

ACÓRDÃO N.º 04/2010 - 23.Fev.2010 - 1ªS/SS

(Processo n.º 1807/2009)

DESCRITORES: Código dos Contratos Públicos / Concurso Público / Concurso Limitado por Prévia Qualificação / Contratação *in house* / Contratação Pública / Contrato de Aquisição de Serviços / Elemento Essencial / Nulidade / Princípio da Concorrência / Protocolo / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Em face do disposto no n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e dos princípios que enformam as regras de contratação pública, em especial o da concorrência, não pode considerar-se que a relação entre o SUCH e os seus associados públicos, e, em particular, entre o SUCH e a ARS Centro, seja uma relação “interna” equiparada à que é estabelecida pela entidade adjudicante com os seus próprios serviços, pelo que não pode aplicar-se ao caso a excepção prevista no art.º 5.º, n.º 2 do referido Código.
2. Sendo o protocolo em causa um contrato público de aquisição de serviços, celebrado após a entrada em vigor do CCP, por um Instituto Público, de valor superior ao referido na al. b) do art.º 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, ou seja, € 206.000,00, e não abrangido por qualquer excepção à aplicação do regime da contratação pública, é-lhe aplicável o Código dos Contratos Públicos, incluindo a sua parte II, nos termos do disposto nos arts. 1.º, n.º 2, 2.º, n.º 2, al. a) e 5.º, n.º 3, al. b), do referido Código.
3. De acordo com o estipulado no art.º 20.º, n.º 1, al. b) do mesmo Código, o contrato deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia.

4. A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, a qual origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no art.º 283.º, n.º 1 do CCP.
5. A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na al. a) do n.º 3 do art.º 44 .º da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: João Figueiredo

ACÓRDÃO N.º 04/2010 - 23.Fev.2010 - 1ªS/SS

(Processo n.º 1807/2009)

DESCRITORES: Código dos Contratos Públicos / Concurso Público / Concurso Limitado por Prévia Qualificação / Contratação *in house* / Contratação Pública / Contrato de Aquisição de Serviços / Elemento Essencial / Nulidade / Princípio da Concorrência / Protocolo / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Em face do disposto no n.º 2 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e dos princípios que enformam as regras de contratação pública, em especial o da concorrência, não pode considerar-se que a relação entre o SUCH e os seus associados públicos, e, em particular, entre o SUCH e a ARS Centro, seja uma relação “interna” equiparada à que é estabelecida pela entidade adjudicante com os seus próprios serviços, pelo que não pode aplicar-se ao caso a excepção prevista no art.º 5.º, n.º 2 do referido Código.
2. Sendo o protocolo em causa um contrato público de aquisição de serviços, celebrado após a entrada em vigor do CCP, por um Instituto Público, de valor superior ao referido na al. b) do art.º 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, ou seja, € 206.000,00, e não abrangido por qualquer excepção à aplicação do regime da contratação pública, é-lhe aplicável o Código dos Contratos Públicos, incluindo a sua parte II, nos termos do disposto nos arts. 1.º, n.º 2, 2.º, n.º 2, al. a) e 5.º, n.º 3, al. b), do referido Código.
3. De acordo com o estipulado no art.º 20.º, n.º 1, al. b) do mesmo Código, o contrato deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia.

4. A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo, a qual origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no art.º 283.º, n.º 1 do CCP.
5. A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto na al. a) do n.º 3 do art.º 44 .º da Lei n.º 98/97 de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Mantido pelo acórdão nº 1/11, de 21/01/11,
proferido no recurso nº 04/10

ACÓRDÃO N° 4 /2010 - 23.FEV-1.ª S/SS

Processo nº 1807/2009

1. A Administração Regional de Saúde do Centro, I.P. (doravante designada por ARS Centro ou ARSC), remeteu em 16.09.2009, para fiscalização prévia, o “Protocolo de Adesão ao Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças” (doravante designado por protocolo), celebrado em 8 de Setembro de 2009 entre a Administração Regional de Saúde do Centro, IP e o SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (doravante designado por SUCH), com encargos em 2009 no valor de 369.999,60 euros.

A - OS FACTOS

2. Além do referido em 1. e noutros pontos deste Acórdão, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por documentos constantes do processo:
 - a) O protocolo, nos termos da sua cláusula primeira, tem por objecto regular os termos e condições em que a ARS Centro adere ao Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças do SUCH, cometendo-lhe, no seu âmbito, a responsabilidade de assegurar o processamento de actividades de contabilidade geral e analítica, de contas a pagar, de contas a receber e a execução de acções preparatórias necessárias às actividades da responsabilidade da ARS do Centro de planeamento e preparação do orçamento, de controlo orçamental, de controlo de gestão, de gestão de contratos e da gestão de imobilizado e de tesouraria;



- b) Nos termos do nº1 da cláusula terceira do protocolo, o seu objecto será assegurado através de uma estrutura operacional dotada de meios humanos, das infra-estruturas, dos sistemas de informação e de gestão e dos processos operativos que assegurem aos aderentes a disponibilização de um serviço partilhado de gestão de contabilidade e finanças, estrutura essa designada por Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças (doravante designada por CPCF), criada e gerida, directamente **ou através de entidade mandatada pelo SUCH**, no âmbito da qual serão executadas as actividades contabilísticas e financeiras da responsabilidade do aderente ARS Centro;
- c) Nos termos do nº2 da cláusula terceira do protocolo, a administração, gestão e operação do Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças podem ser cometidas ou cedidas pelo SUCH a entidades terceiras (Entidade Gestora), **constituídas sob qualquer modalidade jurídica que o SUCH entenda conveniente, mediante simples comunicação à ARS Centro, desde que nelas o SUCH detenha participação maioritária, controlo de gestão e dos respectivos órgãos de administração;**
- d) Nos termos do nº 1 da cláusula quarta, o SUCH, através do CPCF, assegurará, em relação a todas as unidades, departamentos e serviços da ARS Centro a totalidade dos serviços de processamento de actividades de contabilidade geral e analítica, de contas a pagar, de contas a receber e a execução de acções preparatórias necessárias às actividades da responsabilidade da ARS Centro de planeamento e preparação do orçamento, de controlo orçamental, de controlo de gestão, de gestão de contratos e da gestão de imobilizado e de tesouraria, conforme descrição constante do Anexo I;
- e) A fls. 13 do Anexo I do protocolo verifica-se que são as seguintes as responsabilidades do CPCF¹:

¹ Na referida folha do Anexo I escreveu-se “*SUCH C.P.C.F., ACE*”. Tendo-se solicitado à ARS Centro que fosse junto ao processo cópia do contrato de constituição deste agrupamento complementar de empresas, foi comunicado pelo ofício nº 2 de 4.JAN.2010 que aquela referência “*configura um mero lapso de escrita*”(…). Logo onde se lê “*SUCH C.P.C.F., ACE*” deve ler-se apenas “*SUCH C.P.C.F.*”.



- Registo contabilístico de orçamento;
 - Controlo orçamental da aquisição de bens e serviços (cabimentação e compromisso);
 - Recepção de facturas, NC, ND e notas de conferência;
 - Registo e contabilização da factura NC e ND;
 - Conferência de facturas e solicitação de respectivas NC/ND;
 - Elaboração de proposta de plano de pagamento;
 - Registo e contabilização de pagamentos;
 - Registo e contabilização de recebimentos;
 - Contabilização de migrantes;
 - Registo contabilístico de regularizações/reposições de FM;
 - Elaboração de relatórios (reporting legal, fiscal, estatístico);
 - Apuramento de impostos;
 - Contabilidade analítica;
 - Contabilização de imobilizado;
- f) No que respeita à remuneração do SUCH pelos serviços prestados, estipula a cláusula décima sétima o seguinte:
- “1 - Pelos serviços a que se refere a cláusula 4ª, o SUCH terá direito a uma retribuição calculada e liquidada nos termos do protocolo, destinada a cobrir os custos de implementação e operação do CPCF.*
- 2 - A retribuição, detalhada e discriminada no anexo VI é o produto da soma:*
- i) Do custo da função financeira e contabilística, o qual foi determinado a partir das declarações efectuadas e das informações prestadas pela ARS do Centro, constantes do anexo IV e*



- ii) *Dos custos e encargos assumidos pelo SUCH com a preparação da adesão da ARS do Centro ao CPCF (...) produto esse ao qual são deduzidos*
- iii) *O valor dos ganhos de eficiência proporcionados pelos serviços partilhados através do CPCF e desde já garantidos pelo SUCH.*
3. *Os custos relacionados especificadamente com a adaptação ao Modelo Futuro de Processos de contabilidade e finanças solicitados pela ARS do Centro serão facturados 30 dias após o início da vigência do Protocolo”;*
- g) Nos termos da cláusula vigésima quarta, a resolução do protocolo, sem justa causa, constitui a parte inadimplente na obrigação de indemnizar a parte fiel por todos os prejuízos causados, calculados e liquidados nos termos do Anexo VII;
- h) Nos termos da cláusula vigésima quinta, a violação por qualquer das partes de obrigações assumidas no âmbito do protocolo que, pela sua relevância e definitividade, torne impossível ou inexigível a subsistência deste confere à outra parte o direito de resolução do protocolo com justa causa e o de exigir à parte faltosa uma indemnização calculada e liquidada nos termos do anexo VII.
- i) Nos termos da cláusula sétima, o protocolo entrou em vigor em 8 de Setembro de 2009 e cessa em 31 de Dezembro de 2009, podendo renovar-se automaticamente, nos mesmos termos e condições, e por períodos sucessivos de um ano, excepto se for denunciado por qualquer das partes;
- j) Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, dos seus Estatutos² o “*SUCH tem por objecto tomar a seu cargo iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados*”, designadamente prestando-lhes assistência técnica no domínio das instalações e equipamentos, assegurando a exploração ou a gestão de instalações técnicas e áreas industriais, incluindo lavandarias, centrais e transportes, promovendo acções no âmbito do desenvolvimento

² Publicados no DR, 2ª Série, nº 249, de 29 de Dezembro de 2006.



tecnológico e da investigação, quer dos equipamentos quer das instalações e constituindo unidades de serviços partilhados;

k) Nos termos do nº 3 do mesmo artigo 2º dos Estatutos as “*unidades de serviços partilhados (...) podem ser constituídas sob a forma de unidades orgânicas do SUCH ou sob a forma de pessoas colectivas integradas pelo SUCH e pelos seus associados e ou por terceiras entidades*”;

l) O artigo 6.º dos estatutos do SUCH estabelece:

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

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

m) O SUCH tem³ associadas 99 entidades públicas e privadas, entre as quais se contam serviços da administração directa do Estado, institutos públicos, entidades públicas empresariais, instituições particulares de solidariedade social e duas sociedades anónimas⁴;

n) A ARS Centro é um desses 99 associados;

o) Nos termos do artigo 7.º dos Estatutos do SUCH, são direitos dos associados:

“a) Usufruir dos serviços prestados pelo SUCH nos termos que forem regulamentados;

b) Eleger os membros não nomeados dos órgãos sociais do SUCH;

³ Vide documento remetido pela ARSC constante de fls. 317 a 319 do processo.

⁴ A CESPUS - Serviços de Saúde, SA cujo capital social é integralmente subscrito pela CESPUS – Cooperativa de Ensino Superior, Politécnico e Universitário, CRL (vide DR, III Série, nº 143, de 22 de Junho de 2001) e a HPP Lusíadas, SA. Conforme informação constante de fl. 322 do processo, o capital desta é detido a 100% pelos Hospitais Privados de Portugal, SGPS, SA, cujo capital é detido a 100% pela Fidelidade Mundial, a qual é detida também a 100% pela Caixa Geral de Depósitos.



Tribunal de Contas

- c) Apresentar todas as propostas que julguem de interesse para a melhor prossecução dos fins do SUCH;*
- d) Reclamar perante o Conselho de Administração dos actos que considerem lesivos dos seus interesses;*
- e) Recorrer para a Assembleia-Geral dos actos do Conselho de Administração que julguem irregulares;*
- f) Examinar, na sede do SUCH, o orçamento e o relatório e contas.”*
- p) Nos termos do artigo 10.º dos Estatutos do SUCH, são órgãos do SUCH a assembleia-geral, o conselho de administração e o conselho fiscal;
- q) De acordo com o artigo 12.º dos Estatutos, a assembleia-geral é constituída por representantes de todos os associados;
- r) Por força do artigo 15.º, compete à assembleia-geral eleger e destituir os membros não nomeados dos órgãos do SUCH; apreciar e aprovar os planos estratégicos e de actividades; apreciar e aprovar o relatório e contas do exercício anual; pronunciar-se sobre a gestão do SUCH; deliberar, por maioria de três quartos dos associados presentes, sobre alterações aos estatutos; deliberar, por maioria de três quartos do número total de associados, sobre a dissolução do SUCH; deliberar, por proposta do conselho de administração, sobre a realização de empréstimos e a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis; deliberar, segundo proposta do conselho de administração, sobre a participação do SUCH noutras pessoas colectivas, nomeadamente, subscrição de participações, quotas ou acções na sua constituição, aquisição de participações, quotas ou acções em pessoas colectivas já constituídas ou adesão a associações constituídas ou a constituir; conhecer dos recursos interpostos da recusa de admissão como associados do SUCH, pronunciar-se sobre as questões que lhe sejam apresentadas nos termos regulamentares e aprovar o regulamento de quotização proposto pelo conselho de administração;
- s) Nos termos do nº 6 do artigo 14.º dos Estatutos, o número de votos de cada associado na Assembleia-Geral é determinado pelo valor percentual dos serviços adquiridos relativamente à facturação total do SUCH;



Tribunal de Contas

- t) Nos termos do artigo 16.º dos Estatutos, o conselho de administração do SUCH é composto por um presidente, um vice-presidente e três vogais. O presidente e o vice-presidente são nomeados pelo Ministro da Saúde e os três vogais são eleitos em assembleia-geral;
- u) De acordo com o artigo 17.º, o conselho de administração assegura a gestão da associação, mediante o plano de actividades e o orçamento aprovado pela assembleia-geral;
- v) O conselho fiscal, conforme dispõe o artigo 22.º, é composto por três membros e é eleito em assembleia-geral;
- w) A intervenção do Ministro da Saúde traduz-se em:
- Exercer a tutela sobre o SUCH (artigo 4.º);
 - Nomear o presidente e o vice-presidente do conselho de administração (artigo 16.º, n.º 2);
 - Homologar as alterações aos Estatutos aprovadas em assembleia-geral (artigo 15.º, n.º 2);
 - Homologar a dissolução do SUCH, aprovada em assembleia-geral (artigo 15.º, n.º 2);
 - Homologar a contracção de empréstimos que impliquem um nível de endividamento líquido igual ou superior a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto (artigo 15.º, n.º 3);
- x) O artigo 2.º, n.º 2, dos Estatutos estabelece que, para além de ser um instrumento de auto-satisfação das necessidades dos seus associados, o SUCH pode ainda, no regime de concorrência e de mercado, desenvolver actividades em todas as áreas de apoio das instituições e serviços que integram o sistema de saúde português, sejam ou não seus associados. O n.º 4 diz ainda que o SUCH pode alargar as suas actividades a instituições públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, desde que não resulte qualquer prejuízo para os associados e haja vantagem no plano económico e em matéria de enriquecimento e valorização tecnológica;



- y) Na listagem de clientes do SUCH e respectiva facturação, em 31.12.2008⁵, constam 86 associados e 142 não associados, sendo estas entidades pertencentes ao SNS, outras instituições públicas e fundações, instituições particulares de solidariedade social e entidades privadas, em que se incluem farmácias, clínicas, laboratórios clínicos, laboratórios farmacêuticos, lares, etc;
- z) Da listagem referida na alínea anterior resulta ainda que o valor facturado a associados do SUCH orçou 75.438.058,33 euros e a não associados correspondeu a 12.266.042,64 euros (representando este 16,25% do total facturado, portanto);
- aa) O artigo 3.º dos mesmos Estatutos, determina que, sempre que tal se mostre de interesse para a prossecução do seu objecto, o SUCH pode instituir ou participar na constituição de associações, sociedades ou pessoas colectivas de outra natureza, bem como adquirir ou alienar participações sociais;
- bb) Questionada pelos Serviços de Apoio a este Tribunal sobre as razões por que não promoveu um concurso público para a celebração de um contrato de prestação de serviços, face ao valor do protocolo, a ARS Centro referiu o seguinte⁶:

“Contrato de prestação de serviços é, na definição do art. 1.154º, do Código Civil, aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição, tendo, portanto, como requisitos, a existência de, pelo menos, duas partes, e uma obrigação de resultado que uma assegura a outra.”

⁵ Documento remetido pela ARSC, a fls. 322 e seguintes do processo.

⁶ Vide ofício da ARS Centro n.º 25102 de 03.11.09. Os trechos reproduzidos a seguir resultam de selecção da nossa responsabilidade.



Assim, não se poderão qualificar de contratos de prestação de serviços a regulamentação interna efectuada no seio de uma associação do modo como os seus associados podem beneficiar dos serviços e/ou prestações que constituem o fim da própria associação e que levaram os associados a constitui-la ou a ela aderir, tal como não poderão ser qualificados como contratos de prestação de serviços as regras de utilização de estruturas comuns constituídas por pessoas ou entidades determinadas; e isto precisamente porque em qualquer desses casos falta o elemento externo, a prestação efectuada por um a outro que caracteriza a prestação de serviços.

Com efeito, nestes casos em que nos encontramos no âmbito da regulação ou da regulamentação intraassociativa, o que se discute não são relações contratuais sujeitas aos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade que norteiam a contratação pública, plasmados no n.º 4 do art. 1.º, do Código dos Contratos Públicos, uma vez que estamos no domínio da auto-satisfação de interesses a que a Administração Pública, independentemente da forma que revista, pode, no uso dos seus poderes de gestão, preferir recorrer, em alternativa à aquisição externa dos bens e serviços necessários ao desenvolvimento da sua actividade. (...)

O SUCH, cujo regime jurídico consta dos respectivos Estatutos (...) e se rege ainda pelo disposto no Dec.-Lei n.º 46.668, de 24 de Novembro de 1965, resulta, assim, da associação de diversas instituições particulares de assistência que o criaram como serviço de utilização comum com o objectivo de obter um melhor rendimento económico. Os actuais Estatutos do SUCH impõem-lhe como objecto o "tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão" (n.º 1 do art. 2.º), caracterizando



expressamente o SUCH como um "instrumento de auto-satisfação das necessidades dos seus associados". (...)

Neste contexto, não parece que faça sentido sustentar que para beneficiarem das iniciativas tomadas e disponibilizadas pelo SUCH estão os seus associados obrigados a celebrar com este contratos de prestação de serviços, submetidos ou não a mecanismos de contratação pública, que implicam necessariamente admitir a possibilidade de os serviços resultantes poderem vir a ser prestados por uma outra qualquer entidade que não a associação constituída para o efeito pelos próprios adjudicantes. A questão não é nova e foi já apreciada em dois pareceres da Procuradoria-Geral da República, o primeiro com o n.º 1/95, publicado no Diário da República, 11 Série, de 12 de Julho de 1995, e o segundo com o n.º 145/2001, publicado no Diário da República, 11 Série, de 23 de Abril de 2003. (...)

O Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças do SUCH, através do qual este se propõe assegurar à ARS do Centro a execução das tarefas compreendidas no Protocolo submetido a Visto, constitui uma unidade operativa autónoma de serviços partilhados criada pelo SUCH, por determinação dos seus associados (...).

[É] apenas isso o que faz o Protocolo em causa: regular as regras de utilização do Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças pelos seus aderentes, todos associados do SUCH e que com este o integram (...).

Daí que constituindo o próprio Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças um instrumento criado pela Administração Regional de Saúde do Centro, IP, conjuntamente com outros associados do SUCH, no seio deste, para lhe proporcionar e executar determinadas tarefas contabilísticas e



financeiras, configure o mesmo um acto de gestão quanto ao exercício da sua própria actividade administrativa e não um contrato de prestação de serviços, até por estes não poderem ser celebrados por uma qualquer entidade consigo mesma.

Razão pela qual se começou por sustentar e ora reitera que, não configura o Protocolo submetido a Visto um contrato de prestação de serviços”;

cc) Não concordando pois com a caracterização do protocolo como contrato de aquisição de serviços, a ARS, admitindo-o sem conceder, veio ainda referir o seguinte⁷:

“[A]inda que (...) se vislumbre no Protocolo oportunamente submetido a Visto desse Tribunal um verdadeiro e próprio contrato de prestação de serviços, constitui entendimento da ARS do Centro que o mesmo se encontra abrangido pela excepção consagrada no n.º 2 do art. 5.º, do Código dos Contratos Públicos, normativo segundo o qual a Parte II do Código dos Contratos Públicos (ou seja, toda a que disciplina o procedimento de formação dos contratos) "não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que: a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior'.

Importa, assim, verificar se os dois requisitos acima mencionados se verificam nas relações entre o SUCH e os seus

⁷ Idem.



associados, nas relações existentes aquele e a ARS do Centro, quer em geral, quer no âmbito da unidade de serviços partilhados denominada Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças, responsável pela execução das tarefas objecto do Protocolo submetido a Visto.

Embora a lei tenha optado por não densificar os parâmetros e conceitos a que alude, nomeadamente o de "controlo análogo" e de "essencial da sua actividade", caracterizando-os qualitativa ou quantitativamente, o preenchimento dos mesmos pode ser alcançado por recurso à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) em que indubitavelmente tais disposições vão buscar a sua raiz. Assim, no Acórdão Teckal, o TJCE veio pela primeira vez reconhecer que se encontravam excluídas das Directivas comunitárias referentes à contratação pública as situações em que "simultaneamente, a entidade adjudicante exercer sobre a pessoa em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar o essencial da sua actividade com a ou as entidades adjudicantes que a compõem", jurisprudência que veio a ser confirmada e desenvolvida pelos Acórdãos Coname e Parking Brixen.

Sintetizando a acima referida jurisprudência, pode-se dizer que o controlo análogo se traduz no poder da entidade adjudicante determinar substantivamente o modo de actuação da co-contratante, exercendo ou podendo exercer "influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes" desta última (Acórdão Parking Brixen, supra citado).

Poder esse que a entidade adjudicante não tem de exercer sozinha para que o requisito se considere preenchido, sendo claro que o pode fazer em conjunto com outras entidades adjudicantes.



No caso do SUCH - Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, verifica-se que o seu substrato associativo é quase exclusivamente composto por entidades adjudicantes, ou seja, por instituições e estabelecimentos de saúde que integram o Serviço Nacional de Saúde e que assumem a natureza jurídica de serviços públicos integrados na Administração Central (os hospitais e estabelecimentos do sector público administrativo), institutos públicos e entidades públicas empresariais.

São essas entidades adjudicantes, suas associadas, e o Estado propriamente dito, representado pelo Ministro com a tutela da Saúde, quem designa a totalidade dos órgãos sociais do SUCH [cfr. arts. 7º, nº 1, alínea c), 15º, nº 1, alínea a), 16º, nºs 2 e 3, dos Estatutos do SUCH].

Entidades adjudicantes suas associadas essas que detêm poderes essenciais de conformação da actividade do SUCH, como sejam aprovar os planos estratégicos e de actividades do SUCH, deliberar sobre a contracção de empréstimos, determinar a aquisição, alienação e/ou oneração de imóveis, bem como sobre a participação do SUCH noutras pessoas colectivas [cfr. alíneas b), g) e h) do nº 1 do artigo 15º, dos Estatutos do SUCH]. Por outro lado, e de um ponto de vista material, cumpre realçar que o SUCH tem a sua actividade estatutariamente subordinada à prossecução das actividades e interesses públicos dos seus associados (v. nº 1 do art. 1º e suas diversas alíneas, dos Estatutos do SUCH), associados esses de quem constitui proclamadamente mero instrumento de auto-satisfação de interesses (v. 1ª parte do nº 2 do art. 2º, dos Estatutos do SUCH), revelando uma total dependência operacional e teleológica do SUCH em relação aos seus associados, subordinação essa que revela a sua submissão ao controlo das entidades adjudicantes que, esmagadoramente, constituem aqueles associados. No caso concreto do Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças tal controlo é especialmente acentuado por força do



seu envolvimento e participação na gestão corrente e quotidiana das tarefas abrangidas pelo Protocolo sub judice, conforme resulta da Cláusula 10^a deste, bem como na sua conformação estratégica, através do assento de que dispõe no Conselho Consultivo daquele Centro (vd. Cláusula 9^a do Protocolo e o seu Anexo V).

Quanto ao segundo requisito estabelecido no n.º 2 do art. 5.º, do Código dos Contratos Públicos, para que se verifique a exclusão das regras aplicáveis à contratação pública, a saber que a entidade co-contratante desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior, pode-se afirmar que o SUCH dedica a quase totalidade da sua actividade aos seus associados públicos, os quais constituem os utilizadores quase exclusivos dos serviços assegurados pelo SUCH. Particularmente no que se refere ao Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças, a informação de que dispomos é a de que a totalidade da sua actividade é desenvolvida com associados que revestem a natureza de entidades adjudicantes, além do próprio SUCH, que integra, e demais unidades de serviços partilhados por este constituídas. Assim, verificando-se, como supra se demonstrou, que se encontram preenchidos os requisitos estabelecidos no n.º 2 do art. 5.º, do Código dos Contratos Públicos, que justificam que o Protocolo oportunamente submetido a Visto esteja subtraído à disciplina da Parte II daquele diploma, ainda que o mesmo pudesse ser configurado como um contrato de prestação de serviços, não se justificaria nem imporia o recurso ao concurso público como procedimento de formação do referido contrato”.

dd) Questionada ainda sobre se, ao abrigo do n.º 2 da cláusula terceira do protocolo⁸, a administração, gestão e operação do CPCF podem ser

⁸ Vide acima a alínea c).



cometidas ao SOMOS CONTAS, ACE⁹ e, no caso afirmativo, como considera possível autorizá-lo sem concurso, dado que o agrupamento complementar de empresas referido integra uma empresa privada, a ARS refere¹⁰:

“A questão colocada assume o pressuposto de que a administração, gestão e operação do Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças serão cometidas pelo SUCH ao Somos Contas, ACE, asserção essa que (...) [não] pode ser tida por certa.

Assumindo, não obstante e apenas para efeito do esclarecimento ora solicitado pelo Tribunal de Contas, que tal atribuição por parte do SUCH possa vir a ocorrer, a questão colocada não permite apreender nem em que momento nem como se entende que deveria esta Administração Regional de Saúde condicionar ao lançamento de um concurso público aquela atribuição. Com efeito, sendo a mesma, tal como configurada no Protocolo, meramente hipotética, não parece que o simples facto de tal atribuição ser equacionada fosse determinante para que a própria celebração do Protocolo devesse ser antecedida de um concurso público, uma vez que a possibilidade admitida não altera nem a natureza das relações que se estabelecem entre o SUCH e os seus associados no âmbito das estruturas de serviços comuns comumente erigidas (...) nem, para quem as entenda como típicas de contratos de prestação de serviços, as descaracteriza como in house (...).

Mas se o que se questiona é a possibilidade de a ARS do Centro condicionar a autorização da atribuição pelo SUCH da administração, gestão e operação do seu próprio Centro de

⁹ O Somos Contas é um ACE, criado em Junho de 2007, para o desenvolvimento de serviços partilhados de gestão financeira, em que o SUCH detém uma participação de 95% e em que também é agrupado um parceiro especializado, a Accenture, SA, que detém os restantes 5%.

¹⁰ Vide ofício da ARS Centro n° 25102 de 03.11.09.



Processamento de Contabilidade e Finanças à realização de um concurso público, apenas e só se tal atribuição pudesse ser efectuada a entidades privadas ou a entidades que tenham como associadas entidades privadas, não se vislumbra com que suporte legal poderia esta Administração Regional de Saúde estabelecer tal condição e menos se vê que a tanto estivesse obrigada. Com efeito, possuindo o SUCH - Serviço de Utilização Comum dos Hospitais órgãos de administração próprios, constitui responsabilidade destes e não dos associados do SUCH, entre os quais se integra a ARS do Centro, determinar os procedimentos de contratação adoptados por aquela entidade, definição essa que apenas ao Conselho de Administração do SUCH compete, bem como assumir a eventual responsabilidade pela preterição de formalidade ou procedimento a que a lei obrigue. Logo, é ao SUCH e aos seus órgãos de Governo, e não à ARS do Centro, que compete estabelecer se os seus actos, atribuições, aquisições ou cedências devem ser precedidos de concurso público ou de outro procedimento de formação de contrato, se for esta a natureza do acto que está em causa. À Administração Regional de Saúde do Centro, IP, cabe-lhe garantir, como o fez, que é o SUCH, enquanto titular da unidade de serviços partilhados constituída para o efeito, quem assegura e se responsabiliza pelo seu funcionamento e pelos respectivos objectivos, quer o faça directamente ou através de unidade orgânica e/ou jurídica autónoma, aliás, prevista e autorizada nos seus Estatutos: e tal garantia resulta da participação maioritária e, principalmente, dos controlos de gestão e governação de qualquer entidade terceira pelo SUCH que o mesmo n.º 2 da Cláusula 3.ª do Protocolo exige e pressupõe, da garantia de responsabilidade subsidiária e directa do SUCH (n.º 3 da mesma Cláusula), bem como do estabelecido no n.º 5 da dita Cláusula 3.ª.



Em documento junto pela ARS Centro¹¹, diz-se ainda sobre esta matéria:

“(...) A gestão do centro de processamento de contabilidade e finanças pode ser assegurada directamente pelo SUCH ou por uma entidade terceira por este designada, desde que integralmente controlada pelo SUCH.

O Somos Contas, ACE, é um agrupamento complementar de empresas criado pelo SUCH (...) que observa integralmente os requisitos exigidos (...) [no] protocolo, ou seja, o SUCH detém nele uma participação de 95%, designa (...) [a] maioria dos membros do seu órgão de administração e o respectivo controlo de gestão, pelo que está aquele agrupamento em condições de assegurar a gestão dos serviços a que se refere o mesmo protocolo(...).

No entanto, a gestão do centro de processamento de contabilidade e finanças não configura uma realidade estática e imutável, podendo em cada momento, ser assegurada directamente pelo SUCH ou por entidade que observe os requisitos exigidos no Protocolo (...).

No concreto âmbito do (...) protocolo (...) não pode ainda ser tomada efectiva decisão sobre a utilização da faculdade prevista no n.º 2 da Cláusula Terceira (...), na medida em que a mesma só fará sentido quando (...) vier a ser visado pelo Tribunal de Contas(...).

Em conclusão, a efectiva atribuição ao Somos Contas, ACE, no âmbito do protocolo em causa, da gestão dos serviços de processamento de contabilidade e finanças (...) é uma possibilidade a considerar pelo SUCH (...);”

¹¹ Vide ofício do SOMOS, Serviços Partilhados em Saúde, n.º 1220, de 28.OUT.2009, a fls. 67 e ss. do processo.



- ee) Em documento tornado público pelo SUCH - comunicado ¹² datado de 12 de Setembro de 2009 - quatro dias após a celebração do presente protocolo, a propósito de tal celebração diz-se: *“O SUCH irá prestar (...) Serviços Partilhados de Processamento de Contabilidade e Finanças, área operacionalizada através do Somos CONTAS, que actua como um Centro de Serviços Partilhados em Gestão Financeira. (...) O Centro de Processamento de Contabilidade e Finanças do SUCH, operado pelo Somos CONTAS¹³, passará a desenvolver em Castelo Branco dois dos processos inerentes aos serviços, nomeadamente, “Contas a Pagar” e “Contabilidade Geral”, enquanto Lisboa assegura os processos de “Contas a receber” e “Controlo de gestão””*;
- ff) O Somos Contas, ACE, é um agrupamento complementar de empresas constituído em 26 de Junho de 2007. São seus membros o SUCH com a participação de 95% e a Accenture, Consultores de Gestão, SA, com 5%. O ACE tem como objectivo principal a cooperação entre agrupados, a partilha de conhecimentos e de informação e o desenvolvimento de actividades de prestação de serviços nas áreas de gestão financeira e de contabilidade, tendo em vista a melhoria da eficiência dos agrupados. Estes serviços, nos termos dos estatutos, são prestados predominantemente ao agrupado SUCH. O agrupamento tem ainda como fim acessório a realização e a partilha de lucros entre os seus membros. O ACE tem um Conselho de Administração composto por três administradores, sendo dois indicados pelo SUCH e um pela Accenture, SA. Nos termos, ainda dos estatutos, é necessária a unanimidade dos votos do conselho, para a elaboração das contas e do orçamento anual, a aquisição, a alienação e a oneração de quaisquer bens imóveis, a contracção de empréstimos e a prestação de cauções e garantias reais pelo agrupamento, a celebração de contratos de prestação

¹² Vide <http://www.somos.pt/Publicdocs/news/Adesao%20ARS%20Centro%20e%20ARS%20Norte.pdf> consultado em 11.01.2010. O Somos Contas, como já se referiu, é um ACE em que o SUCH detém uma participação de 95% e a Accenture, SA, detém os restantes 5%.

¹³ Destacados nossos.



de serviços directamente com terceiros não agrupados e a fixação da remuneração dos serviços prestados a terceiros e ao SUCH¹⁴;

- gg) Suscitada a questão de saber se o SUCH é ou não uma entidade adjudicante, face ao disposto no Código dos Contratos Públicos, a ARSC informou¹⁵:

A questão do enquadramento jurídico do SUCH (...) tem vindo a ser objecto de análise (...) quer na vertente do regime de contratação entre o SUCH e os seus associados, quer na da aquisição pelo SUCH de bens e serviços para o exercício da sua actividade, até hoje com pacífica conclusão, de que tais relações se enquadram no campo da auto-satisfação de necessidades e, logo, fora do âmbito dos regimes de contratação pública (...). (...) [O] SUCH, pela natureza jurídica de que se reveste (...) encontra[-se] subtraído ao regime jurídico da contratação pública (...).

- hh) Sustentando a posição exposta na alínea anterior, foi junto ao processo¹⁶, parecer do Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, datado de 26.07.2007, em que se diz:

“(...)[N]ão só o Estado não quis, nem quer, ter o controlo da gestão do SUCH, mas – mesmo que o queira - não o poderá exercer, porque sem as competências enunciadas nas alíneas b), c) e d) do n.º 1 do artigo 15.º dos Estatutos, o Governo não pode licitamente imiscuir-se na autonomia de gestão do SUCH, pelo que também não pode controlá-la, orientá-la ou dirigi-la (...)”.

¹⁴ Vide informação prestada pela Conservatória do Registo Comercial de Lisboa em 14.01.2010, a fls. 348 ss. do processo.

¹⁵ Vide ofício da ARSC n.º 1 de 4.01.2010, a fls. 281 e ss. do processo que em anexo remete ofício n.º 2 de 4.01.10 do SOMOS – Serviços Partilhados em Saúde.

¹⁶ Vide fls. 287 e ss. do processo.



No que respeita á sujeição do SUCH à legislação então em vigor em matéria de contratação pública, refere-se:

“(...) embora o SUCH não tenha carácter empresarial, tenha sido criado por diversas entidades públicas para prosseguir um objectivo de interesse geral e seja objecto de alguns (poucos) poderes por parte do Ministro da Saúde, o certo é que – tendo natureza jurídica privada, não fazendo parte da Administração Pública, não sendo financiado em mais de 50% por qualquer entidade pública, não tendo mais de 50% dos seus órgãos compostos por individualidades designadas por alguma entidade pública, e não estando sujeito ao controlo de gestão por nenhuma entidade ou instância pública – o SUCH não está submetido às regras jurídicas sobre despesa pública e contratação pública (...)”.

Face ao que então se dispunha no projecto de Código dos Contratos Públicos, afirma-se ainda:

“A conclusão impõe-se: se a redacção actual do projecto se mantiver, ou não sofrer alterações relevantes (...), o SUCH não ficará abrangido pelas regras especiais da contratação pública”.

- ii) Questionada sobre como considera compatível defender, simultaneamente, que sobre o SUCH exerce um “controlo análogo” ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que o SUCH não é uma entidade adjudicante e como considera exercer o referido “controlo análogo”, quando no Parecer do Prof. Freitas do Amaral referido na alínea anterior se diz a folhas 13:” (...) não só o Estado não quis, nem quer, ter o controlo da gestão do SUCH, mas – mesmo que o queira – não o poderá exercer”, a ARSC veio juntar ofício do SOMOS - Serviços Partilhados em Saúde, em que, nomeadamente, se diz:

“(...) na respectiva resposta, o SUCH limitou-se a indicar os factos eventualmente relevantes para a apreciação dessa



questão, bem como a enunciar os diversos entendimentos propugnados a respeito do enquadramento jurídico do SUCH face aos sucessivos regimes de contratação pública. Nesse quadro foram destacados não apenas os Pareceres emitidos pelo Conselho Consultivo da PGR (nº1/95 e 145/2001) mas também o Parecer solicitado, face à anunciada publicitação do CCP, ao Professor Doutor Freitas do Amaral, cuja cópia foi junta(...). Nesse parecer como então se referiu concluiu-se que o SUCH pela sua natureza jurídica não se encontra submetido a aplicação do regime jurídico da contratação pública na medida em que não é passível de qualificação como “entidade adjudicante” à luz desse regime.

(...) Através desta resposta, o SUCH não teve, contudo, a pretensão de fornecer uma informação assertiva e/ou decisiva a propósito da sua qualificação à luz do Código dos Contratos Públicos, limitando-se a comunicar o estado da doutrina alcançada na matéria.

“(...) Com efeito, uma coisa é a verificação dos requisitos necessários à aplicação a determinado contrato da regra prevista no nº2 do artº 5º do CCP – entre os quais se inclui, como vimos, o requisito do “controlo análogo”; outra coisa, bem distinta, é a questão da qualificação do adjudicatário como entidade adjudicante à luz dos contratos públicos. A primeira questão – verificação dos requisitos da relação in house é como vimos relevante para efeitos de determinação do regime procedimental aplicável (ou não) ao contrato em causa e, por conseguinte, para o controlo da respectiva legalidade. A segunda questão, por seu turno já não detém qualquer interesse para esse efeitos prendendo-se apenas com o problema de saber se o adjudicatário quando celebra contratos com terceiros está, em contrapartida, sujeito ao regime de contratação pública estabelecido na parte II do Código.

“(...) Se atentarmos (...) no teor do Parecer emitido pelo Prof. Doutor Freitas do Amaral, verificamos que a análise que nesse Parecer é efectuada a respeito da questão da qualificação do



SUCH como “entidade adjudicante” (...) assenta na perspectiva da relação entre o Estado e o SUCH. O mesmo Parecer já nada diz porém quanto à relação entre o SUH e os seus associados. Assim sendo, o facto de aí se concluir que o Estado não tem o controlo de gestão do SUCH, não significa e/o implica que os associados do SUCH enquanto pessoas colectivas distintas do Estado e membros do substrato pessoal deste serviço, não detenham uma influência determinante sobre a construção da sua actividade, em termos que permitam reconhecer a aplicação a excepção prevista para as relações in house”.

B - APRECIÇÃO¹⁷

3. Face a toda a matéria de facto e aos argumentos já expostos pela ARS Centro, importa abordar basicamente as seguintes questões:
 - a) Sobre a actualidade da doutrina dos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República;
 - b) Sobre a natureza do protocolo sujeito a fiscalização prévia;
 - c) Sobre a natureza das entidades subscritoras do protocolo;
 - d) Sobre a eventual sujeição do protocolo ao disposto no regime da contratação pública em matéria de contratação “in house”.

B – I - A doutrina do parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o SUCH

4. A natureza da contratação entre os SUCH e os seus associados, quando estes se configuram como pessoas colectivas de direito público, *maxime* os

¹⁷ Por se concordar como o decidido nos Acórdãos n.ºs 143/09, de 22 de Julho, e n.º 159/09, de 29 de Outubro, da 1.ª Secção deste Tribunal, relativamente a instrumentos contratuais celebrados entre instituições de saúde e o SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais, iremos, no caso presente, acompanhar muito de perto a jurisprudência neles enunciada.



hospitais do Serviço Nacional de Saúde, foi sempre muito controvertida, tendo dado origem a inúmeros pareceres, de que se salientam dois do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República: o parecer n.º 1/95, publicado no DR, II Série, de 1 de Julho de 1995, e o parecer n.º 145/2001, publicado no DR, II Série, de 23 de Abril de 2003.

5. Ambos os pareceres referenciados foram emitidos durante a vigência das Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE. No que ao direito interno se refere, o primeiro Parecer reporta-se ao regime constante do Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de Julho, anterior pois à integração de Portugal nas então Comunidades Europeias, e o segundo concluiu já sobre os Decretos-Lei n.ºs 55/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Julho, confessas transposições das Directivas de 1993, atrás identificadas.
6. Refiram-se aqui as conclusões do parecer de 2001, invocado no presente processo:

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

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

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

4.ª A finalidade principal do SUCH é a prestação de certos serviços aos seus associados, para um funcionamento mais ágil e eficiente destes e



em regime materialmente de cooperação e entreaajuda, sem apelo a recursos exteriores.

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

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

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

8.ª Fora das situações a que se referem as anteriores 4.ª e 7.ª conclusões, o SUCH, sempre que, como dono de obra ou adjudicante de bens e serviços, careça de contratar com terceiros, inclui-se entre as entidades equiparadas a organismos de direito público, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, compreendendo-se, nessa estrita medida, no âmbito da aplicação subjectiva destes diplomas legais.”

O cerne da doutrina do referido parecer é o de, nos contratos entre o SUCH e os seus associados públicos, não estar em causa o recurso, por estes, a um contratante externo. O SUCH surge, no parecer, como resultado de uma “*actividade materialmente cooperativa*” e de “*auto-organização das entidades do sistema de saúde*”, em que não se coloca a questão do “*recurso a entidades exteriores (...) com uma exigência da qual decorra a necessidade de defender ou acautelar quer o princípio da concorrência*” quer os princípios da imparcialidade e da igualdade, não se verificando assim “*os pressupostos que compelem à realização de procedimentos*



concursais e conseqüente contratação entre o SUCH e as unidades que o integram, pelos serviços por aquele prestados ou fornecidos". Contudo, note-se, acrescenta ainda o parecer, sempre que o *"SUCH, como dono de obra ou como adjudicante de bens e serviços, careça de contratar com terceiros, essa sua actividade situa-se já num plano alheio ao do regime de cooperação material entre associados e ganha uma outra característica que lhe é conferida pela necessidade de intervenção externa"*. Neste caso, conclui o parecer, a actividade do SUCH subordina-se ao que está disposto nos regimes da contratação pública¹⁸.

As declarações de voto proferidas no parecer, discordando da qualificação jurídica atribuída ao SUCH, vão, aliás, no mesmo sentido fundamental: podendo qualificar-se o SUCH como um organismo de direito público, daí decorreria a possibilidade de contratação directa com outro organismo da mesma natureza.

7. Este entendimento era compatível com alguma doutrina construída sobre as directivas comunitárias então em vigor. Como refere Cláudia Viana¹⁹, o disposto no artigo 1.º, alínea c), da Directiva 92/50/CEE e no artigo 1.º, n.º 6, da Directiva n.º 93/38/CEE, conjugado com o artigo 6.º da Directiva 92/50/CEE e com o artigo 11.º da Directiva 93/38/CEE, levava alguns autores a admitir que os contratos celebrados entre dois entes públicos estavam excluídos da regulação comunitária.

Nesse sentido, para esses autores, era relativamente ampla a possibilidade de caracterizar determinados tipos de contratação entre entes públicos como *auto-satisfação* de necessidades. Contudo, já esse entendimento era criticável face ao regime jurídico em vigor e o próprio Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias o explicitou.

8. Por outro lado, tenha-se igualmente presente circunstâncias relativas ao momento de elaboração do parecer.

¹⁸ Vide n.º4 do parecer.

¹⁹ Em *Contratos públicos "in house" – em especial, as relações contratuais entre municípios e empresas municipais e intermunicipais*, in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 00, Outubro-Dezembro 2007, pp 34 e ss.



Sendo elaborado em 2003, expressamente se estriba em pareceres anteriormente formulados pelo Conselho Consultivo, muito especialmente o Parecer n.º 1/95: “*Mantém-se por isso a doutrina do parecer n.º 1/95 por não haver razões para a alterar*”²⁰. E, segundo declaração de voto²¹, foi também seguida “*largamente*” a doutrina do parecer n.º 56/99, para dar resposta “*à mesma questão substancial que é colocada na presente consulta, mas em relação à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*”.

Pareceres, portanto, anteriores a importantes marcos na evolução da temática que, no presente acórdão, deve ser abordada²², e que não pode deixar de se ter presentes no presente acórdão: marcos na evolução do Direito e marcos na evolução jurisprudencial que o aplica.

9. Tal como já se reconheceu quando se decidiu solicitar o segundo parecer à Procuradoria-Geral da República²³, assistiu-se efectivamente, entretanto, a uma significativa evolução das circunstâncias, que coloca em causa a actualidade do parecer que se vem referindo.

De facto:

²⁰ Vide de novo o n.º 4 do parecer.

²¹ Vide o n.º 2 da declaração de voto do Conselheiro Carlos Alberto Fernandes Cadilha.

²² Constate-se também que o parecer da PGR de 2003 em nenhum ponto remete ou refere a jurisprudência que entretanto veio a desenvolver-se no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Compreende-se tal facto pois, à data, só tinha sido proferido o Acórdão Teckal, em 18 de Novembro de 1999, que mais abaixo se destacará e que marca, com um singelo parágrafo, o início da evolução jurisprudencial nesta matéria, reafirmada sobretudo a partir de 2005. Vejam-se abaixo no n.º 20, os acórdãos do TJCE que traduzem essa evolução.

²³ Referia-se, assim, no pedido: “(...) *Com fundamento no parecer n.º 1/95 (Diário da República, II Série de 12 de Julho de 1995) tem vindo a entender-se que os SUCH - Serviços de Utilização Comuns dos Hospitais se situam fora dos pressupostos de aplicabilidade do regime do Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de Julho. No entanto, a nova disciplina de realização das despesas públicas, os princípios que enformam a actividade da Administração Pública e a própria natureza dos SUCH têm vindo a pôr em causa a actualidade do já mencionado parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República; É o caso do parecer anexo [2], solicitado a uma entidade estranha ao Ministério da Saúde, e que conclui pela necessidade de sujeitar o SUCH ao regime legal de realização da despesa pública. Em face do exposto, e atento o teor do artigo 37.º n.º 1 alínea a) da Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, venho solicitar a Vossa Excelência o Parecer do Conselho Consultivo da PGR sobre a questão de saber se o SUCH se pode considerar isento da legislação em vigor para a realização de despesa de aquisição de bens e serviços ou realização de obras públicas, ou, por outras palavras se se mantém actual a doutrina do Parecer da PGR n.º 1/95 já referido.*”



- a) Foram publicadas novas directivas europeias²⁴, que clarificaram (limitando) a possibilidade de celebração de contratos entre entidades adjudicantes;
 - b) Foi proferida relevante jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu sobre a matéria, densificando as excepções à aplicação do regime comunitário de contratação pública e declarando o seu carácter restritivo;
 - c) Foi publicado, no plano nacional, o novo Código dos Contratos Públicos²⁵, que alarga, significativamente, em nome do princípio da concorrência, o âmbito dos contratos cuja formação fica submetida aos procedimentos nele regulados;
 - d) O estatuto jurídico dos hospitais públicos sofreu importante evolução, sendo que parte deles não fazem já parte do Sector Público Administrativo, tendo um regime empresarial;
 - e) O estatuto e o regime do SUCH sofreram também modificações relevantes²⁶.
10. Vejamos desde já a evolução do SUCH. Compulsando os estatutos de 1996, com base nos quais foi emitido o referido parecer, e os estatutos de 2006, agora em vigor, destaquem-se as seguintes alterações²⁷:
- a) O presidente da mesa da assembleia geral passou a ser eleito pelos membros desta quando, anteriormente, era nomeado pelo Ministro da Saúde;
 - b) O conselho fiscal passou a ser integralmente eleito em assembleia geral, deixando de dele fazer parte um representante do Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde, tutelado pelo Ministro da Saúde;

²⁴ Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE, de 31 de Março.

²⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

²⁶ Os seus estatutos foram revistos em 2003 e em 2006. A versão actual foi publicada no *Diário da República*, II Série, de 29 de Dezembro de 2006.

²⁷ Destacam-se as alterações de maior relevo e que têm impacto na fundamentação da presente decisão.



- c) Deixou de ser direito dos associados recorrer para o Ministro da Saúde de actos do conselho de administração ou da assembleia geral, prevendo-se agora somente o recurso para a assembleia geral de actos daquele conselho;
- d) O Ministro da Saúde perdeu o poder de homologação das decisões da assembleia geral relativas à contracção de empréstimos, excepto quando estes impliquem um nível de endividamento líquido igual ou superior a 75% dos capitais próprios apurados no exercício do ano transacto;
- e) O SUCH passou a ter como objecto a iniciativa de constituir unidades de serviços partilhados, sob a forma de unidades orgânicas suas, ou sob a forma de pessoas colectivas integradas por si e por seus associados e ou por terceiras entidades.

Destas alterações resulta que o actual SUCH constitui uma entidade com características diferentes da que existia à data da emissão do parecer a que nos estamos a referir. Não só porque se assistiu ao enfraquecimento dos poderes tutelares e de controlo do Estado²⁸, reforçou-se a sua natureza privada e associativa e alterou-se profundamente numa dimensão específica mas da maior importância em matéria de contratação: face à disposição relativa aos serviços partilhados, quando um seu associado procede a uma adjudicação ao SUCH, em matéria de serviços partilhados, tal adjudicação pode ser directamente assumida pelo próprio SUCH ou ser transmitida a uma entidade terceira, que pode assumir qualquer natureza jurídica (pública ou privada, associada ou não associada ou mista, com membros privados e públicos, associados e não associados).

11. Face a essas mutações, a doutrina do parecer referenciado não pode já ter-se como segura e, como adiante veremos, sequer como actual e válida.

B – II - Sobre a natureza do protocolo sujeito a fiscalização prévia

²⁸ Vide na alínea w) do n.º 2 as competências que actualmente são exercidas pelo Ministro da Saúde.



Tribunal de Contas

12. O protocolo em apreciação consubstancia um acordo de vontades entre duas pessoas jurídicas distintas, entre as quais não existem relações hierárquicas.

Por outro lado, este acordo tem um conteúdo inequivocamente sinalagmático e obrigacional.

Como decorre claramente do seu objecto, o protocolo envolve a aquisição de serviços e, como aí se aponta, essa aquisição é feita contra o pagamento de um preço²⁹.

O que se consagra no protocolo aponta, pois, claramente para que estamos perante um verdadeiro contrato oneroso de aquisição de serviços, que estabelece um benefício económico pela realização da prestação.

Assinale-se ainda que inexitem quaisquer cláusulas específicas de serviço público, o tipo de serviços em causa poderia ser adquirido no mercado e nele oferecido por qualquer operador e o incumprimento do contrato está sujeito a penalizações pecuniárias, o que dificilmente se concebe numa relação não contratual³⁰.

Relembre-se ainda que o artigo 450º do Código dos Contratos Públicos estabelece: “*Entende-se por aquisição de serviços o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários serviços mediante um preço*”.

13. E sublinhe-se que activando-se os mecanismos previstos na cláusula terceira do protocolo³¹ que permitirá o diferimento da prestação de serviços a uma terceira entidade (associada ou não associada, pública ou privada, ou mista, com membros associados e não associados e públicos e privados), a natureza contratual do instrumento celebrado torna-se ainda mais evidente, estando-se muito longe de qualquer forma de cooperação ou assistência

²⁹ Vide acima as alíneas a), d), e) e f) do nº2.

³⁰ Vide acima as alíneas g) e h) do nº 2.

³¹ Vide acima as alíneas b) e c) do nº 2. E como se viu – na alínea dd) do nº 2, in fine – “*a efectiva atribuição ao Somos Contas, ACE, no âmbito do protocolo em causa, da gestão dos serviços de processamento de contabilidade e finanças (...) é uma possibilidade a considerar pelo SUCH (...)*”. Vide igualmente a matéria constante da alínea ee) do mesmo número de que resulta de forma muito afirmativa a atribuição ao Somos Contas, ACE.



Tribunal de Contas

mútua, estatutariamente determinada para a realização de uma missão de serviço público³².

Assim, ao contrário do que foi referido pela ARS Centro³³, não se trata de “*regulamentação interna efectuada no seio de uma associação*”, nem de “*regras de utilização de serviços comuns*”, nem nos encontramos no âmbito da “*regulação ou da regulamentação intraassociativa*” e não se configura o protocolo como “*um acto de gestão quanto ao exercício da sua própria actividade administrativa*”.

14. Ora, estando nós assim perante um verdadeiro contrato, importa sublinhar que o princípio geral hoje consagrado no Código dos Contratos Públicos é, ao contrário do que antes sucedia, o de que o regime de contratação pública nele estabelecido é tendencialmente aplicável à formação de todo e qualquer *contrato público*, entendendo-se por tal todo aquele que, independentemente da sua designação e natureza, seja celebrado pelas entidades adjudicantes referidas no Código^{34 35}.

A ARS Centro, Instituto Público, é uma entidade adjudicante, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º do Código, pelo que os contratos por ele celebrados são *contratos públicos*, como tal devendo ser qualificado o contrato que nos ocupa.

15. Estamos, pois, perante um contrato regido pelo Código dos Contratos Públicos e pela legislação comunitária de contratação pública.

³² Note-se que em documento tomado público pelo SUCH, datado de 29 de Junho de 2007, sobre serviços partilhados para a gestão financeira e recursos humanos, se diz relativamente aos ACE: “(...) são agrupados dos novos ACE o SUCH, com uma participação de 95%, e dois parceiros especializados – a Capgemini, no caso da ACE Gestão de Recursos Humanos, e a Accenture, no ACE Gestão Financeira. Poderão vir a aderir como clientes todas as **instituições prestadoras de cuidados de saúde, públicas ou privadas, associados ou não associados do SUCH que manifestem o seu interesse, podendo ainda, se o desejarem, tornar-se também agrupados do ACE**” (destacados nossos). Vide o sítio seguinte, consultado em 11.01.2010:

http://www.somos.pt/Publicdocs/news/070629%20SUCH%20promove%20Seminar%20SP_O%20Estado%20da%20Arte%20em%20Portugal.pdf

³³ Vide acima a alínea bb) do n.º 2.

³⁴ Cfr. Rui Medeiros, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 69, Maio/Junho 2008.

³⁵ Cfr. artigo 1.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.



B – III - Sobre a natureza das entidades subscritoras do protocolo

16. Já referimos que a ARS Centro, Instituto Público, é uma entidade adjudicante, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem vindo a afirmar claramente³⁶ que o regime de contratação pública se aplica, em princípio, aos casos em que uma entidade adjudicante celebra por escrito, com uma entidade dela distinta no plano formal e dela autónoma no plano decisório, um contrato a título oneroso que tenha um objecto abrangido por essas directivas, quer esta segunda entidade seja ela própria uma entidade adjudicante quer não.

Isto significa que desde que estejamos perante um contrato outorgado por duas entidades distintas, no plano formal e decisório, devemos aplicar as regras da contratação pública, mesmo que essas entidades sejam ambas entes públicos ou entidades adjudicantes.

As directivas de 2004, na senda da jurisprudência do Tribunal de Justiça, vieram clarificar que a participação de organismos de direito público como concorrentes em procedimentos pré-contratuais não pode pôr em causa a livre concorrência³⁷ e que a possibilidade de celebração directa de um contrato público entre entidades adjudicantes está, hoje, apenas prevista para contratos públicos de serviços e somente em caso de existência de um direito exclusivo³⁸. De acordo com a jurisprudência, esta excepção deve ser interpretada restritivamente³⁹.

³⁶ Cfr., designadamente, o acórdão proferido no processo C-107/98 (*Teckal*).

³⁷ Cfr. Cláudia Viana, no texto já citado, e o 4.º considerando da Directiva 2004/18/CE: “os Estados-membros devem velar por que a participação de um proponente que seja um organismo de direito público, num processo de adjudicação de contratos públicos, não cause distorções da concorrência relativamente a proponentes privados.”

³⁸ Cfr. artigos 18.º da Directiva 2004/18/CE e 25.º da Directiva 2004/17/CE.

³⁹ Cfr. acórdão *Teckal* do Tribunal de Justiça, no processo C-107/98. Mas vide também os acórdãos *Stadt Halle*, no processo C-26/03 (nº46) e *Parking Brixen*, no processo C-458/03 (nº63).



Assim, é hoje bem claro⁴⁰, no plano do direito europeu dos contratos públicos, que a celebração de contratos públicos economicamente relevantes deve estar sujeita às normas de contratação pública, mesmo quando seja feita entre entidades públicas.

Ora, se a contratação inter-administrativa não é, em regra, e por si própria, considerada como uma forma de *auto-satisfação* das necessidades, a não ser em situações muito delimitadas, não há razões para deixar de aplicar os mesmos critérios rigorosos quando esteja em causa a contratação entre entes públicos e entes não públicos.

O SUCH é, na afirmação do parecer da Procuradoria-Geral da República acima referido, uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, as quais têm sido consideradas pela doutrina dominante como pessoas colectivas de direito privado⁴¹. Tal qualificação consta igualmente do n.º 2 do artigo 1.º dos Estatutos.

Como é consentido pelo artigo 6.º dos mesmos Estatutos, contam-se, entre os associados do SUCH, entidades privadas⁴².

Como já se viu, acresce ainda que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea d), esta associação tem, hoje, também por objecto constituir unidades de serviços partilhados e de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo dos Estatutos, estas unidades de serviços partilhados podem ser constituídas sob a forma de pessoas colectivas integradas pelo SUCH e pelos seus associados e/ou por terceiras pessoas⁴³.

17. Consta de *website* do SUCH⁴⁴ que este – certamente no uso das faculdades conferidas pelo n.º 3 do artigo 2.º e pelo artigo 3.º dos Estatutos - se associou “*a outras entidades a fim de reforçar a sua capacidade competitiva em*

⁴⁰ O que não era tão marcado na altura em que foi produzido o parecer da Procuradoria -Geral da República acima referido.

⁴¹ Cfr. declaração de voto de Carlos Alberto Fernandes Cadilha, no parecer referido.

⁴² Vide acima as alíneas l) e m) do n.º 2.

⁴³ Vide acima alíneas j) e k) do n.º 2.

⁴⁴ In http://www.somos.pt/Publicdocs/EMPRESAS%20PARTICIPADAS%20SUCH_Set2008.pdf, consultado em 11.01.2010.



Tribunal de Contas

determinados segmentos de mercado” sendo referidas as seguintes em que detém participações sociais:

- a) SUCH Dalkia, Serviços Hospitalares. Criado em Junho de 1996, é um Agrupamento Complementar de Empresas (ACE), sendo 50% propriedade do SUCH e os restantes 50% da DALKIA - Empresa de Serviços, Condução e Manutenção de Instalações Técnicas, S.A. Este ACE tem por objecto social a produção de energia eléctrica e a gestão das actividades dos seus membros relacionadas com a gestão e exploração de actividades de apoio em hospitais, designadamente o conjunto de serviços técnicos de manutenção de equipamentos e exploração de lavandarias;
- b) Coimbravita - Agência de Desenvolvimento Regional SA. Criada em Julho de 2000, com uma participação de 3,69% do SUCH, tem por objecto a promoção de acções que criem emprego e melhorem o ambiente e a qualidade de vida no distrito de Coimbra e distritos limítrofes, nas áreas dos serviços, indústria e comércio, exclusivamente relacionadas com o sector da saúde e ciências da vida;
- c) EAS - Empresa de Ambiente na Saúde, Tratamento de Resíduos Hospitalares. Criada em Maio de 2001, a EAS é totalmente detida pelo SUCH. Transformada em Maio de 2008 em EAS Unipessoal, Lda. com alargamento do seu objecto social, possui uma participação de 64,53% no capital da Valor Hospital, SA;
- d) Coimbra Inovação Parque - Parque de Inovação em Ciência, Tecnologia, Saúde, SA. O SUCH detém 2% do capital da sociedade. Constituída em Fevereiro de 2004, tem como objecto a implementação, gestão e administração de parques empresariais, científicos e tecnológicos e o apoio à actividade económica e empresarial em geral;



- e) Somos COMPRAS, ACE. Criado em Abril de 2007, Somos COMPRAS é uma entidade empresarial de serviços partilhados para a área de compras e logística na Saúde. São agrupados deste ACE, para além do SUCH, com 86%, três grupos hospitalares - Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE e Hospital de Santa Maria, EPE, representando uma participação de 9%. Integrava ainda este ACE, com uma participação de 5%, um parceiro especializado, a SGG - Serviços Gerais de Gestão SA, uma empresa do universo da Deloitte Touche Tohmatsu⁴⁵;
- f) Somos PESSOAS, ACE. Com uma participação de 95%, o SUCH é o principal agrupado do Somos PESSOAS, criado em Junho de 2007, tendo a Capgemini, SA, como parceiro especializado, os restantes 5%. Este ACE disponibiliza serviços partilhados de gestão de Recursos Humanos;
- g) Somos CONTAS, ACE. O SUCH detém uma participação de 95% na Somos CONTAS, criado em Junho de 2007, para o desenvolvimento de serviços partilhados de gestão financeira, em que também é agrupado um parceiro especializado, a Accenture, Consultores de Gestão, SA, que detém os restantes 5%⁴⁶;
- h) Somos AMBIENTE, ACE. Com uma participação de 80%, o SUCH é o principal agrupado do Somos AMBIENTE, ACE, criado em Julho de 2008. Esta unidade empresarial tem por objectivo principal a construção e exploração de um centro integrado de valorização energética, reciclagem e tratamento de resíduos e conta com a participação de um parceiro especializado e de um parceiro tecnológico.

Estas participações repercutem-se na própria organização estrutural do SUCH. Assim, se atentarmos no seu organograma, verificamos a existência de áreas de negócio constituídas em sociedades, com órgãos sociais

⁴⁵ Em Março de 2009, a SGG - Serviços Gerais de Gestão, SA, deixou de participar no ACE.

⁴⁶ Vide acima a alínea ff) do nº2.



próprios, integrados por representantes do SUCH e das empresas participadas.

No Relatório de Gestão e Contas de 2008 refere-se que, nesse ano, se verificou o arranque das operações dos ACE, a externalização dos processos transaccionais e a definição da estratégia de empresariação das áreas. Desta estratégia faz parte, como se refere a páginas 22 desse Relatório, a saída do SUCH da posição de prestador de serviços, externalizando-os, e a sua consolidação como parceiro e gestor de contratos.

Deste e de outros documentos, constantes do *site* do SUCH, e assim tornados públicos, resulta clara a actuação de natureza empresarial e de mercado adoptada pelo SUCH nos últimos anos e a estratégia em curso de reforço dessa perspectiva.

Como se referiu na alínea z) do nº 2 deste Acórdão, 16,25% da facturação do SUCH em 2008 respeitou a entidades *não associadas* do mesmo.

18. Do exposto resulta que o novo modelo organizativo e a actividade desenvolvida dificilmente se compaginam com a tradicional visão do SUCH como um instrumento de pura “*cooperação e interajuda*”, de “*colocação em comum de meios para a obtenção de directas vantagens comuns, dentro do mesmo círculo pessoal dos associados*”⁴⁷ como um mero braço dos seus associados para a auto-satisfação das suas necessidades.

Estamos agora perante uma organização empresarial sofisticada, que, para além de ser privada, conjuga meios próprios com parcerias de negócio, nas quais participam empresas privadas de carácter puramente mercantil.

Concluindo, por ora: estamos perante um verdadeiro contrato celebrado entre entidades distintas, tendo a entidade adjudicatária uma constituição e características empresariais que apontam para uma autonomia não só formal mas também no plano decisório.

⁴⁷ Como se referia nos pareceres da Procuradoria-Geral da República e vem invocado nos autos.



Impõe-se agora responder à pergunta: o tipo de relações existentes entre estas duas entidades enquadra-se na doutrina das “relações internas” ou das “relações *in house*”?

B – IV - Sobre a eventual sujeição do protocolo ao disposto no regime da contratação pública em matéria de contratação “*in house*”.

19.A ARS Centro veio defender, na hipótese de o protocolo ser considerado um contrato de aquisição de serviços – o que admite sem conceder – que tal contrato foi celebrado ao abrigo da excepção consagrada no nº 2 do artigo 5º do Código dos Contratos Públicos que traduz a doutrina das “relações internas” ou da “contratação *in house*”. Tendo sido demonstrado que estamos perante contrato de aquisição de serviços celebrado entre pessoas distintas – sendo um instituto público e a outra uma pessoa colectiva de utilidade pública administrativa com evidente complexidade organizacional de tipo empresarial - é sobre tal matéria que vamos debruçar-nos agora.

B – IV.1 – A contratação “*in house*” na jurisprudência comunitária e impacto no direito nacional

20.Referia o Advogado Geral no processo C-107/98, do Tribunal de Justiça, denominado processo *Teckal*, que, para que as regras de contratação pública sejam aplicáveis é necessário que seja celebrado um contrato, que o seja por escrito e que o co-contratante da entidade adjudicante, o fornecedor, tenha efectivamente a qualidade de *terceiro* relativamente a essa entidade.

Já vimos que estamos perante um verdadeiro contrato celebrado entre pessoas juridicamente distintas. Importa agora certificarmo-nos de que o co-contratante é efectivamente um *terceiro* para este efeito.

Isto porque, no Acórdão proferido naquele processo, se considerou que, em determinadas circunstâncias, a relação contratual entre pessoas jurídicas



distintas pode, ainda assim, reconduzir-se a uma relação *interna* entre elas, para a qual não se justifica impor o recurso ao mercado.

O Acórdão referido marcou o início da construção jurisprudencial da teoria da “contratação *in house*” como justificação para a não aplicação das regras de contratação pública. Esta teoria foi desenvolvida, posteriormente, e sobretudo, nos Acórdãos proferidos nos processos C-26/03 (Stadt Halle) em Janeiro de 2005, C-84/03 (Comissão-Espanha) também de Janeiro de 2005, C-231/03 (Coname) de Julho de 2005, C-458/03 (Parking Brixen) de Outubro de 2005, C-29/04 (Comissão v. Áustria) de Novembro de 2005, C-340/04 (Carbotermo and Consorcio Alisei) de Maio de 2006, C-410/04 (ANAV), C-295/05 (Asemfo/Tragsa) de Abril de 2007, C-337/05 (Comissão v. Itália) e C-324/07 (Coditel) de Novembro de 2008.

Esta tese propugna a ideia de que uma entidade adjudicante está dispensada de cumprir as regras de concorrência quando escolhe realizar ela mesma as operações económicas de que necessita, embora, no âmbito da sua autonomia organizativa, através de uma outra entidade que funciona como um seu *prolongamento administrativo*. Será, então, essa especial relação de prolongamento que, integrando, no plano substantivo, uma relação de dependência entre os entes em causa, elimina a autonomia de vontade de um deles e permite considerar que o contrato não é celebrado com um *terceiro*.

21. O parecer da Procuradoria-Geral da República acima referido, também assentou na ideia de que o regime da contratação pública “*pressupõe a necessidade de recurso a contratantes externos*”.

Só que, como veremos, o Tribunal de Justiça estabeleceu para esta excepção às regras de contratação pública contornos muito mais exigentes do que aqueles que eram defendidos naquele parecer e, progressivamente, tem procedido à sua densificação⁴⁸.

⁴⁸ O parecer ainda que desenvolva ideias relacionadas com “*actividade material cooperativa*”, “*organização de meios postos em comum*”, “*auto-organização e “uso exclusivo (ou quase) de associados*”, está longe de estabelecer requisitos como “*controlo análogo*” e “*essencial da actividade*”, como os propugnados pela jurisprudência comunitária.



Aliás, a tendência da jurisprudência vai objectivamente no sentido de uma interpretação cada vez mais restritiva⁴⁹ dos pressupostos aplicativos da doutrina das “relações *in house*”.

22. A tese defendida nos referidos acórdãos do Tribunal de Justiça, embora não tendo sido explicitamente vertida no texto das directivas de 2004⁵⁰, foi, à semelhança do que sucedeu noutros Estados-Membros, expressamente incorporada no Código dos Contratos Públicos português. Consta, hoje, do seu artigo 5.º, n.º 2.

Face à delimitação jurisprudencial desta doutrina e à sua positivização na ordem jurídica portuguesa, deve entender-se que a mesma prevalece, hoje, sobre a tese defendida no parecer da Procuradoria-Geral da República e determina a sua desactualização.

B – IV.2 - Requisitos da relação *in house* como fundamento de desaplicação da Parte II do Código dos Contratos Públicos e da Directiva n.º 2004/18/CE

23. Em primeiro lugar, importa observar que a celebração de contratos *in house*, com dispensa dos procedimentos de pré-contratação, pode ter lugar entre uma entidade adjudicante e uma entidade que o não seja.

Isso dispensa-nos, no caso, de analisar especificamente a eventual qualificação do SUCH como entidade adjudicante ou a posição que está defendida no processo de que o SUCH não é uma entidade adjudicante à luz do disposto no Código dos Contratos Públicos⁵¹.

Refira-se contudo a existência de doutrina no sentido de que as adjudicatárias de contratos celebrados *in house* estão, por sua vez, sempre sujeitas às regras dos mercados públicos quando pretendam contratar com

⁴⁹ Vide os acórdãos referidos na nota n.º 39.

⁵⁰ Por falta de acordo quanto à redacção da norma.

⁵¹ Vide alínea jj) do n.º 2 e o parecer referido acima na alínea hh) do n.º 2.



privados, atendendo precisamente à sua configuração como *prolongamento interno* do ente público⁵².

24. Por outro lado, é importante precisar que, hoje, por força do estabelecido no Código dos Contratos Públicos, não podemos falar, na situação em causa, de uma não subordinação, em bloco, ao regime deste Código.

O que o n.º 2 do artigo 5.º estabelece é que, caso os pressupostos da contratação *in house* se verifiquem, ao contrato não será aplicável a parte II do Código, que se reporta aos procedimentos de formação do contrato.

No mais, poderá ser aplicável o regime constante das restantes partes do Código.

25. Quanto aos requisitos específicos para a desaplicação das regras de formação dos contratos, o invocado artigo 5.º, n.º 2, do Código determina que a sua parte II não é aplicável, desde que:

“a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e

b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior.”

A verificação cumulativa dos dois pressupostos referidos permite excepcionar os contratos do princípio geral da concorrência que enforma o regime de formação dos contratos públicos.

26. O Código não densifica o conteúdo daqueles requisitos, pelo que a sua interpretação e aplicação concreta deve ser feita tomando em consideração todas as circunstâncias de facto pertinentes, embora em consonância com os princípios da legislação europeia aplicável e com os critérios constantes da jurisprudência comunitária que a norma visou acolher.

⁵²Vide Alexandra Leitão, *Contratos de prestação de bens e serviços celebrados entre o Estado e as empresas públicas e relações “in house”*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, Setembro/Outubro 2007, e Cláudia Viana, no artigo já acima citado.



Tribunal de Contas

Deve, pois, atender-se à orientação do Tribunal de Justiça no sentido de a interpretação da excepção dever ser “*estrita*”⁵³, ou seja, dever garantir a salvaguarda máxima do princípio da concorrência.

27. Analisemos, então, a primeira das condições exigidas: vejamos se a entidade adjudicante exerce sobre a actividade da entidade com quem contrata, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um *controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*.

Em que deve consistir exactamente esse controlo?

28. Como se referiu no Acórdão n.º 106/09-11.MAI.2009-1.ªS/SS, citando Bernardo Azevedo⁵⁴, na expressão de R. PERIN / D. CASALINI, para que se possa concluir por uma relação de controlo análogo entre a Administração adjudicante e uma qualquer entidade dela distinta, sob o plano formal, é mister que, à primeira caiba um “penetrante poder de indirizzo” ou, segundo RICCARDO URSI, um “adstringente poder de direcção” sobre a actividade da entidade sujeita ao seu poder de controlo (organização in house), um poder que lhe permita exercer uma influência determinante (e não apenas dominante), sobre os objectivos estratégicos e as decisões vitais, a tomar pela organização in house.

Continuando a citar Bernardo de Azevedo⁵⁵, refere-se no texto supra mencionado que só assim se torna legítimo sustentar que a entidade controlada se assume como um meio próprio ou como uma estrutura interna da entidade adjudicante, nada mais existindo, afinal, que uma simples relação de «delegação inter-orgânica» (S. COLOMBARI) associada à neutralização ou diluição da personalidade jurídica própria da entidade dominada, que só subsiste em termos puramente nominais.

Como também afirma Alexandra Leitão, no texto já referido, este controlo deve traduzir-se num absoluto domínio sobre a autodeterminação da vontade do prestador do bem ou serviço.

⁵³ Vide o que acima se refere no n.º 16 e, de novo, os acórdãos referidos na nota n.º 39.

⁵⁴ In “*Estudos de Contratação Pública – I*”, Ed. Coimbra Editora, 2008, págs. 125 e 126.

⁵⁵ In ob. e loc. citis.



Ou seja, a entidade adjudicatária deve comportar-se como um simples instrumento de concretização da vontade da adjudicante, não tendo autonomia real nem vontade negocial própria.

J.J. Pernas Garcia ⁵⁶ definiu a situação desta forma: “*só há uma vontade decisória que ordena a realização de uma determinada actividade a um apêndice próprio, mediante a adopção de um acto administrativo. O ente que recebe o mandato deve realizar o encargo sem que possa negar-se. A sua vontade não importa. O seu consentimento não é necessário*”.

Nesse sentido, deverá poder concluir-se que a entidade dominada não goza “*de uma margem de autonomia decisória sobre aspectos relevantes da sua vida, relacionados, por exemplo, com a estratégia comercial a seguir, as actividades a desenvolver, os endividamentos a contrair, etc.*” e que a entidade adjudicante está “*em condições de fixar a orientação geral da empresa, atribuindo-lhe o capital de dotação, assegurando a cobertura de eventuais custos sociais, verificando o resultado da gestão e exercendo supervisão estratégica*” ⁵⁷.

Importa apurar se existem sobre os órgãos da entidade “in house” mecanismos de controlo que permitem à entidade pública influenciar, na prática as suas decisões, atribuindo-lhe a “*possibilidade de influência determinante quer sobre os objectivos estratégicos quer sobre as decisões importantes*” ⁵⁸.

29.A entidade controlada pode não ter a natureza jurídica da entidade adjudicante: sendo esta, por exemplo, um serviço público (personalizado ou não), aquela poderá ser uma entidade de direito privado (por exemplo, e para usar uma configuração mais distante, uma sociedade anónima). O que é essencial para que se cumpra o requisito legalmente fixado do “controlo análogo” é que o regime a que esta está subordinado e a concreta configuração que assume permitam àquela, isoladamente ou em conjunto com outras entidades públicas, exercer a referida influência determinante sobre os objectivos estratégicos e as decisões vitais, a tomar pela

⁵⁶ Cfr. Juan José Pernas Garcia, *Operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*.

⁵⁷ Cfr. Pedro Gonçalves, in *Regime Jurídico das Empresas Municipais*.

⁵⁸ Cfr. acórdãos proferidos nos processos C-458/03 (*Parking Brixen*) e C-340/04 (*Carbotermo*).



Tribunal de Contas

organização *in house*. No exemplo dado, activando os mecanismos próprios do direito das sociedades.

30.No caso, a entidade adjudicante é a ARS Centro, IP, que, como já vimos, é um dos 99 associados do SUCH.

E, como se viu são associados do SUCH para além de inúmeras entidades públicas – serviços da administração directa do Estado, institutos públicos, entidades públicas empresariais – mas também entidades privadas, como instituições particulares de solidariedade social e sociedades anónimas.

31.São esses associados – os públicos, mas também os privados - que têm assento na assembleia geral, aprovam os planos estratégicos e de actividades do SUCH, aprovam o relatório e contas anuais, apreciam a gestão do SUCH, elegem a sua mesa, elegem a maioria dos membros do conselho de administração⁵⁹, elegem a totalidade dos membros do conselho fiscal, decidem dos recursos interpostos pelos associados de decisões irregulares do conselho de administração, deliberam sobre a aquisição, alienação e oneração de bens imóveis e sobre a contracção de empréstimos⁶⁰.

Os estatutos do SUCH prevêm pois a existência de associados privados. E eles existem de facto. E eles participam no exercício dos agora referidos poderes.

32.Ora, é jurisprudência constante do Tribunal de Justiça⁶¹ que a participação, ainda que minoritária, de uma empresa privada no capital de uma sociedade no qual participa também a entidade adjudicante em causa *exclui, de qualquer forma, que esta entidade adjudicante possa exercer sobre esta sociedade um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços*⁶².

⁵⁹ E os membros designados pelo Ministro da Saúde – 2 em 5 – não têm qualquer poder de veto.

⁶⁰ Com a excepção já acima referida na alínea d) do n.º 10.

⁶¹ Cfr., designadamente, acórdãos proferidos nos processos C-26/03 (*Stadt Halle*), C-231/03 (*Coname*), C-29/04 (*Comissão v. Áustria*), e C-410/04 (*ANAV*).

⁶² Para Rui Medeiros (no texto acima citado) esta qualificação restritiva significa, na prática, que a jurisprudência exige um terceiro requisito para que se possa afirmar uma relação *in house*: a inexistência de participações privadas na entidade adjudicatária.



Como se refere no acórdão relativo ao processo C-231/03 (*Coname*), uma sociedade aberta, pelo menos em parte, ao capital privado, não pode ser considerada uma estrutura de gestão “interna” de um serviço público.

Isto porque “a relação entre uma autoridade pública, que seja uma entidade adjudicante, e os seus próprios serviços se rege por considerações e exigências específicas da prossecução de objectivos de interesse público. Ao invés, o capital privado numa empresa obedece a considerações inerentes a interesses privados e prossegue objectivos de natureza diferente.

Em segundo lugar, a atribuição, sem concurso, de um contrato público a uma empresa de economia mista colide com o objectivo da concorrência livre e não falseada e com o princípio da igualdade de tratamento dos interessados a que se refere a Directiva (...), na medida em que, designadamente, esse procedimento permite a uma empresa privada com capital nessa empresa uma vantagem relativamente aos seus concorrentes.

Por conseguinte, (...), na hipótese de a entidade adjudicante pretender celebrar um contrato a título oneroso para serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação material da Directiva (...), com uma sociedade juridicamente distinta, em cujo capital detém uma participação com uma ou várias empresas privadas, devem ser sempre aplicados os procedimentos de adjudicação de contratos públicos previstos nesta directiva.⁶³”

33. É certo que, no caso concreto, não estamos perante uma sociedade comercial.

Estamos, sim, perante uma associação, em que os associados contribuem com uma quota e, eventualmente, com contribuições, dotações e subsídios⁶⁴.

Será este argumento relevante?

É certo que eles mitigam as preocupações reveladas pelo Tribunal de Justiça. Mas, a nosso ver, não são determinantes.

⁶³ Do acórdão *Stadt Halle*.

⁶⁴ Cfr. artigo 24.º dos Estatutos.



A presença – aliás não negligenciável - de entidades não públicas como associados – embora muitas delas possam ter interesse público reconhecido – não permite evidentemente considerar-se que, na relação entre a ARS Centro e o SUCH, ainda que em conjunto com as demais entidades públicas associadas, aquela se comporte relativamente a este de forma análoga à que segue com os seus próprios serviços.

Sublinhe-se que não se exige que o controlo seja “igual” mas “análogo”, isto é, sem interferência de interesses concorrentes com os da Administração Pública. Ora, parece evidente que na condução dos destinos do SUCH e na sua gestão – e face aos próprios poderes que resultam dos estatutos – não poderão os associados públicos e os próprios órgãos do SUCH ignorar a participação das inúmeras instituições particulares de solidariedade social e as sociedades anónimas.

34. Perante a afirmação da ARS Centro⁶⁵ de que o “*substrato associativo*” do SUCH é “*quase exclusivamente composto por entidades adjudicantes*”, dir-se-á que é “*quase*” mas não é “*exclusivamente*”. Perante a afirmação da ARS Centro de que se revela “*uma total dependência operacional e teleológica do SUCH ao controlo das entidades adjudicantes*” dir-se-á que não poderá deixar de atender-se às especificidades das entidades privadas associadas. Se não fossem atendidos, que sentido teria a sua participação?
35. Mas, mesmo que considerássemos que a participação privada no SUCH é, no momento, marginal e irrelevante, ou que esses associados intervêm na qualidade de beneficiários e não de prestadores de serviços, as circunstâncias do caso levam-nos ainda a relevar a questão dos ACE criados pelo SUCH a que já atrás nos referimos ou de quaisquer outras entidades com a participação de entidades privadas que venham a ser criadas para prestar serviços aos associados.

Assim, no caso dos ACE ou de quaisquer outras entidades através dos quais são prestados serviços, e que integram ou podem integrar parceiros privados⁶⁶, a adopção de procedimentos de adjudicação directa ao SUCH

⁶⁵ Vide acima a alínea cc) do nº2.

⁶⁶ Como é o caso do Somos CONTAS, ACE que tem como agrupado a Accenture SA. Vide acima a alínea ff) do nº2. Da matéria de facto resulta não só a participação efectiva de uma entidade privada, como os



(ou aos próprios ACE ou a essas outras entidades) permite que as empresas privadas participantes beneficiem de uma vantagem relativamente aos seus concorrentes.

Face ao que se dispõe no nº3 do artigo 2º dos Estatutos bem poderá dizer-se que **a entidade SUCH não é só o SUCH, mas inclui o complexo de entidades que, à sombra daquela disposição estatutária, podem ser criadas sob qualquer forma e para as quais, ao abrigo de disposições protocolares (como no presente caso⁶⁷) são “passadas” decisões de adjudicação inicialmente feitas ao SUCH, sem procedimentos concorrenciais alguns.** Assim, por via daquelas disposições – estatutárias e protocolares ou contratuais – a aquisição pública de bens e serviços ultrapassa o perímetro legalmente estabelecido em que são admitidas soluções não concorrenciais.

E, obviamente, entre as entidades públicas adjudicantes e associadas do SUCH e tais entidades terceiras a quem as decisões de adjudicação são “passadas” não existe um controlo análogo ao que têm sobre os seus próprios serviços⁶⁸. É tão evidente esta asserção que não precisa de ser demonstrada. Nem a argumentação relativa a “participação maioritária”, “controlo de gestão” e “controlo dos órgãos de administração”⁶⁹ põe em causa o essencial do que agora se disse.

Ora, como se referiu no acórdão proferido recentemente no processo C-480/06 (*Comissão v. República Federal da Alemanha*), pode admitir-se que as autoridades públicas prossigam as suas missões de serviço público com base em instrumentos organizativos de natureza cooperativa, sem submissão às regras da contratação pública, mas “desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objectivos de interesse público e que o princípio da igualdade de tratamento dos interessados consagrado na Directiva (...)”

poderes que ela exerce por via da sua participação nos órgãos sociais, reforçados pelo facto de ser necessária a unanimidade para certas decisões. Destaque-se ainda como objectivo acessório do ACE a realização e a partilha de lucros entre os agrupados.

⁶⁷ Vide a cláusula acima referida na alínea c) do nº 2.

⁶⁸ Vide de novo acima a alínea ff) do nº 2.

⁶⁹ Vide acima de novo a alínea c) do nº 2.



seja garantido, de modo a que nenhuma empresa privada seja colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes.”

Como acabámos de ver, o actual regime do SUCH não garante a subordinação exclusiva da sua gestão a objectivos de interesse público e a contratação directa do SUCH pelos seus associados não conduz à mera partilha e utilização de serviços comuns, num suposto modelo de *auto-satisfação*, mas **envolve a contratação indirecta de entidades terceiras – que poderão ser empresas privadas - que, por essa via, são colocadas numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes.**

Esta actividade económica deve, claramente, ser norteadas pelas leis do mercado, sob pena de a concorrência, princípio fundamental da contratação pública, poder ser desvirtuada.

36. Mas para além da participação de entidades privadas no SUCH e do envolvimento directo e indirecto de terceiras entidades, sob qualquer forma, também a questão da “contratação *in house*” no presente caso pode ser vista ainda noutras perspectivas.

Como já se referiu, ao SUCH compete tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente dos seus Associados, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde ao cidadão, designadamente constituindo unidades de serviços partilhados, destinadas a assegurar a prestação aos seus associados da generalidade dos serviços de apoio à prestação de cuidados de saúde.

Esta incumbência do SUCH surge como uma vertente do seu objecto social, descrito nos estatutos, e não como uma imposição administrativa da entidade adjudicante. As concretas prestações são asseguradas por via negocial.

Nestes termos, não se pode afirmar que a adjudicante possa impor ao SUCH a prestação dos serviços em causa. O SUCH oferece-os, no âmbito do seu objecto social,⁷⁰ e não por determinação da adjudicante.

⁷⁰ O qual consta dos estatutos, sendo que estes são alteráveis pelo órgão máximo do SUCH.



Tribunal de Contas

Face ao regime aplicável, afigura-se que, formalmente, o SUCH dispõe de liberdade quanto ao seguimento a dar a um pedido feito pelos seus associados, e também quanto ao preço aplicável às suas prestações.^{71 72}

O SUCH possui, por outro lado, autonomia decisória para realizar quaisquer actos ou actividades não determinadas ou solicitadas pela adjudicatária.

Mas, mesmo que consideremos os seus associados como um conjunto homogéneo⁷³ e que se defenda que o SUCH está estatutariamente vinculado a oferecer-lhes determinado tipo de serviços, ou mesmo que se configurasse que essas actividades eram impostas pela entidade tutelar (o Estado)⁷⁴, a verdade é que, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º dos Estatutos, o SUCH pode também desenvolver *livremente* actividades “*em regime de concorrência e de mercado*”, para outras entidades, actividades que, em concreto, dependem exclusivamente da sua vontade.

O SUCH tem, assim, uma significativa autonomia empresarial para destinar livremente ao mercado os seus próprios produtos, podendo exercer uma parte da sua actividade económica junto de outros operadores⁷⁵.

Ora, na perspectiva de vária doutrina⁷⁶, nestas circunstâncias, em que se verifica uma significativa liberdade de acção para a entidade realizar uma parte da sua actividade para terceiros, não é possível dar por verificada a existência do necessário controlo pela entidade adjudicante⁷⁷, não podendo qualificar-se a organização como um ente meramente instrumental nem a relação como *in house*.

⁷¹ Não obstante e precisamente por se afirmar, a páginas 134 do Relatório de Gestão e Contas 2008, que o SUCH trabalha com “pequenas margens de negócio”, para satisfazer a expectativa dos associados na melhor relação preço-qualidade.

⁷² Cfr. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-295/05 (*Asemfo/ Tragsa*).

⁷³ Procurando descortinar a relação *in house* entre o SUCH e o conjunto de todos os seus associados.

⁷⁴ Em virtude de a mesma ter o poder de negar a homologação de uma eventual alteração dos Estatutos.

⁷⁵ Cfr. conclusões do Advogado-Geral no processo C-94/99 (*Arge*), do Tribunal de Justiça: a entidade só “*deve ser considerada como totalmente vinculada à sua autoridade de tutela quando a relação orgânica que a une a ela se reveste de uma quase exclusividade, em benefício desta última, dos serviços que presta*”.

⁷⁶ Cfr., designadamente, autores citados e sufragados por Bernardo de Azevedo, no texto referenciado, e Alexandra Leitão, no artigo também já citado.

⁷⁷ Assim se inter-relacionando os dois requisitos referidos no n.º 2 do artigo 5.º do Código.



37. A ARS Centro não exerce pois, por si ou conjuntamente com as demais entidades públicas associadas, sobre o SUCH, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

Face a tal conclusão não é necessário proceder a avaliação sobre se o segundo requisito fixado no nº 2 do já citado artigo 5º se verifica ou não.

38. Não trata o presente acórdão, como já acima se disse, de saber se o SUCH está ou não sujeito às regras da contratação pública, pois tal matéria não se relaciona directamente com o caso *sub judicio*.

Contudo, não pode deixar de se apelar ao que consta dos autos sobre tal assunto, para assinalar uma contradição que resulta da argumentação expendida a propósito de, por um lado, se considerar que entre as entidades associadas e o SUCH existe um controlo análogo ao que aquelas exercem sobre os seus próprios serviços e, por outro, a propósito da sujeição do SUCH às regras da contratação pública, se dizer que afinal tal controlo não existe.

Relembre-se o que se refere em parecer junto aos autos pela ARSC⁷⁸:

“(...)[N]ão só o Estado não quis, nem quer ter o controlo da gestão do SUCH, mas – mesmo que o queira - não o poderá exercer, porque sem as competências enunciadas nas alíneas b), c) e d) do nº1 do artigo 15º dos Estatutos, o Governo não pode licitamente imiscuir-se na autonomia de gestão do SUCH, pelo que também não pode controlá-la, orientá-la ou dirigi-la (...)”.

E face à argumentação expendida⁷⁹, relembre-se o que a propósito dos demais associados públicos se diz no mesmo parecer, como fundamento da não sujeição do SUCH ao direito da contratação pública: o SUCH não está

⁷⁸ Vide acima a alínea hh) do nº 2.

⁷⁹ Vide acima a alínea ii) do nº 2.



“sujeito ao controlo de gestão por nenhuma entidade ou instância pública”.

Sobre esta contradição, assinale-se ainda:

- Faz-se apelo aos pareceres da PGR para se defender que a relação entre o SUCH e os seus associados é uma relação interna, mas simultaneamente parece esquecer-se o que nesses pareceres se diz quanto à sujeição do SUCH às regras da contratação pública⁸⁰;
- A orientação doutrinária já acima referida no n.º 23, segundo a qual as entidades adjudicatárias de contratos celebrados *in house* estão, por sua vez, sempre sujeitas às regras dos mercados públicos quando pretendam contratar com privados, atendendo precisamente à sua configuração como *prolongamento interno* do ente público.

B – V - CONCLUSÕES

39. Em face do disposto no n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e dos princípios que enformam as regras de contratação pública, em especial o da concorrência, não pode, pois, considerar-se que a relação entre o SUCH e os seus associados públicos, e, em particular, entre o SUCH e a ARS Norte, seja uma relação “*interna*” equiparada à que é estabelecida pela entidade adjudicante com os seus próprios serviços.

Consequentemente, não pode aplicar-se ao caso a exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, do Código.

É também claro que não foi estabelecido a favor do SUCH qualquer direito exclusivo de prestação do serviço em causa (cfr. artigo 5.º, n.º 4, alínea a)).

⁸⁰ Vide a conclusão 8ª do Parecer de 2001, acima no n.º 6.



Não se vislumbra outra qualquer excepção à aplicação das regras de contratação pública ao caso.

40. Face à temática constante do presente processo é bom que se sublinhe o que verdadeiramente nele está em causa.

Não está em causa que qualquer entidade pública tenha a possibilidade de desempenhar as tarefas de interesse público que lhe incumbem através dos seus próprios meios, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços.

3. Não está em causa que a Administração estabeleça quaisquer mecanismos de auto-satisfação das suas necessidades, em alternativa à aquisição externa dos bens e serviços necessários.

Não está em causa que na auto-organização dos seus meios a Administração possa adoptar soluções de direito privado.

Não está em causa que a Administração possa constituir entes instrumentais, v.g. serviços partilhados, com o objectivo de agilizar a sua actuação em ordem à satisfação de necessidades colectivas.

Não está em causa que para esses entes instrumentais possa ser desenvolvida uma organização e uma estratégia empresarial.

Não está em causa que a produção de bens e a prestação de serviços asseguradas por esses entes instrumentais sejam remuneradas.

Não está igualmente em causa que entidades privadas, desde que seleccionadas por procedimentos que respeitem os princípios e regras da contratação pública, possam participar nesses mecanismos alternativos de satisfação de necessidades públicas.

O que está em causa é que mediante a criação de entes instrumentais, com a participação de entidades privadas, se vise subtrair a celebração de contratos públicos à observância de princípios e regras de contratação pública, sendo ainda mais grave quando na execução de tais contratos se pretende obter a colaboração, directa ou indirecta, de outras entidades privadas, sem processos concorrenciais.



O que está em causa, pois, e dizendo de outro modo, é que mediante a criação de tais entes, outras entidades – neste caso privadas, não só na sua forma, mas também na sua substância – sejam associadas à satisfação de necessidades públicas, sem processos concorrenciais, violando-se os princípios da igualdade de tratamento dos operadores económicos que pretendam contratar com a Administração, de leal concorrência entre tais operadores e de imparcialidade perante todos que as entidades e procedimentos públicos devem observar.

O que está em causa é que, para se invocar a “contratação *in house*” e não se cumprirem os procedimentos da contratação pública, se refira que certa entidade tem a mesma natureza das entidades públicas adjudicantes e sobre ela estas exercem um “controlo análogo” na medida em que constitui um seu “prolongamento” e, logo de seguida, para se justificar que aquela entidade não está ela própria sujeita a seguir tais procedimentos, se refere que afinal tem natureza substancialmente diferente e não constitui um seu “prolongamento”.

O que está em causa é que neste processo - pela concreta constituição e configuração do SUCH e pela conjugação de disposições estatutárias e contratuais - real e potencialmente, a Administração não está a satisfazer as suas necessidades com o recurso aos seus próprios meios. Não se está no domínio da auto-satisfação de necessidades. Está directa e indirectamente, real e potencialmente, a recorrer a entidades externas, para a satisfação das suas necessidades sem respeitar o direito da contratação pública, violando os princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência.

C- DA ILEGALIDADE VERIFICADA E DA RESPECTIVA RELEVÂNCIA

41. Sendo o protocolo em causa um contrato público de aquisição de serviços, como já demonstrámos,

Sendo a contratação efectuada após a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos,





Tribunal de Contas

Sendo o contrato celebrado por um Instituto Público e de valor superior ao referido na alínea b) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE⁸¹,

Não estando o mesmo abrangido por qualquer excepção à aplicação do regime da contratação pública,

É-lhe aplicável o Código dos Contratos Públicos, incluindo a sua parte II, nos termos do disposto nos artigos 1.º, n.º 2, 2.º, n.º 2, alínea a), e 5.º, n.º 3, alínea b), do referido Código.

De acordo com o estipulado no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do mesmo Código, o contrato deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Não tendo sido realizado nenhum destes procedimentos, resulta desta norma legal que o contrato não podia ter sido celebrado.

A ausência do concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, como tem sido entendimento deste Tribunal.

Esta nulidade, que pode ser declarada a todo o tempo, origina a nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

D - DECISÃO

42. Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea a) do n.º 3 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.

43. Decide-se ainda remeter o presente acórdão à Ministra da Saúde.

⁸¹ O qual é, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1422/2007, de € 206.000,00.



Tribunal de Contas

44. 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.

Lisboa, 23 de Fevereiro de 2010

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo, relator)

(António Santos Soares)

(Helena Abreu Lopes)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)