pelo fabricante (pontos 1 e 2);
- Os concorrentes deveriam entregar documento comprovativo da conformidade dos dispositivos com os respectivos requisitos médicos (ponto 3);
- Deveria ser apresentada amostra e/ou documentação/informação técnica para aferição da adequação do(s) artigo(s)/produto(s) proposto(s) à utilização que lhe será dada (ponto 4).



- f) Os anúncios referidos na alínea c) referiam que o critério de adjudicação era o definido no programa de concurso e/ou no caderno de encargos;
- g) O artigo 9.º do Programa de Concurso (vd. fls 34 e 35) definiu o critério de adjudicação do seguinte modo:

“1. A adjudicação da totalidade, ou de parte, da quantidade posta a concurso, será feita à proposta economicamente mais vantajosa, naturalmente desde que o produto seja considerado adequado (esta pesquisa é feita sobre um mapa obtido informaticamente, onde estão ordenados por ordem crescente de preços todas as propostas recebidas).

Explicitando:

Por tal facto, serão todos eles objecto de prévia aferição, no sentido de se determinar fundamentadamente quais os “produtos adequados” e quais os “produtos não adequados”.

Não sendo os produtos “bons” ou “maus” em si mesmos e de forma abstracta, deverá a sua qualidade (adequação) ser aferida pela utilização que lhes vai ser dada (naturalmente além da observância das especificações técnicas contidas no caderno de encargos).

Como princípio não serão adjudicadas propostas cujo preço unitário exceda o limite da taxa de inflação, tendo em conta os preços praticados no ano anterior.

Como critério de desempate, olhar-se-á ao prazo de entrega indicado na proposta de fornecimento.

Admite-se a possibilidade de negociação.

2. Admitem-se adjudicações repartidas quando (...)”

- h) No relatório da análise das propostas, datado de 4 de Junho de 2007, e constante a fls. 157 e segs. dos autos, o júri começou por definir, de entre os produtos propostos pelas empresas concorrentes nas 43 posições, quais os que, com base em parecer técnico elaborado pelos profissionais utilizadores, considerou inadequados e quais os que considerou adequados.

A fundamentação da inadequação dos produtos foi, consoante os casos, do seguinte teor: “por não corresponder ao pretendido”, “por não haver qualquer tipo de conhecimento com o material apresentado”, “por incompatibilidade com o equipamento existente



no Hospital”, “por não haver qualquer tipo de experiência com o material apresentado”, “por não apresentar as dimensões adequadas”, “por não haver experiência e o material apresentado ser de colocação percutânea”, “por não serem apresentadas amostras para ensaios de qualidade”, “por não apresentar catálogo”, “por apresentar sistema de fixação e escala de leitura ultrapassados”, “por apresentar kit incompleto”, “produto desconhecido”, “sem reservatório”, “com reservatório demasiado grande”, “apresenta pressão demasiado baixa”, “por apresentar válvula incompleta”, “por a experiência anterior ter sido negativa”.

Quanto aos produtos considerados adequados o júri referiu que essa consideração se baseou em *“os mesmos reunirem as características técnicas pretendidas”*.

- i) Após definir quais os produtos que considerou inadequados e quais os que entendeu adequados, o referido relatório da análise das propostas prosseguiu nos seguintes termos: *“Após negociação, será comunicado as firmas cujos produtos foram considerados adequados, a proposta de adjudicação.*

Nos termos do despacho do Conselho de Administração, datado de 18/10/2006, o júri vai proceder à audiência prévia dos concorrentes (na forma escrita), enviando-lhes o relatório da análise de proposta.”;

- j) Em 6 de Junho de 2007 o júri procedeu à audiência prévia dos concorrentes sobre um alegado “projecto de decisão final” (vd. fls 168 e segs), constando do relatório final, a fls. 197, que não foram apresentadas quaisquer alegações;
- k) Em 11 de Março de 2008, o júri propôs a adjudicação *“de acordo com o Mapa Valorizado do Concurso”*, a qual foi autorizada pelo Conselho de Administração em 20 de Março de 2008 (fls. 193 e segs.);
- l) Neste mesmo documento refere-se que *“por razões várias”* só então foi concluído o processo de concurso, *“pelo que o concurso que era suposto suportar as aquisições correspondentes ao consumo até 31 de Dezembro, suportará realmente o consumo relativo a 12 meses”;*
- m) Do confronto dos vários documentos constantes do processo é possível concluir que:



- Nas posições 22 e 23 a adjudicação recaiu sobre produtos que apresentavam um preço mais caro do que outros considerados adequados, por “*se considerarem mais adequadas as suas características técnicas às finalidades pretendidas*” (Vd. esclarecimento constante do ofício n.º 22122, de 11.SET 08, do Hospital de S. João, a fls 252 e segs);
- Nas posições 15 e 17 não foi feita adjudicação “*por não haver interesse de momento na sua aquisição*” (Vd. relatório de análise de propostas a fls. 160) e as posições 37 e 39 ficaram sem efeito, desconhecendo-se a razão;
- Na posição 21 a adjudicação recaiu sobre uma proposta mais cara do que duas outras consideradas adequadas, em resultado de “*na adjudicação de 379 redes da posição 21, a empresa ter oferecido 110 unidades a custo zero*” (Vd. Nota do Relatório Final, a fls 198). Tal representou, no entanto, um custo total (34.398,00) superior ao custo das 490 unidades da proposta mais barata (28.297,50) (Cfr. fls 70, 71 e anexo ao contrato);
- As posições 24, 25 e 26 foram oferecidas a custo zero, por contrapartida da adjudicação das posições 22 e 23 (Vd. Nota a fls. 198), sendo que no caso das posições 25 e 26 existiam propostas adequadas de outras empresas mais baratas do que as da adjudicatária (Vd. fls. 78 a 83);
- As posições 28 e parte da 35 foram oferecidas (Vd. anexo ao contrato), existindo propostas adequadas de outras empresas mais baratas do que as da adjudicatária (Vd. fls. 86, 87, 93);
- As posições 29, 30, 32 e parte da 40 foram adjudicadas a propostas mais caras do que outras consideradas adequadas (Cfr. anexo ao contrato e fls. 87, 88, 90, 101 e 102);
- As quantidades da posição 42 foram aumentadas por contrapartida da redução das quantidades da posição 43 “*uma vez que se trata de produtos similares e tecnicamente consideradas de maior interesse*”, beneficiando a adjudicatária do presente contrato face à proponente da posição 43 (Vd. esclarecimento constante do ofício n.º



22122, de 11.SET 08, do Hospital de S. João, a fls 252 e segs, e fls. 104 a 106);

- Foram reduzidos preços nas posições 2, 12, 13, 22, 23, 27, 29, 34, 38, 40, 41, 42 e 43 (Vd. fls. 49, 61, 62, 73, 75, 84, 87, 92, 97, 101 a 104, 106, 214, 215, 216, 218, 226 e 228);

n) Em resposta a pedidos de esclarecimento deste Tribunal, o Hospital de S. João veio referir, no ofício n.º 22122, de 11.SET 08, a fls 252 e segs:

“ Nos termos do disposto na explicitação do n.º 1 do art. 9.º do Programa de Concurso, era admitida a possibilidade de negociação.

A possibilidade prevista no citado artigo, destinava-se a permitir que as propostas apresentadas ao procedimento pudessem ser alteradas após adjudicação, nos termos prescrito no n.º 3 do art. 14º do DL 197/99, de 8 de Junho, pelo que, a proposta do adjudicatário veio a ser melhorada mediante oferta de determinadas posições do concurso, resultando assim um benefício para a entidade adjudicante e sem que tenham sido alteradas as condições essenciais da proposta. Foram convocados para reunião de negociação, os concorrentes cujos produtos tinham sido considerados com as características técnicas pretendidas para o fim a que se destinam. Nessa reunião foi solicitada aos concorrentes a disponibilidade para melhorarem as suas propostas, tendo em vista a negociação em caso de adjudicação, o que veio a acontecer em algumas das posições adjudicadas.

A referida reunião foi efectuada sem formalidades, conforme prevê o Regulamento de Interno de compras do Hospital, pelo que não tendo sido elaborada qualquer documentação, não nos é possível documentar.

(...)

A possibilidade de negociação prevista no n.º 1 do art. 9º do programa de concurso foi admitida nos termos do n.º 3 do art. 14º do DL 197/99, de 8 de Junho, conjugado com o nº 5 do art. 2º do Regulamento Interno de compras do Hospital de S. João, EPE e destinava-se a permitir que as propostas apresentadas ao procedimento pudessem ser alteradas após adjudicação. ”



- o) De acordo com a respectiva cláusula terceira, o contrato, outorgado em 14 de Abril de 2008, *“entra em vigor no dia seguinte ao da recolha de visto do T. C. e caduca no fim do 12 mês”*;
- p) Apreciado em 2006 pela 1.^a Secção do Tribunal de Contas um contrato de fornecimento de “pacemakers e sondas, cardioversores desfibriladores implantáveis” celebrado pelo mesmo Hospital de S. João, em que o procedimento decorreu de forma semelhante ao agora presente, foi no mesmo tirado o Acórdão n.º 290/06- 25.SET.06- 1.^a S/SS. Este Acórdão conclui pela ocorrência de ilegalidades, tendo concedido o visto ao contrato nos termos do n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, *“com a recomendação, dirigida ao Hospital de S. João, de que deve observar rigoroso cumprimento das regras legais que disciplinam os concursos públicos de fornecimento e em especial dos art.ºs 42.º, 43.º, 106.º e 107.º do Dec-Lei n.º 197/99.”*
- q) O referido Acórdão foi remetido ao Hospital de São João, por correio, em 26 de Setembro de 2006 (Vd. documento a fls. 268);
- r) Questionado para esclarecer por que razão, na definição das especificações técnicas dos bens a adquirir, na fixação do critério de adjudicação e na análise de propostas do procedimento ora em apreciação, o Hospital de S. João não deu cumprimento às recomendações constantes do Acórdão n.º 290/06- 25.SET.06- 1.^a S/SS, o Hospital veio responder, no ofício n.º 22122, de 11.SET 08, a fls 252 e segs:

“O Hospital de S. João, EPE, reconhece que deverá proceder à alteração dos documentos concursais em futuros procedimentos, seguindo aliás, as recomendações efectuadas pelo Tribunal de Contas relativamente à matéria em apreço. No entanto e porque a abertura do presente concurso se efectuou quase em simultâneo com a emissão do Acórdão n.º 290/06- 25.Set.06- 1.^a S/SS que esse Tribunal dirigiu ao Hospital, não foi possível neste processo dar rigoroso cumprimento a estas recomendações, o que desde já se solicita que seja levado em consideração.”

3. DO REGIME LEGAL APLICÁVEL

O Hospital de S. João foi transformado em Entidade Pública Empresarial por força do Decreto-Lei n.º 233/05, de 29 de Dezembro.



De acordo com o artigo 13.º este diploma, a aquisição de bens e serviços por ele efectuada rege-se-ia pelas normas de direito privado, sem prejuízo da aplicação do regime do direito comunitário relativo à contratação pública. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, os regulamentos internos dos hospitais E.P.E. devem garantir aquela prescrição, *“bem como, em qualquer caso, o cumprimento dos princípios gerais da livre concorrência, transparência e boa gestão, designadamente a fundamentação das decisões tomadas”*.

Foi ao abrigo desta norma que o Conselho de Administração do Hospital de S. João, E.P.E., aprovou, em 30 de Junho de 2006, o *“Regulamento Interno de Compras do Hospital de S. João, E.P.E.”*, junto a fls. 257 e segs. dos autos.

Do referido Regulamento extraem-se as seguintes normas, com relevância para o presente caso:

– Artigo 1.º, n.º 1:

“1. A contratação de bens e serviços rege-se pelas normas de direito privado, sem prejuízo da aplicação das directivas comunitárias e do Acordo sobre Mercados Públicos, celebrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio”

– Artigo 2.º, n.º 1, alínea a):

*“1. A contratação relativa à aquisição de bens e serviços deve ser precedida de um dos seguintes procedimentos:
a) Compra público, quando o valor estimado a contratar seja igual ou superior a € 125.000, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA);
(...)”*

– Artigo 2.º, n.º 2:

“2. No processo de compra público qualquer interessado que reúna os requisitos exigidos no Programa de Concurso pode concorrer.”

– Artigo 2.º, n.º 5:

“5. Em todos os tipos de procedimentos poderá haver lugar à negociação das condições da(s) proposta(s), com um ou mais concorrentes, desde que tal seja considerado do interesse do hospital, devendo o conteúdo das reuniões de negociação ser registado em acta assinada pelos representantes do hospital e pelos representantes dos concorrentes ou, em alternativa, ser objecto de comunicação escrita dos



concorrentes, que substitua a respectiva acta, desde que aceite pelo HSJ.”

- Artigo 3.º, n.ºs 1 e 2:

“1.O processo de compra público implica a publicitação de anúncio em, pelo menos, dois jornais diários de expansão nacional de grande circulação contendo a informação necessária à atracção dos potenciais concorrentes.

2. Quando o processo de compra público envolver um valor estimado, sem imposto de valor acrescentado (IVA), igual ou superior a 236.945€ ou valor correspondente em DSE, aplica-se o regime de Direito Comunitário.”

- Artigo 3.º, n.ºs 3 e 4:

“3. (...) haverá um programa de concurso e um caderno de encargos, destinando-se o primeiro a definir os termos a que obedece o concurso, especificando designadamente:

a)(...)

j)Os critérios que presidirão à adjudicação, explicitando-se os factores que nela intervirão;

(...)

4. O caderno de encargos é o documento que contém as cláusulas jurídicas, económicas e técnicas, gerais e especiais a incluir no contrato a celebrar.”

- Artigo 3.º, n.º 8:

“8. Em todos os tipos de procedimentos, e após análise das propostas a comissão de análise nomeada proporá a ordenação dos concorrentes de acordo com a aplicação dos critérios de adjudicação.”

- Artigo 3.º, n.º 10:

“10.Havendo lugar a processo de negociação o Júri notificará, por qualquer meio escrito, os concorrentes seleccionados para esse processo de negociação.”

- Artigo 6.º, n.º 1:

“1. Na escolha do adjudicatário e dos bens e serviços a adquirir deve procurar-se a melhor relação custo-qualidade, contratando-se nas



melhores condições económicas. (...) A avaliação dos fornecedores pode incluir, entre outras, a qualidade dos produtos (...)”

– Artigo 7.º:

“1. A negociação não está sujeita a qualquer formalidade, devendo ser respeitados os princípios da imparcialidade e transparência.

2. Das negociações não podem resultar condições globalmente menos vantajosas para o HSJ do que as inicialmente apresentadas.”

Sem entrar na apreciação da validade deste Regulamento Interno de Compras do Hospital de S. João, E.P.E., no que concerne às aquisições de valor inferior aos limiares fixados para aplicação das directivas europeias sobre contratação pública, questão que não é relevante para este caso, concentrar-nos-emos a partir daqui apenas na análise da sua compatibilidade com o regime legal aplicável acima desses limiares.

Desde logo, importa clarificar que os valores referidos naquele Regulamento para aplicação do “*regime de direito comunitário*” deixaram de ser compatíveis com o próprio direito comunitário. Os valores referidos no artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE têm vindo a ser corrigidos por Regulamentos da Comissão Europeia, sendo, para, as entidades adjudicantes do tipo em que se insere o Hospital de S. João, de € 211 000 no ano de 2006¹ e de € 206 000 desde 1 de Janeiro de 2008². Ou seja, são mais baixos do que o que está referido no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento, acima transcrito.

O montante do contrato ora em apreciação é, de qualquer forma, muito superior a qualquer dos montantes referidos, pelo que estamos perante uma situação em que, indiscutivelmente, haveria lugar à aplicação do regime comunitário, quer por força da própria Directiva, quer nos termos do Decreto-Lei n.º 233/05 e do Regulamento do Hospital.

Embora isso não resulte claro do Regulamento a que nos vimos referindo, dos elementos constantes do processo de fiscalização prévia conclui-se que o Hospital de S. João tem considerado que a aplicação do direito comunitário, a que se referem o artigo 13.º daquele Decreto-Lei e o n.º 1 do artigo 1.º do citado Regulamento, se faz, quando o valor das aquisições de bens e serviços assim o determine, através da aplicação a essas aquisições do disposto no artigo 95.º e no Capítulo XIII do Decreto-Lei n.º 197/99, de

¹ Regulamento (CE) n.º 2083/2005 da Comissão, de 19 de Dezembro de 2005

² Regulamento (CE) n.º 1422/2007 da Comissão, de 4 de Dezembro de 2007



8 de Junho, diploma que procedeu à transposição das Directivas Europeias sobre contratação pública para o direito nacional.

Esta interpretação parece-nos perfeitamente acertada e é compatível com a jurisprudência do Tribunal de Contas e com a própria jurisprudência comunitária. Mas dela deverão ser retiradas todas as consequências, como veremos.

Efectivamente, um Hospital E.P.E. é uma pessoa colectiva que foi criada para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, que, não obstante a sua designação, não tem uma natureza empresarial, no sentido em que não tem carácter industrial ou comercial, e tem um modelo de financiamento e controlo de gestão que preenche os critérios referidos na alínea c) do n.º 9 do artigo 1.º da Directiva 2004/18/CE e na alínea b) do n.º1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 197/99. Deve, assim, ser considerado um organismo de direito público e uma entidade adjudicante para efeitos da aplicação daquela Directiva, bem como uma entidade abrangida pela extensão do âmbito de aplicação pessoal definida no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 197/99³.

Ora, nos termos desse artigo 3.º, aplicam-se-lhe as disposições do Capítulo XIII do Decreto-Lei n.º 197/99, que, no seu artigo 190.º, manda aplicar, em caso de o valor estimado dos contratos exceder os limiares comunitários, as disposições subsequentes mas também todas as disposições dos capítulos anteriores.

Daqui resulta que ao contrato em apreço, por força do seu montante e do disposto nos artigos 3.º e 190.º do Decreto-Lei n.º 197/99, se aplica a totalidade deste diploma. Ou seja, o disposto no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 233/05, de 29 de Dezembro, na parte em que determina a aplicação do regime do direito comunitário relativo à contratação pública, deve ser interpretado no sentido de determinar a aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99, que procede à transposição nacional desse regime⁴.

É, de resto, isso mesmo que resulta do disposto no artigo 28.º da Directiva 2004/18/CE: “*Para celebrarem os seus contratos públicos, as entidades adjudicantes aplicam os processos nacionais, adaptados para os efeitos da*

³ Cfr. Acórdão n.º 6/2007-07.Mai.2007- 1.ª S/PL in <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2007/1spl/ac006-2007-1spl.pdf>

⁴ É óbvio que nos reportamos ao período em que os factos referidos no ponto 2 deste Acórdão ocorreram, já que, à actual data, o Decreto-Lei n.º 197/99 se encontra já revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.



presente directiva”. Ou seja, no caso, os processos regulados no Decreto-Lei n.º 197/99.

Esta conclusão é muito relevante para o caso em apreço, pois significa que, no caso, para além do que foi estabelecido no artigo 14.º do Programa de Concurso: “*Em tudo omissos no presente Programa de Concurso e Caderno de Encargos observar-se-á o disposto no Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho*”⁵, torna-se necessário que as disposições do próprio Programa de Concurso e do Caderno de Encargos, tal como as normas do Regulamento Interno de Compras do Hospital de S. João, E.P.E., em que eles se basearam, sejam compatíveis com o regime estabelecido neste diploma legal. Dito de outra forma, nestes casos, quando incompatíveis com o Decreto-Lei n.º 197/99, essas disposições não prevalecem sobre este diploma nem ele tem uma mera função subsidiária. Quando incompatíveis com o Decreto-Lei n.º 197/99, essas disposições devem ser consideradas ilegais e inaplicáveis.

4. DO TIPO DE PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL ADOPTADO E DA ADMISSIBILIDADE E TRAMITAÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES EFECTUADAS

Vimos no ponto 2 acima que o Hospital adoptou um procedimento que denominou de “*processo de compra público*”, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento Interno de Compras do Hospital, embora em vários documentos e momentos se lhe tenha referido como um concurso público e lhe tenha aplicado o que no Decreto-Lei n.º 197/99 se dispõe para os concursos públicos.

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

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

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

⁵ Vd. alínea d) do ponto 2 do presente Acórdão.



Ora, os procedimentos nacionais previstos no Decreto-Lei n.º 197/99 para a contratação relativa à aquisição de bens eram: o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o concurso limitado sem apresentação de candidaturas, o procedimento, por negociação, com ou sem publicação prévia de anúncio, o procedimento com consulta prévia e o ajuste directo (Vd. artigo 78.º daquele diploma legal). No caso, o valor do contrato determinava a necessidade de utilizar um concurso público (Vd. artigo 80.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Entre o denominado “*processo de compra público*” utilizado pelo Hospital e o concurso público regulado pelo Decreto-Lei n.º 197/99 há, no entanto, coincidência nas respectivas características fundamentais. De facto, no artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento Interno de Compras do Hospital refere-se, como já vimos acima, que no processo de compra público qualquer interessado que reúna os requisitos exigidos no Programa de Concurso pode concorrer. Por seu turno, o artigo 78.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99 define o concurso público como aquele em que qualquer interessado que reúna os requisitos exigidos pode apresentar proposta.

Assim, e verificado que fosse que os requisitos de tramitação do concurso público tivessem sido preenchidos, não importaria a imprecisão ou confusão na qualificação do procedimento utilizado.

Sucedem que o Regulamento do Hospital consagrou no seu artigo 2.º, n.º 5, como acima se referiu, que em todos os tipos de procedimentos, incluindo no âmbito do “*processo de compra público*”, poderia haver lugar à negociação das condições da(s) proposta(s), com um ou mais concorrentes, desde que tal fosse considerado do interesse do hospital. Por seu turno, o Programa do Concurso do procedimento concreto em apreciação, referiu, no seu artigo 9.º, que se admitia no mesmo a possibilidade de negociação”⁶.

E, como no ponto 2 acima se explicitou, ocorreram efectivamente, no caso, negociações sobre as condições propostas pelos concorrentes.

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

⁶ Vd. alínea g) do n.º 2 deste Acórdão.



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

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

Ao carácter restrito destes procedimentos negociais acresce que a tramitação do concurso público, extensamente regulada nos artigos 87.º a 109.º do Decreto-Lei n.º 197/99, não refere em passo algum a possibilidade de estabelecer negociações com os concorrentes e encontra-se sujeita ao princípio da estabilidade estabelecido no artigo 14.º, que, no seu n.º 2, estabelece que *“Nos procedimentos em que não esteja prevista qualquer negociação, as propostas apresentadas pelos concorrentes são inalteráveis até à adjudicação.”*

Conforme acima se explicitou na alínea n) do ponto 2, o Hospital veio arguir que a possibilidade de negociação prevista no n.º 1 do artigo 9º do Programa de Concurso foi admitida nos termos do n.º 3 do artigo 14º do Decreto-Lei n.º 197/99, conjugado com o n.º 5 do art. 2º do Regulamento Interno de compras do Hospital de S. João, EPE, e destinava-se a permitir que as propostas apresentadas ao procedimento pudessem ser alteradas após adjudicação.

Demonstrámos já que, ao contrário do que estabelece o Regulamento no preceito invocado, a lei aplicável não admite a possibilidade de negociação das condições da proposta em todos os tipos de procedimento, e muito menos no concurso público, pelo que o preceito regulamentar tem de ter-se, nesta parte, por ilegal.

Quanto ao disposto no n.º 3 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99, diz o mesmo: *“Efetuada a adjudicação, podem ser introduzidos, por acordo entre as partes, ajustamentos à proposta escolhida, desde que as alterações digam respeito a condições acessórias e sejam inequivocamente em benefício da entidade adjudicante.”*

Ora, as negociações realizadas não correspondem manifestamente a esta situação.



Embora, conforme foi informado pelo próprio Hospital⁷, a reunião de negociação tenha sido efectuada sem formalidades, não tendo sido elaborada qualquer documentação sobre a mesma, o confronto dos vários documentos constantes dos autos permite algumas constatações sobre o momento e conteúdo dessa negociação. Da articulação do relatório de análise das propostas, do mapa comparativo das mesmas, do relatório final, dos ofícios de comunicação da adjudicação, do anexo ao contrato e dos esclarecimentos prestados, pode concluir-se, conforme se referiu nas alíneas i), m) e n) do ponto 2, que:

- A proposta de adjudicação só foi feita e comunicada após a negociação;
- Foram “*convocados para reunião de negociação, os concorrentes cujos produtos tinham sido considerados com as características técnicas pretendidas para o fim a que se destinam. Nessa reunião foi solicitada aos concorrentes a disponibilidade para melhorarem as suas propostas, tendo em vista a negociação em caso de adjudicação, o que veio a acontecer em algumas das posições adjudicadas.*”⁸, daqui resultando com clareza que a negociação não foi feita com o adjudicatário, para introdução de ajustamentos na proposta já escolhida (de acordo com a aplicação objectiva do critério de adjudicação), mas com vários concorrentes para melhoria das respectivas propostas, antes da escolha ter sido feita;
- As alterações efectuadas nas propostas⁹, consubstanciadas em redução de preços, oferta de artigos, alteração de quantidades, não respeitam a condições acessórias mas aos aspectos essenciais relevantes para a escolha do(s) adjudicatário(s);
- Essas alterações conduziram, em várias posições, à adjudicação a proposta diferente daquela que, em condições normais, seria escolhida.

Em suma, a negociação realizada não foi posterior à adjudicação, não incidiu apenas sobre a(s) proposta(s) já escolhida(s) de acordo com o critério da adjudicação nem disse respeito a condições acessórias. Foi, antes, um elemento essencial do processo de escolha, o qual teria tido um resultado diferente se a negociação não tivesse existido.

⁷ Vd. alínea n) do ponto 2

⁸ Vd. alínea n) do ponto 2

⁹ Vd. alínea m) do ponto 2



Não correspondeu, pois, essa negociação à aplicação do disposto no invocado artigo 14.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 197/99, nem pode por ele ser legitimada.

Refira-se, aliás, que o procedimento adoptado não respeita, sequer, princípios gerais e fundamentais quanto à realização de negociações.

Como acima se referiu na alínea g) do n.º 2, a entidade adjudicante, no artigo 9.º do Programa do Concurso, “admitiu” tão só a possibilidade de negociação, sem deixar claro se ela se realizaria, com quem e de que forma. Sendo a existência ou não de uma fase de negociações muito importante num procedimento de escolha de propostas, a formulação usada introduziu um elemento de instabilidade grave na tramitação prevista, susceptível de afectar a vontade de interessados em concorrer e a boa fé que deve imperar no procedimento. Aliás, na disciplina do Decreto-Lei n.º 197/99, em matéria de procedimentos por negociação, ou há, ou não há, anúncio previamente publicado. Não se consagra uma solução em que se preveja uma mera possibilidade de haver negociação, porque tal situação violaria os princípios da estabilidade e da boa fé e ainda os da legalidade, da transparência e da publicidade (artigos 7.º e segs. do referido diploma legal).

Conforme foi informado pelo próprio Hospital¹⁰, a reunião foi efectuada sem formalidades, não tendo sido elaborada qualquer documentação. Para além de tal procedimento violar o disposto no próprio Regulamento do Hospital (Cfr. n.º 5 do seu artigo 2.º, que estabelece a necessidade de actas e documentos escritos registando o teor das negociações), é claramente contrário às exigências legais, nacionais e comunitárias, de transparência e igualdade de tratamento dos candidatos, a cumprir sempre que são admitidas negociações (Vd., designadamente, artigos 30.º, n.º 3, da Directiva 2004/18/CE e 143.º do Decreto-Lei n.º 197/99).

Verificou-se, pois, ilegalidade na tramitação do procedimento por ser inadmissível, face ao direito aplicável, a realização de uma fase de negociações, sendo que a forma como ela decorreu violou ainda princípios fundamentais da contratação pública, constantes dos artigos 7º a 10º e 13º e 14º do Decreto-Lei n.º 197/99.

5. DO CRITÉRIO E DO PROCEDIMENTO DE ADJUDICAÇÃO

¹⁰ Vd. alínea n) do ponto 2



Como se referiu na alínea g) do ponto 2 do presente Acórdão, o artigo 9.º do Programa de Concurso definiu como critério de adjudicação o critério da proposta economicamente mais vantajosa.

De acordo com o disposto no artigo 55.º do Decreto-Lei n.º 197/99, este critério pode ter em conta diversos factores, a escolher pela entidade adjudicante consoante os casos. Entre esses factores contam-se, designadamente, o preço, a qualidade, características funcionais ou prazos de entrega. O mesmo resulta do disposto no artigo 53.º, n.º 1, alínea a) da Directiva 2004/18/CE.

Ambos os artigos referidos exigem que os documentos que servem de base ao procedimento explicitem quais os concretos factores que intervêm na escolha da proposta economicamente mais vantajosa e a ordem decrescente da sua importância, referindo o n.º 2 do artigo 53.º da Directiva que a entidade adjudicante deve mesmo especificar a ponderação relativa que atribui a cada um dos factores escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa.

O n.º 2 do artigo 106.º do Decreto-Lei n.º 197/99 dispõe que o júri do concurso procede à apreciação do mérito das propostas e ordena-as para efeitos de adjudicação, de acordo com o critério de adjudicação fixado.

No caso, o artigo 9.º do Programa de Concurso não foi suficientemente claro quanto aos factores a utilizar na determinação da proposta economicamente mais vantajosa nem quanto à sua hierarquia ou ponderação relativa, deixando margem para aquilo que veio a ser um confuso processo de escolha.

Consequentemente, e devido também à não documentação das negociações ocorridas, nem o relatório de análise das propostas nem o relatório final propondo a adjudicação foram documentos claros quanto ao processo de escolha e à ordenação das propostas.

Só uma análise minuciosa dos documentos permite concluir que se seguiu a seguinte sequência lógica:

- a) Como critério mais importante e aplicado em primeiro lugar seria, e foi, efectuada a distinção dos produtos propostos, separando os adequados dos inadequados, com base na análise e opinião de profissionais utilizadores designados para apoiar tecnicamente o júri e que, para o efeito, preencheram um formulário, produto a produto. Os produtos inadequados foram afastados da apreciação;



- b) Como segundo factor a aplicar na escolha, referia o artigo 9.º do Programa de Concurso que as propostas seriam ordenadas por ordem crescente de preço, o que leva a concluir que, de entre os produtos considerados adequados, a adjudicação deveria recair nos de mais baixo preço, desde que eles não apresentassem um aumento de preço relativamente ao ano anterior que excedesse a taxa de inflação. Esta ordenação foi feita, embora nada evidencie que tenha sido feita a análise das variações de preço relativamente ao ano anterior;
- c) Em último lugar, e unicamente como critério de desempate, atender-se-ia ao prazo de entrega. Não há evidência de que este factor tenha sido utilizado.

A concreta aplicação dos factores relativos à “adequação dos produtos à sua finalidade” e ao respectivo “preço” levanta, também, alguns problemas:

- Como já havia sucedido no caso do processo sobre que recaiu o Acórdão n.º 290/06- 25.SET.06- 1.ª S/SS, ao longo das operações de avaliação das propostas percebe-se que a aplicação do factor relativo à adequação dos produtos umas vezes se reporta a qualidades do produto, outras vezes é tomado como referindo-se a um produto totalmente insusceptível de cumprir a função a que supostamente estava destinado, outras ainda refere-se a insuficiências de conhecimento sobre as suas qualidades ou a insuficiências de demonstração (Vd. alínea h) do ponto 2 acima).

O referido Acórdão n.º 290/06 alertou o Hospital de S. João para que *“uma coisa é a maior ou menor adequação de um produto à função que visa preencher (e aqui teremos um possível critério de graduação de propostas). Outra coisa é determinado produto não ser de todo adequado ao fim a que é suposto destinar-se. Ora, se algum produto é inadequado não se justifica sequer estar a avaliá-lo e, portanto, deve ser excluído da avaliação mediante regras claras, precisas e definidas.”*

Prosseguia o referido Acórdão: *“Por isso mesmo é que os concursos devem ser organizados tendo em vista não simplesmente a aquisição de um produto mais ou menos indefinido mas daquele produto que, tendo em conta a função concreta que vai desempenhar, deverá ter determinadas características e propriedades por forma a ajustar-se a esse fim.*

Para isso é que servem os cadernos de encargos onde se devem incluir as cláusulas técnicas com as quais se visa circunscrever o universo de



produtos susceptíveis de serem apresentados a concurso (cfr. art.ºs 42.º e 43.º do Dec-Lei n.º 147/99).”

O Acórdão em causa chamou, pois, a atenção do Hospital para a necessidade de fazer uma adequada distinção dos aspectos que, nos termos da lei, devem fazer-se constar nas especificações técnicas dos produtos a adquirir, e que são matéria do caderno de encargos, e daqueles que reportando-se à graduação da qualidade dos produtos podem, e devem, ser levados ao critério de adjudicação, para aí serem ponderados em conjunto com outros factores.

Referia ainda aquele Acórdão: *“É de todo óbvio que, em produtos com as características dos presentes, a colaboração dos “profissionais utilizadores” se afigura como imprescindível. Mas a relevância de tal colaboração deve começar já na fase inicial do procedimento ou seja quando há que definir o que se pretende adquirir e com que fim.*

Nesta fase não-de ficar fixados os requisitos técnicos mínimos para que possa encarar-se a admissão dos produtos a concurso bem como as qualidades que devem ser tomadas em conta no apuramento do respectivo mérito relativo.

Cabe aqui referir que, como salientam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira (“Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa”, pág. 440), “a admissão de uma proposta é (...) um acto ou momento decisivo”.

A partir dessa decisão os concorrentes, em princípio, têm direito, além do mais, a que “as suas propostas sejam apreciadas e classificadas, segundo os critérios do concurso” (ibidem).

Tendo sido admitida a proposta e não ocorrendo nenhuma causa de exclusão deve ela ser objecto de avaliação e de ordenação, nos termos legais.”

- No que respeita ao factor “preço”, e ainda que em várias posições tenha sido feita a adjudicação à proposta mais barata, de entre as consideradas adequadas após a 1.ª fase da análise, verifica-se que tal critério foi postergado noutras posições por negociações legalmente inadmissíveis que levaram à oferta de produtos que, pelo preço, estariam afastados da possibilidade de adjudicação, como contrapartida de adjudicações noutras posições¹¹;

¹¹ Vd. alínea m) do ponto 2.



- O mesmo factor “preço” foi ainda postergado noutras posições por os produtos mais baratos, apesar de reconhecidos como adequados, serem considerados de menor interesse ou menor adequação às finalidades¹². Ora, este factor de avaliação e escolha não tinha qualquer apoio na descrição do critério de adjudicação efectuada no artigo 9.º do Programa de Concurso;
- Foram excluídos da adjudicação 4 tipos de artigos (posições 15, 17, 37 e 39)¹³.

Conclui-se, então, que o Hospital de S. João:

- Não formulou adequadamente o caderno de encargos, uma vez que existiam outras especificações técnicas mínimas que os produtos propostos deveriam cumprir para serem considerados adequados, para além daquelas que se referem na alínea e) do n.º 2 deste Acórdão. Incumpriu, assim, o disposto nos artigos 42.º e 43.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

O Hospital foi alertado para esta deficiência através do Acórdão n.º 290/06- 25.SET.06- 1.ª S/SS, e poderia ter reformulado o procedimento ora em apreciação (Vd. alíneas p), q) e r) do ponto 2). Nem se diga que o mesmo era urgente, uma vez que decorreram, entretanto, quase dois anos sobre a respectiva abertura.

- Não respeitou o caderno de encargos, alterando o conjunto dos bens a fornecer nele descrito, com violação do princípio da estabilidade definido no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 197/99;
- Não descreveu, de forma clara, os factores a utilizar para a escolha da proposta economicamente mais vantajosa, a respectiva densificação, hierarquia e ponderação, desrespeitando o disposto no n.º 2 do artigo 13.º e no n.º 2 do artigo 55.º do Decreto-Lei n.º 197/99.
- Não aplicou correctamente o critério de adjudicação a que estava vinculado, escolhendo propostas de acordo com critérios que nele não tinham correspondência e violando o disposto nos artigos 8.º, n.º 2, 9.º, 14.º, n.º 2, e 106.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99.

¹² Vd. alínea m) do ponto 2.

¹³ Cfr. alínea m) do n.º 2



Tribunal de Contas

6. EM CONCLUSÃO

Foram praticadas ilegalidades na tramitação do procedimento que precedeu a celebração do presente contrato, consubstanciadas:

- Na negociação das propostas a concurso, inadmissível face ao direito aplicável e tramitada de forma a violar princípios fundamentais da contratação pública, sendo ofendidas as normas constantes dos artigos 7º a 10º e 13º e 14º do Decreto-Lei n.º 197/99.
- Na deficiente formulação e aplicação das especificações técnicas, do critério de adjudicação e do conjunto de bens a fornecer, com violação do disposto nos artigos 42.º e 43.º, 13.º, n.º 2, 55.º, n.º 2, 8.º, n.º 2, 9.º, 14.º, n.º 2, e 106.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 197/99.

As ilegalidades praticadas são susceptíveis de alterar o resultado financeiro do procedimento adoptado e do consequente contrato.

Para além disso, o critério de adjudicação é um mecanismo que permite garantir o ajustamento da escolha às necessidades identificadas pela entidade adjudicante. Nessa medida, protege ainda o interesse financeiro de obtenção de boas propostas e de selecção daquela que melhor se ajusta à necessidade pública, dessa forma acautelando a adequada utilização da despesa pública envolvida e sendo instrumento da realização do disposto nos artigos 42.º, n.º 6, e 47.º, n.º 2, da Lei n.º 91/2001, na redacção da Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto, e no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro.

Ora, as ilegalidades que alterem, ou possam alterar, o resultado financeiro dos contratos constituem fundamento da recusa de visto a contratos sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz “*Ilegalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro*” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro. Acresce, no entanto, que, no caso, verificou-se mesmo uma alteração efectiva desse resultado, já que as propostas contratuais foram alteradas e a escolha e o conteúdo contratual foram influenciados por essas alterações, pela interferência de critérios não admitidos.

7. DECISÃO



Tribunal de Contas

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea c) do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato acima identificado.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio, e respectivas alterações.

Lisboa, 22 de Setembro de 2008

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(João Figueiredo)

(António Santos Soares)

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)