

ACÓRDÃO N.º 19/2010 - 25.Mai.2010 - 1ª S/SS

(Processo n.º 398 e 399/2010)

DESCRITORES: Contrato de Aquisição de Serviços / Contrato de Fornecimento / Colocação de Pessoal / Serviço de Saúde / Pessoal Médico / Código dos Contratos Públicos / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Elemento Essencial / Contrato de Prestação de Serviços / Nulidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. À formação dos contratos de aquisição de serviços de saúde e de carácter social mencionados no anexo II B da Directiva n.º 2994/18/CE não se aplica a parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP), como resulta do disposto na al. f) do n.º 4 do art.º 5.º desse Código.
2. No caso em apreço, o objecto essencial dos contratos não é a prestação de serviços médicos propriamente ditos, mas a disponibilização de profissionais para que os Centros de Saúde possam prestar esses serviços médicos. Assim, os serviços de fornecimento de pessoal médico devem ser qualificados como serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e não como serviços de saúde ou de carácter social.
3. No mesmo sentido, os serviços de fornecimento de pessoal médico estão listados na nomenclatura CPV (Vocabulário Comum para os Contratos Públicos) como serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e, por força das referências indicadas no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE, como tal devem ser considerados.
4. Conjugando a qualificação comunitária com o objecto substancial do contrato em apreciação, é de concluir que não está em causa a aquisição de serviços de saúde mencionados no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE, pelo que os contratos não estão abrangidos pela excepção consagrada na al. f) do n.º 4 do art.º 5.º do CCP.

5. Ora, nos termos do art.º 20.º, n.º 1, als. a) e b), e n.º 3 do CCP, inserido na Parte II, e atento o valor dos contratos, os mesmos deveriam ter sido precedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação. O mesmo resultaria do disposto no art.º 36.º, n.º 1, da Lei n.º 12-A/2008.
6. Por outro lado, a impossibilidade de caracterizar o objecto contratual como uma tarefa específica de natureza excepcional ou a dificuldade em o definir como o exercício de uma profissão liberal, torna difícil o enquadramento dos contratos no disposto no art.º 35.º da Lei n.º 12-A/2008.
7. Não se apresenta também suficientemente fundamentada a inconveniência do recurso a uma modalidade de emprego público, pressuposto estabelecido por aquele artigo.
8. A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, que determina a nulidade da adjudicação e do contrato, nos termos dos arts. 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo e 283.º, n.º 1 do CCP.
9. Os contratos de prestação de serviços celebrados em violação do estabelecido no art.º 35.º da Lei n.º 12-A/2008, são também nulos por força do disposto no n.º 1 do art.º 36.º da referida Lei.
10. A nulidade é fundamento de recusa de visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



Mantido pelo acórdão
nº 26/10, de 26/10/10,
proferido no recurso
nº 11/10

ACÓRDÃO Nº 19 /10 – 25.Mai-1ª S/SS

Processos nºs 398 e 399/2010

I. RELATÓRIO

A *Administração Regional de Saúde do Algarve, I.P.* (doravante designada por ARS Algarve) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, os denominados contratos para “**Serviços Médicos para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, I.P.**”, celebrados, em 1 de Março de 2010, entre aquela entidade e:

- A *A3MV- Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.*, pelo preço de € 598.510,00, isento de IVA, para os seguintes locais: UCSP Quarteira, Cons. Aberta CS Tavira, UCSP/CS Alcoutim, Cons. Aberta CS Lagoa, Cons. Aberta CS Lagos, Cons. Aberta CS Silves (Processo n.º 398/2010);
- A *Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.*, pelo preço de € 520.527,92, isento de IVA, para os seguintes locais: SUB Albufeira, SUB VRS António, Ambulatório/CS Vila do Bispo, Extensão de Saúde de Odiáxere e Ambulatório/CS Portimão (Processo n.º 399/2010).

II. DOS FACTOS

Para além do referido no número anterior e noutros pontos deste Acórdão, são relevantes para a decisão os seguintes factos:



Tribunal de Contas

a) As cláusulas contratuais de ambos os contratos estipulam o seguinte, com relevância para o respectivo objecto contratual:

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

Processo n.º 398/2010:

“Necessidade de Serviços Médicos para os ACES da ARS Algarve

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

”

Processo n.º 399/2010:

“Necessidade de Serviços Médicos para os ACES da ARS Algarve

Local da Prestação	Periodicidade Semanal	N.º de Horas Semanais	Total Máximo de Horas Anuais Previstas
<i>SUB Albufeira</i>	<i>Todos os dias</i>	<i>120</i>	<i>5.280</i>
<i>SUB VRS António</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>120</i>	<i>5.280</i>
<i>Ambulatório/CS Vila do Bispo</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>40</i>	<i>1.760</i>
<i>Extensão de Saúde de Odiáxere</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>24</i>	<i>1.056</i>
<i>Ambulatório/CS Portimão</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>50</i>	<i>2.200</i>
<i>TOTAL</i>		<i>354</i>	<i>15.576</i>

”



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

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

- Cláusula 5.^a: *“1. Pelo fornecimento dos bens objecto do contrato o Primeiro Outorgante pagará ao Segundo Outorgante o valor de (...).
2. O preço referido no número anterior inclui todos os custos, encargos e despesas cuja responsabilidade não esteja expressamente atribuída ao contraente público, nomeadamente os relativos à afectação de recursos humanos, despesas de alojamento, alimentação e deslocação, despesas de transporte, entre outras, bem como quaisquer encargos decorrentes da utilização de marcas registadas, patentes ou licenças.
3. Os serviços objecto do presente contrato serão remunerados de acordo com o seguinte valor apresentado na proposta do Segundo Outorgante:”*
 - No processo n.º 398/2010:
 - “
 - *Preço/hora médico não especialista – Diurno - 27,00 €*
 - *Preço/hora médico não especialista – Nocturno, Feriados e Fins- de-semana - 27,50 €*
 - *Preço/hora médico especialista – Diurno - 33,50 €*
 - *Preço/hora médico especialista – Nocturno, Feriados e Fins- de-semana - 34,50 € ”*



No processo n.º 399/2010:

“

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

- *Cláusula 6.ª: “ (...) 3. O registo das horas é efectuado através do preenchimento de folha de ponto, por cada profissional médico prestador do serviço, identificada com a designação da empresa prestadora, devidamente assinada pelo profissional e validada pelo responsável do ACES, ou responsável indicado por este.
4. Só serão pagas as horas que forem efectivamente realizadas e registadas de acordo com o n.º 3 do presente artigo, desde que tenham sido efectuadas segundo a programação remetida pela ARS Algarve, ou por esta previamente autorizada.
(...)”*
- *Cláusula 7.ª: “ 1. Os serviços serão prestados por licenciados em medicina, inscritos na Ordem dos Médicos Portugueses e consistem essencialmente na observação, diagnóstico e tratamento dos doentes que recorrem aos serviços de saúde objecto do presente procedimento.”*
- *Cláusula 8.ª: “(...) 2. O Segundo Outorgante obriga-se a colocar ao serviço os profissionais constantes da sua proposta e mencionados no Anexo II, não podendo afectar à prestação de serviços outros médicos sem prévia autorização do Primeiro Outorgante.”*
- *Cláusula 9.ª: “1. O Segundo Outorgante obriga-se a apresentar ao Primeiro Outorgante identificação dos clínicos que vierem a assegurar os serviços contratados, até 48 horas antes do respectivo início de funções, através de cópias do Bilhete de Identidade, da Cédula Profissional e da apólice do seguro profissional, morada, nota curricular actualizada, declaração sob compromisso de honra*



em como não foram, a seu pedido, dispensados da prestação de trabalho extraordinário em instituições do Serviço Nacional de Saúde.

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

(...)”

- *Cláusula 10.^a: “1. Sem prejuízo de outras obrigações previstas na legislação aplicável, no Caderno de Encargos ou nas cláusulas contratuais, da celebração do contrato decorrem as seguintes obrigações principais, a cumprir pelos profissionais afectos à prestação dos serviços:*

a) Registrar nos impressos ou no sistema informático da instituição na qual presta serviço, dos actos clínicos praticados e ao uso prudente de prescrição de meios complementares de diagnóstico e da prescrição terapêutica, com a melhor conciliação do interesse do doente com os encargos resultantes para a instituição.

b) Prestar cuidados de saúde de forma urbana e dentro do que é socialmente considerado como comportamento correcto.

c) Prestar os cuidados, com correcção técnica e de acordo com as normas de boas práticas.

d) Cumprir as prestações acordadas, de acordo com as orientações que lhe foram prestadas.

e) (...)

f) Usar com normal prudência o equipamento e material posto à sua disposição.

g) Cumprir as regras de segurança, protocolo técnico e regulamentos em vigor nos locais de prestação de cuidados.

h) Subscrever um seguro de responsabilidade civil profissional se a entidade prestadora não possuir um seguro que assegure a cobertura daquele risco.

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

(...)”

- *Cláusula 11.^a: “1. O profissional de saúde só poderá ser substituído em casos de força maior, ou mediante autorização expressa e por*



escrito da ARS Algarve, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

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

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

- *Cláusula 15.^a: “Pelo incumprimento de obrigações emergentes do contrato, a ARS Algarve pode exigir ao Segundo Outorgante o pagamento de uma pena pecuniária, de montante a fixar em função da gravidade do incumprimento, nos seguintes termos:
a) Em caso de incumprimento, por motivos imputáveis ao profissional prestador de serviços, dos horários estipulados para realização da prestação de serviços (...);
b) Em caso de não comparência do profissional para realização da prestação de serviços, sem pré-aviso do responsável do ACES (...);
c) Em caso de abandono do turno por parte do profissional (...);
(...)”*

- *Cláusula 17.^a: “1. Sem prejuízo de outros fundamentos de resolução do contrato previstos na lei, a ARS Algarve pode resolver o contrato, a título sancionatório, no caso de o Segundo Outorgante violar de forma grave ou reiterada qualquer das obrigações que lhe incumbem, designadamente no caso de não prestação de mais de 40% do número de horas contratadas ou escaladas (quando diferente do contratado) mensalmente por local de prestação e/ou no caso de cinco ocorrências, seguidas ou interpoladas, de não prestação do serviço nos termos contratados.*
- *2. Constitui, ainda, motivo de rescisão do contrato o não cumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações de assiduidade e diligência profissional, designadamente por atrasos e/ou faltas frequentes dos profissionais afectos à prestação de serviços, número de utentes atendidos anormalmente baixo sem razões de ordem clínica e/ou administrativa que o justifiquem ou elevado n.º de reclamações dos utentes.
(...)”*



- b) Por deliberação de 16 de Dezembro de 2009, o Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, autorizou o procedimento com vista à contratação dos serviços em causa¹;
- c) Para o efeito, foram dirigidos convites a cinco empresas²:
- *Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.*
 - *Organfutur Serviços Médicos, Lda.*
 - *A3MV Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.*
 - *Clínica do Rei – Medicina de Família, Especialidades e Formação, Lda.*
 - *Medipeople – Soluções de Recurso Humanos para a Saúde, Lda.*
- d) A escolha do procedimento foi feita com invocação do disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, por se considerar tratar-se de contratação excluída, em virtude de se estar perante “*serviços enquadráveis no Código - CPV- 85121100-4 Serviço de médicos de clínica geral*”³;
- e) No convite exigiram-se como elementos das propostas ⁴:
- Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos;
 - Preço proposto, discriminando preço hora e valor total por cada local de prestação;
 - Listagem nominativa dos profissionais médicos a afectar à prestação de serviços, por local de prestação, indicando, para cada um, elementos de identificação, número de horas previstas a realizar, números de horas de experiência na realização de consultas em medicina geral e familiar e em serviços de urgência e emergência e número de horas de formação em urgência e emergência;
 - Cédulas profissionais, notas curriculares e declarações sob compromisso de honra relativos a cada um dos profissionais indicados;
- f) O critério de adjudicação fixado e aplicado foi o da proposta economicamente mais vantajosa, de acordo com a seguinte fórmula⁵:

¹ Cfr. fls. 17 a 21 do processo n.º 398/2010. Todas as referências subsequentes a fls. dos autos se reportam a este processo.

² Cfr. fls. 18 e 41 a 45.

³ Cfr. fls 18 e 21.

⁴ Cfr. fls 22 e seguintes.



Tribunal de Contas

Pontuação Final = 70% Preço/hora + 30% Qualidade da Proposta
A Qualidade das Propostas foi avaliada “*tendo em conta a qualificação e experiência profissionais dos médicos a afectar à prestação dos serviços*”;

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

h) No Despacho n.º 8/SEAS/2007, de 7 de Março de 2007, da Secretária Adjunta e da Saúde, relativo à contratação de entidades privadas para “*prestarem cuidados de saúde*” no Serviço Nacional de Saúde⁶, refere-se:

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

(...)

Assim, (...), determino:

1 – A contratação de entidades privadas para prestarem cuidados de saúde no Serviço Nacional de Saúde (SNS) só é admitida depois de esgotados os recursos internos disponíveis para fazer face à mesma necessidade, incluindo situações de mobilidade admissíveis nos termos da lei.

(...)”;

i) No Despacho n.º 29533/2008, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 223, de 17 de Novembro de 2008, refere-se:

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

⁵ Vide fls. 24 a 26 e 189 e seguintes.

⁶ Cfr. fls. 5 e seguintes.



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

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

Assim, (...) determino:

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

(...)

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

(...)”

j) Instada por este Tribunal, a ARS Algarve referiu, no ofício n.º 9248, de 6 de Maio de 2010⁷:

“ (...) A realidade actual está marcada pela escassez de profissionais da carreira médica de Medicina Geral e Familiar, especialidade que apresenta uma situação mais crítica. As carências registadas actualmente não são passíveis de resolução no curto prazo, registando-se que esta matéria assume relevância especial em algumas regiões do país, como é o caso do Algarve.

Face à conjuntura actual no que respeita a esta matéria, durante o ano de 2009 não se procedeu à abertura de procedimento concursal para recrutamento de profissionais da carreira médica de Medicina Geral e Familiar, dado que a escassez destes profissionais é comum às várias regiões, como é conhecido.

⁷ Cfr. fls. 275 e seguintes.



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

III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Da caracterização dos contratos.

A correcta caracterização dos contratos em causa é, no caso, determinante para aferir da respectiva legalidade.

Por um lado, e conforme foi invocado pelos serviços⁸, à formação dos contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de saúde mencionados no anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE não se aplica a parte II do Código dos Contratos Públicos⁹, como resulta do disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º desse Código.

Por outro lado, como se reconhece no Despacho referido na alínea i) do probatório, os serviços da administração directa e indirecta do Estado apenas podem celebrar contratos de prestação de serviços nas condições definidas no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

Ora, este artigo prevê que a celebração destes contratos só possa ter lugar quando, designadamente, se trate da execução de trabalho não subordinado, e quando se adopte uma modalidade de tarefa ou de avença.

Antes de apurar da verificação destes e de outros pressupostos importa, pois, caracterizar os contratos em apreciação.

2. Estamos perante contratos que tenham por objecto os serviços de saúde mencionados no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE?

⁸ Cfr. alínea d) do ponto II deste Acórdão.

⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro.



Tribunal de Contas

Os contratos, e o respectivo objecto,¹⁰ foram designados como de “*serviços médicos*”.

No entanto, e como tem sido sempre jurisprudência deste Tribunal, importa ter em atenção que os contratos devem ser analisados e qualificados, não apenas com base na sua denominação ou configuração formal, mas também em função das circunstâncias em que se enquadram e dos objectivos que visam realizar.

Ora, como resulta, de forma muito evidente, das várias alíneas do probatório constante do ponto II deste Acórdão, os contratos não se destinam à prestação de serviços médicos aos destinatários, nem directamente nem por conta ou em substituição da ARS Algarve.

O conteúdo do procedimento pré-contratual e o dos contratos orientam-se, sim, para a disponibilização de recursos humanos especializados que, por sua vez, desenvolverão serviços médicos enquadrados na organização da entidade adjudicante.

Em termos práticos, os utentes dirigir-se-ão aos Centros de Saúde para serem atendidos nos serviços de urgência, de consulta ou de ambulatório, subordinam-se às respectivas regras e marcações, são consultados e tratados nas respectivas instalações, pagam a esses serviços as devidas taxas, com eles tratam de todos os assuntos pertinentes e com eles dão continuidade à respectiva relação médica.

Por isso mesmo, a primeira obrigação principal dos profissionais afectos à prestação dos serviços é registar os actos clínicos praticados nos impressos ou no sistema informático da instituição na qual prestam serviço, competindo-lhes ainda usar prudentemente da prescrição de meios complementares de diagnóstico e da prescrição terapêutica, conciliando o interesse dos doentes com os encargos resultantes para a instituição¹¹.

Por isso também a observação, diagnóstico e tratamento dos doentes são feitos nas instalações dos Centros de Saúde, com recurso ao equipamento e material por eles disponibilizado e de acordo com as regras, protocolos técnicos e regulamentos neles vigentes¹².

As adjudicatárias não se comprometem a fornecer quaisquer serviços de organização das consultas ou dos tratamentos nem são responsáveis por garantir quaisquer locais ou equipamentos necessários à sua boa realização.

¹⁰ Cfr. n.ºs I e II, alínea a), deste Acórdão.

¹¹ Vide cláusula 10.ª dos contratos, acima transcrita na alínea a) do ponto II.

¹² Vide cláusulas 2.ª e 10.ª dos contratos, acima transcritas na alínea a) do ponto II.



Não se poderia sequer dizer que as empresas prestam serviços médicos usando as instalações e equipamentos dos Centros de Saúde, porque elas se alheiam completamente de todos os aspectos logísticos e de prestação.

Em rigor, pode mesmo suceder que os contratos em apreciação sejam cumpridos sem que se verifique qualquer prestação efectiva de serviços médicos. Basta, para tanto, que os médicos estejam disponíveis e que, por causas inteiramente imputáveis aos Centros de Saúde, estes se mantenham fechados.

Não podemos olvidar que estamos perante serviços prestados por profissionais especializados e sujeitos a um regime de responsabilidade profissional muito especial, que os responsabiliza pessoalmente pelos actos médicos praticados. Por isso, o utente poderá, por esses actos, vir a responsabilizar a entidade pública mas também, eventualmente, o médico.

No entanto não accionará, para esse efeito, a *A3MV – Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.* ou a *Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.*

A este respeito consagra-se que as empresas adjudicatárias são responsáveis pela cobertura dos riscos por danos causados pelos profissionais, através da subscrição de contratos de seguro¹³, mas não se estabelece que elas respondam directamente perante os utentes.

A focalização do serviço prestado na disponibilização dos recursos humanos necessários, e não na prática de actos médicos, é também evidenciada pela centralidade do preço/hora, para efeitos de selecção e de regulação contratual. O que se contrata é um determinado número de horas a um determinado preço e não um determinado número ou um conjunto específico de actos clínicos.

O mesmo resulta das penalizações contratuais, as quais são essencialmente dirigidas à não comparência dos profissionais.

Deve, pois, concluir-se que os serviços médicos aos utentes são prestados pelos Centros de Saúde e não pela adjudicatária.

Assim, o objecto essencial dos contratos em análise é, não a prestação de serviços médicos propriamente ditos, mas a disponibilização de profissionais para que os Centros de Saúde possam prestar esses serviços médicos.

Vejamos agora quais são os contratos abrangidos pela excepção consagrada na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos.

Refere esta norma que a parte II do Código não é aplicável à formação dos contratos de aquisição de serviços de saúde e de carácter social *mencionados no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE.*

¹³ Cfr. cláusula 20.ª dos contratos.



Tribunal de Contas

Ora, se procedermos a uma análise atenta do conteúdo do Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE, concluímos que os serviços de fornecimento de pessoal médico são nele qualificados como serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e não como serviços de saúde ou de carácter social.

Vejamos.

O Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE elenca determinados tipos de serviços, os quais são descritos pelo seu tipo, mas também por referências, nomeadamente as referências CPV.

A nomenclatura CPV corresponde a uma listagem de objectos contratuais, denominada “*Vocabulário Comum para os Contratos Públicos*”, a qual foi aprovada por regulamentos comunitários.

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

O referido Vocabulário Comum foi aprovado pelo Regulamento (CE) n.º 2195/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, o qual foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2151/2003, da Comissão, de 16 de Dezembro de 2003, e, posteriormente, pelo Regulamento (CE) n.º 213/2008, de 28 de Novembro de 2007.

Neste contexto, os serviços de saúde e de carácter social referidos na Anexo II B da Directiva 2004/18/CE não são quaisquer serviços que possam ser qualificados como tal, de acordo com o critério do intérprete ou do aplicador da norma, mas apenas aqueles que estejam listados no código CPV com determinadas referências identificadas nesse Anexo.

Ora, o Anexo II B da Directiva referia os serviços de saúde e de carácter social como aqueles que estavam listados na nomenclatura CPV com os números de referência 74511000-4 e de 85000000-9 a 85323000-9 (excepto 85321000-5 e 85322000-2).

Como se referiu na alínea d) do ponto II, a ARS Algarve considerou estar perante “*serviços enquadráveis no Código - CPV- 85121100-4 Serviço de médicos de clínica geral*”, deste modo considerando que os mesmos se enquadravam nos serviços de saúde excepcionados.

Importa referir que o Regulamento (CE) n.º 213/2008, aplicável a partir de 15 de Setembro de 2008, tendo actualizado os códigos de referência CPV, alterou também o Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE, substituindo-o pela tabela em Anexo VII ao Regulamento, de modo a actualizar as respectivas referências.



Em qualquer uma das versões (inicial ou actualizada) existe, efectivamente, uma referência CPV 85121100-4, correspondente a “*serviços de médicos de clínica geral*”, a qual se enquadra nos serviços de saúde abrangidos no Anexo II B da Directiva, tanto na sua versão original como na que resulta da alteração introduzida pelo Anexo VII do Regulamento (CE) n.º 213/2008.

Sucedem, no entanto, que, também em qualquer uma das versões, são identificados serviços de colocação e de fornecimento de pessoal, cujas referências CPV são, na versão actualmente em vigor, as que vão de 79600000-0 a 79635000-4 (excepto 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) e de 98500000-8 a 98514000-9.

Ora, a nomenclatura CPV inclui a referência 79625000-1, correspondente a *serviços de fornecimento de pessoal médico*¹⁴, que se enquadra, precisamente, nos serviços de colocação e de fornecimento de pessoal.

Conclui-se, pois, que os serviços de fornecimento de pessoal médico estão listados na nomenclatura CPV como serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e, por força das referências indicadas no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE¹⁵, como tal devem ser considerados. Por força e para os efeitos desse Anexo, não estão qualificados como serviços de saúde ou de carácter social.

Ora, como atrás vimos, pelos contratos em apreciação convencionam-se, não a prestação dos serviços médicos, mas o fornecimento de médicos para os Centros de Saúde.

Assim, conjugando a qualificação comunitária com a caracterização atrás efectuada do objecto substancial do contrato em apreciação, somos necessariamente levados a concluir que, no caso, não está em causa a aquisição de serviços de saúde mencionados no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE.

Em consequência, e ao invés do que vem pretendido, os contratos não estão abrangidos pela excepção consagrada na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos.

3. Estamos perante contratos de prestação de serviços para os efeitos do disposto no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008 ¹⁶?

¹⁴ Esta categoria correspondia à referência 74525000-5 na versão anterior, que também se inseria na categoria de serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e não na de serviços de saúde e de carácter social.

¹⁵ Tanto na sua versão original como na resultante das alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 213/2008.

¹⁶ Consideramos aqui a redacção vigente à data do procedimento e dos contratos. Tenha-se, no entanto, em atenção que foram introduzidas alterações a alguns números deste artigo pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.



Tribunal de Contas

Concluímos já que, inclusive para o regime das directivas comunitárias de contratação pública, se podem prefigurar contratos de aquisição de serviços de fornecimento de pessoal médico.

Mas, como decorre da lei e a própria tutela determinou¹⁷, as entidades do Serviço Nacional de Saúde pertencentes ao sector público administrativo só podem recorrer a este tipo de contratos nos termos previstos no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008.

Esta Lei é, nos termos do seu artigo 3.º, aplicável aos serviços da administração directa e indirecta do Estado. A ARS Algarve, enquanto instituto público, pertence à administração indirecta do Estado¹⁸, estando, pois, inserida no âmbito de aplicação da mesma.

Ora, o referido artigo estabelece requisitos de qualificação.

Desde logo, prevê que os contratos de prestação de serviços só possam ser celebrados para a execução de trabalho não subordinado, considerando como tal aquele que é prestado com autonomia, não se encontrando sujeito à disciplina e à direcção do órgão ou serviço contratante nem impondo o cumprimento de horário de trabalho. É o que consta claramente do n.º 2, alínea a), e do n.º 3 do artigo.

Mas, para além disso, limita as possibilidades de contratação às modalidades de *tarefa* ou *avença*.

De acordo com os n.º 1 e 5 da norma legal em causa, os serviços podem celebrar contratos de prestação de serviços na modalidade de *tarefa* para a *execução de trabalhos específicos, de natureza excepcional*.

Podem, em alternativa, e nos termos dos n.ºs 1 e 6 do mesmo artigo, celebrar contratos de prestação de serviços na modalidade de *avença*, tendo como objecto *prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal*.

Importa, então, apurar se os presentes contratos:

- a) Envolvem a execução de trabalho não subordinado; e
- b) Integram a execução de um trabalho específico, de natureza excepcional, ou, em alternativa, implicam prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal.

¹⁷ Cfr. alínea i) da matéria de facto.

¹⁸ Cfr. artigo 2.º da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 51/2005, de 30 de Agosto.



No que respeita ao primeiro requisito, e considerando que o mesmo se afere, caso a caso, em função do concreto clausulado dos contratos, afigura-se-nos que os casos em apreciação não oferecem dúvidas relevantes.

Quer no âmbito do objecto principal dos contratos (serviço de fornecimento de pessoal médico à ARS), quer nas condições de desenvolvimento dos serviços concretamente prestados pelos profissionais, reconhece-se autonomia e não sujeição à disciplina ou direcção do serviço contratante.

Não está fixado um horário fixo de trabalho, embora se estabeleça um número de horas semanal¹⁹ e se refira a existência de folha de ponto²⁰, a estipulação de horários para a prestação de serviços e a fixação de turnos²¹.

No entanto, parece-nos que estes instrumentos não indiciam, por si, e nestes casos, uma relação de trabalho subordinado, uma vez que estão previstos como instrumentos de controlo do número de horas prestadas, para efeitos da respectiva facturação, e como instrumentos de organização dos serviços a prestar aos utentes. De resto, mesmo os profissionais independentes, sem qualquer relação laboral, necessitam de se vincular a marcações horárias para regular a prestação de serviços aos clientes.

Já quanto à qualificação dos contratos como de *tarefa*, a mesma afigura-se problemática, uma vez que os contratos não envolvem a realização de qualquer trabalho específico, devidamente descrito e identificado.

Como já vimos, as empresas comprometem-se a fornecer recursos humanos com um determinado perfil e os profissionais comprometem-se a atender utentes que se dirijam aos Centros de Saúde. A medida dos serviços prestados é a hora e não são estipuladas quaisquer metas de resultados a alcançar.

Não se consegue, pois, identificar a específica tarefa a realizar, o concreto resultado a entregar. O que se contrata é uma actividade e não um resultado.

Acresce que também não se demonstra ou vislumbra a natureza excepcional dos trabalhos em causa. Ao invés, resulta dos autos que está em causa o suprimento, por esta via, de uma insuficiência crónica de recursos humanos para o desenvolvimento das actividades permanentes dos Centros de Saúde.

Estaremos, em alternativa, perante contratos de *avença*?

Atendendo a que os profissionais disponibilizados são médicos e que essa é uma profissão liberal, poderíamos conceber aqui uma situação próxima da *avença*, estando em causa prestações sucessivas no exercício de profissão liberal.

¹⁹ Vide Anexo I aos contratos, transcritos na alínea a) do probatório.

²⁰ Cfr. cláusula 6.ª, n.º 3, dos contratos, transcrita na alínea a) do probatório.

²¹ Cfr. cláusula 15.ª dos contratos, transcrita na alínea) do probatório.



Mas é apenas uma situação aproximada, porque nem os contratos são celebrados com os médicos, nem se convencionam um regime liberal, nem os contratos têm, como já vimos, por objecto principal a prestação dos serviços médicos, nem está fixada uma remuneração certa mensal.

Há, pois, séria dificuldade na caracterização dos contratos como uma das formas admitidas pelo artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008.

4. Da inadequação do procedimento prévio utilizado.

No artigo 35.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 12-A/2008 estabelece-se que os contratos de prestação de serviços aí previstos só podem ser celebrados quando seja observado o regime legal da aquisição de serviços.

Esse regime consta, designadamente, do Código dos Contratos Públicos.

Concluimos atrás, no ponto III.2, que os contratos não estão abrangidos pela excepção consagrada na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, por não envolver a aquisição de serviços de saúde na acepção desse preceito.

Isto significa que à sua formação se aplicava a Parte II do mesmo Código.

Ora, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 3, do referido Código, inserido nessa Parte II, e atento o valor dos contratos, os mesmos deveriam ter sido precedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação.

Como consta das alíneas c) e d) do probatório, tal não sucedeu.

5. Do não recurso a modalidades de emprego público.

Resulta do regime consagrado na Lei n.º 12-A/2008 (aplicável, como já vimos, à ARS Algarve) e, em particular, do seu artigo 6.º, que as actividades de natureza permanente das entidades da administração directa e indirecta do Estado devem, em regra, ser desenvolvidas por titulares de relações jurídicas de emprego público.

Nesse sentido, o artigo 35.º, n.º 2, alínea a), dessa Lei estabelece que os contratos de prestação de serviços nele referidos só podem ser celebrados quando se revele inconveniente o recurso a qualquer modalidade da relação jurídica de emprego público.

Os Despachos n.ºs 8/SEAS/2007 e 29533/2008, referidos nas alíneas h) e i) do ponto II deste Acórdão, densificam esta exigência ao determinar que só pode



recorrer-se a este tipo de contratação “*depois de esgotados os recursos internos disponíveis para fazer face à mesma necessidade, incluindo situações de mobilidade admissíveis nos termos da lei*” e “*após esgotados os mecanismos de mobilidade previstos na lei*”.

Do referido nas alíneas h), i) e j) da matéria de facto extrai-se a constatação de uma generalizada carência de recursos humanos na área médica, o que se apresenta como justificação para a contratação em regime de prestação de serviços.

Deve, no entanto, referir-se que o esgotamento das possibilidades de recurso a mecanismos de emprego público deve aferir-se, em concreto, relativamente a cada situação, não bastando a percepção generalizada de escassez de recursos.

De facto, não obstante essa situação geral, é possível que, em concreto, se proporcionem condições de satisfação das necessidades com soluções de emprego.

De resto, se há médicos disponíveis através de empresas de recrutamento, nada garante que eles não se apresentem a eventuais concursos.

É, pois, necessário, para este efeito, uma mais detalhada e concreta fundamentação.

6. Da relevância das ilegalidades verificadas

Não tendo o contrato sido precedido do procedimento concursal legalmente exigível, resulta do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos que o mesmo 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 mesma circunstância implica a inobservância do requisito fixado no artigo 35.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 12-A/2008.

Ora, por determinação expressa do n.º 1 do artigo 36.º da Lei n.º 12-A/2008, os contratos de prestação de serviços celebrados com violação dos requisitos previstos no n.º 2 do artigo 35.º são nulos.



Tribunal de Contas

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.

Acresce que os contratos não se reconduzem a uma das modalidades previstas nos n.ºs 5 e 6 do artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008 e que não se mostra suficientemente fundamentada a inconveniência do recurso a uma qualquer modalidade de emprego público, o que poderá também acarretar nulidade, nos termos do artigo 36.º, n.º 1.

Refira-se que as dificuldades evidenciadas, os constrangimentos na admissão de trabalhadores para a Administração Pública e o crescente recurso a este tipo de contratação aconselham a que se pondere uma eventual regulamentação específica para os contratos de fornecimento de pessoal.



IV. DECISÃO

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 aos contratos acima identificados.

Mais deliberam remeter cópia deste Acórdão à Senhora Ministra da Saúde e ao Senhor Secretário de Estado da Administração Pública, para que ponderem os problemas evidenciados relativamente aos contratos para fornecimento de pessoal.

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

Lisboa, 25 de Maio de 2010

Os Juízes Conselheiros,

(Helena Abreu Lopes - Relatora)

(Alberto Fernandes Brás)

(João Figueiredo)

(O Procurador Geral Adjunto)

(Daciano Pinto)