

ACÓRDÃO N.º 40/2011 - 24.Mai.2011 - 1ªS/SS

(Processo n.º 374, 375 e 376/2011)

DESCRITORES: Contrato de Prestação de Serviços / Aquisição de Serviços / Serviço de Saúde / Pessoal Médico / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Elemento Essencial / Nulidade / Contrato de Tarefa / Contrato de Avença / Relação Jurídica de Emprego / Parecer / Critério de Adjudicação / Avaliação das Propostas / Fundamentação / Anulabilidade / Adjudicação Parcial / Alteração do Resultado Financeiro Por Ilegalidade / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Nos termos da al. f) do n.º 4 do art.º 5.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), a parte II do referido Código não é aplicável à formação dos contratos de aquisição de serviços de saúde e de carácter social mencionados no Anexo II B da Diretiva n.º 2004/18/CE.
2. De acordo com a nomenclatura CPV (Vocabulário Comum para os Contratos Públicos), os serviços de fornecimento de pessoal médico estão listados como serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e não como serviços de saúde ou de carácter social.
3. Conjugando a qualificação comunitária com o objeto substancial dos contratos em apreço, conclui-se que, no caso em apreço, não está em causa a aquisição de serviços de saúde mencionados no Anexo II B da Diretiva n.º 2004/18/CE, pelo que os contratos não estão abrangidos pela exceção consagrada na al. f) do n.º 4 do art.º 5.º do CCP, aplicando-se-lhes, portanto, a parte II do CCP.
4. Nos termos do art.º 20.º, n.ºs 1, als. a) e b) 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.
5. A ausência de concurso, obrigatório no caso, torna nulo o acto de adjudicação e o subsequente contrato, por preterição de um elemento

essencial, nos termos dos arts. 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e 284.º, n.º 2 do CCP.

6. Face ao disposto na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, os contratos de prestação de serviços só podem ser celebrados para a execução de trabalho não subordinado (art.º 35.º, n.º 2, al. a) e n.º 3) e nas modalidades de tarefa ou avença (art.º 35.º, n.ºs 1 e 6), o que não acontece nos contratos em apreciação.
7. De acordo, ainda, com o disposto no art.º 35.º, n.º 2, al. c) da referida lei, os contratos de prestação de serviços aí previstos só podem ser celebrados quando seja observado o regime legal da aquisição de serviços, o que não se verifica conforme mencionado no anterior ponto 3.
8. Resulta, ainda, do regime consagrado na Lei n.º 12-A/2008, em particular dos seus arts. 4.º, 5.º, 6.º e 35.º, n.º 2, al. a), que as atividades de natureza permanente das entidades da administração direta e indireta do Estado devem, em regra, ser desenvolvidas por titulares de relações jurídicas de emprego público. Ora, sendo patente que as atividades em causa são de carácter permanente, não podem ser desempenhadas através da contratação de prestação de serviços, pelo que ocorre violação do disposto no n.º 3 do art.º 6.º do mencionado diploma legal.
9. Nos termos do disposto no n.º 4 do art.º 35.º e no n.º 6 do art.º 6.º da Lei n.º 12-A/2008, e no n.º 2 do art.º 22.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, a contratação em apreço só é possível mediante parecer prévio favorável dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das Finanças e da Administração Pública.
10. O não estabelecimento de critérios de pontuação ou ponderação para avaliação dos fatores do critério de adjudicação “adequação /qualidade da proposta” e “preço/hora”, viola o disposto na al. b) do n.º 2 do art.º 115.º do CCP, e põe em causa qualquer avaliação das propostas feitas em conformidade com os princípios da contratação pública expressamente consagrados no n.º 4 do art.º 1.º do CCP, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e da Constituição da República Portuguesa (CRP).
11. Os relatórios de avaliação das propostas que não contenham, nos termos dos arts. 122.º, n.º 1 e 124.º do CCP e 125.º, n.º 1 do CPA, a respetiva

fundamentação, para suportar a opção de adjudicação adotada, fere a decisão de adjudicação de vício de forma, por falta de fundamentação, e por isso anulável.

12. A realização de adjudicações parciais, traduzidas na atribuição a vários concorrentes de diferentes números de horas para a prestação de serviços, viola o disposto no art.º 73.º, n.º 1 do CCP, que estabelece que a adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas.
13. As violações de lei ocorridas no procedimento de formação dos contratos em apreciação, mencionadas nos pontos 4, 7 e 9 enquadram-se na al. a) do n.º 3 do art.º 4.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), que estabelece que é fundamento de recusa de visto a desconformidade de atos e contratos com as leis em vigor que implique nulidade.
14. As violações de lei mencionadas nos pontos 7, 8, 10, 11 e 12 enquadram-se na al. c) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC, que estabelece que é fundamento de recusa de visto a ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro.
15. A violação de lei referida no ponto 9 enquadra-se, ainda, na al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC, que estabelece que é fundamento para a recusa de visto a desconformidade de atos e contratos com as leis em vigor que implique violação direta de normas financeiras.

Conselheiro Relator: João Figueiredo



Mantido pelo acórdão nº 22/11, de 12/07/11,
proferido no recurso nº 33/11

ACÓRDÃO Nº40 /2011-24.MAI-1ª S/SS

Processos nºs 374, 375 e 376/2011

I - OS FACTOS

1. A Maternidade Alfredo da Costa (doravante também designada por MAC) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, os seguintes contratos¹:
 - a) Contrato de prestação de serviços de médicos de anestesiologia, celebrado com a empresa Morpheus - Anestela, Lda., pelo valor de €204.120,00;
 - b) Contrato de prestação de serviços de médicos de anestesiologia, celebrado com a empresa Fridana – Serviços Médicos, Lda., pelo valor de €182.250,00;
 - c) Contrato de prestação de serviços de médicos de anestesiologia, celebrado com a empresa Sucesso 24 Horas, Lda., pelo valor de €182.250,00.
2. Para além do referido no número anterior, são dados como assentes e relevantes para a decisão os seguintes factos:
 - a) Os referidos contratos foram todos celebrados em 2 de março de 2011 e para vigorarem de 1 de janeiro a 30 junho de 2011²;
 - b) Os contratos referidos foram formados através de um procedimento por ajuste direto, com consulta a várias entidades, *“tendo em vista a manutenção da quantidade e da qualidade dos serviços prestados; a impossibilidade de contratação, por inexistência de quotas e na sequência dos pedidos de aposentação e exoneração de Médicos Anestesiologistas³”*, ao abrigo da alínea f), do n.º 4, do artigo 5º do CCP⁴, e nos termos do Despacho n.º

¹ Aos valores referidos acresce o correspondente montante de IVA, à taxa legalmente fixada.

² Vide cláusula 3ª dos contratos e 4ª do caderno de encargos.

³ Vide Acta n.º 43/10, do Conselho de Administração, de 10.12.10.

⁴ Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de



- 8/SEAS/2007, da Secretária de Estado Adjunta e da Saúde, de 13 de março de 2007, constante dos autos, *“uma vez que se enquadra no âmbito do Anexo II-B da Directiva n.º 2004/18/CE – Código CPV (...) – 85121200-5 Serviços de Medicina Especializada”*;
- c) A deliberação do Conselho de Administração (CA) da MAC, de 10 de dezembro de 2010⁵, que autorizou a abertura do procedimento, determinou ainda a consulta a seis empresas, a contratação por seis meses, até ao limite de 1500 horas mensais, indicou as entidades a convidar, aprovou o caderno de encargos e o convite, e nomeou o júri do procedimento;
 - d) Foi estabelecido o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, através da avaliação dos fatores de *“adequação/qualidade da proposta”* e *“preço/hora”*⁶, mas não foram estabelecidos para qualquer destes fatores critérios de pontuação ou ponderação;
 - e) No convite⁷ referia-se que *“[a] MAC reserva-se o direito de fazer adjudicações parciais, sem que os concorrentes tenham direito a qualquer indemnização”*;
 - f) No procedimento foram dirigidos convites às empresas Fridana – Serviços Médicos, Lda., Morpheus- Anestela, Lda., Sucesso 24, Lda, Medipeople – Soluções de Recursos Humanos para a Saúde, Lda., Randstad Clinical – Cuidados de Saúde, Lda., e Helped – Prestação de Serviços de Saúde, Lda.;
 - g) No primeiro relatório do júri⁸ fez-se proposta de adjudicação em que o valor hora dos serviços prestados varia entre € 75 e € 75,9;
 - h) Em ata do CA da MAC posterior ao primeiro relatório do júri este é homologado, diz-se *“[a] ceitar o valor das respectivas propostas, embora o preço/hora seja superior aos valores de referência estipulados para a contratação de serviços médicos (...)”* e *“delibera prosseguir com o processo atendendo à inutilidade de qualquer outra diligência no sentido de auscultar o mercado”*;
 - i) No segundo relatório do júri⁹ fez-se nova proposta de adjudicação em que o valor hora dos serviços prestados é de € 67,50;

Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro.

⁵ Vide Acta n.º 43/10, do CA, de 10.12.10.

⁶ Vide alínea 6) do convite.

⁷ Vide alínea 7) do convite.

⁸ Datado de 4 de janeiro de 2011.

⁹ Datado de 1 de fevereiro de 2011.



- j) Em ata do CA da MAC com a mesma data do segundo relatório, este é homologado “*face às declarações de redução remuneratória apresentadas*” e procede-se à adjudicação;
- k) Como acima se viu, foi feita a adjudicação às empresas Fridana – Serviços Médicos, Lda., Morpheus- Anestela, Lda., Sucesso 24, Lda.;
- l) Nos dois relatórios do júri diz-se: “*As restantes 96 horas mensais, 576 horas semestrais, serão adjudicadas posteriormente após reunião a efectuar com as firmas Medipeople e Helped, onde será analisada a capacidade de resposta às necessidades da MAC*”;
- m) Nos relatórios do júri, no que respeita à fundamentação da avaliação das propostas diz-se: que o júri “*apreciou as propostas apresentadas pelas firmas “Morpheus; Fridana e Sucesso 24 Horas.” bem como elementos de identificação dos profissionais de cuidados de saúde tendo por base o critério de adjudicação fixado (...)*”;
- n) As cláusulas contratuais dos contratos estipulam o seguinte, com relevância para o respetivo objeto contratual:

“Cláusula Primeira: O presente contrato tem por objecto a prestação, pela firma (...) à Maternidade (...) de serviços de médicos de Anestesiologia de segunda-feira a domingo, incluindo feriados, das 0 às 24 horas, no Serviço de Urgência, Bloco Operatório de Ginecologia, PMA¹⁰ e apoio às restantes unidades do serviço de anestesiologia (...) de Janeiro a Junho de 2011, até ao limite de (...¹¹) horas semestrais mediante uma contrapartida”.

“Cláusula Quinta: Os dados de identificação dos profissionais de saúde que irão assegurar a prestação de serviços objecto do presente contrato, são os seguintes (...)¹².”

“Cláusula Sexta: 1. Os profissionais de saúde não podem ser substituídos em caso algum, salvo em caso de força maior, ou mediante autorização expressa e por escrito da Maternidade (...), sem prejuízo do disposto no número seguinte.

¹⁰ Procriação Médica Assistida.

¹¹ 2700 horas no caso da Fridana – Serviços Médicos, Lda., e da Sucesso 24, Lda., e 3024 horas no caso da Morpheus- Anestela, Lda..

¹² Segue-se o nome, morada, número de Cartão de Cidadão/Bilhete de Identidade, cédula profissional, nota curricular (em anexo) e outros elementos de identificação dos médicos: 4 no caso da Fridana – Serviços Médicos, Lda., 3 no caso da Sucesso 24, Lda., e 11 no caso da Morpheus- Anestela, Lda..



2. *A Maternidade (...) pode solicitar, por razões devidamente fundamentadas a substituição dos profissionais de saúde ou, quando aplicável, a rescisão do contrato nos termos legais.*

3. *A substituição dos profissionais de saúde implica a avaliação e aprovação do perfil de competências e do perfil funcional do profissional substituinte pela Maternidade (...), bem como o aditamento das alterações ao contrato.”*

“Cláusula Nona: A firma (...) garante e é responsável pela qualidade dos serviços prestados pelos profissionais de saúde por ele indicados à Maternidade (...).”

“Cláusula Décima Segunda: Os médicos ficam sujeitos ao sistema de controlo de acessos da MAC, para efeitos de controlo de facturas.”

“Cláusula Décima Terceira: A firma (...) prestará os serviços adjudicados, durante o ano de 2011, pelo valor hora de 67,50 € (...¹³) e até ao limite de (...¹⁴) (...).”

- o) Questionou-se a MAC sobre a razão por que não optou por enquadrar os serviços de fornecimento de médicos anestesistas no código 79625000-1 – Serviços de fornecimento de pessoal médico – do vocabulário comum para os contratos públicos (CPV) do Anexo VII, do Regulamento (CE) n.º 213/2008, da Comissão, de 28 de novembro de 2007 ¹⁵ e, antes, optou por o enquadrar no código 85121200-5 – Serviços de medicina especializada - e, por essa via, subordinar-se ao disposto na alínea f), do n.º 4, do artigo 5.º do CCP. Respondeu a MAC¹⁶:

“Em face do objecto contratual em causa (...) é entendimento da MAC que os contratos aqui em apreço se encontram excluídos do âmbito de aplicação da Parte II do CCP, nos termos do disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do mesmo Código.

¹³ Para todos os dias do ano no caso da empresa Sucesso 24, Lda.

¹⁴ 450 horas/mês no caso da Fridana – Serviços Médicos, Lda., 450 horas/mês no caso da Sucesso 24, Lda., e 3024 horas/semestre no caso da Morpheus- Anestela, Lda..

¹⁵ Regulamento que alterou o Anexo II-B da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março.

¹⁶ Vide ofício n.º 1287, de 11 de Abril de 2011.



Com efeito, os contratos ora em apreço, e o respectivo objecto, em face das circunstâncias em que se enquadram e dos objectivos que realizam, são contratos atinentes à prestação de serviços de médicos especializados, na vertente de anestesia.

O conteúdo das prestações a efectuar por conta do contrato diz respeito à execução de actos médicos directamente por profissionais identificados antecipadamente pelo prestador de serviços, os quais deverão ser aceites pela MAC, sob pena de não execução dos serviços, e cuja actividade será directamente fiscalizada e regulada pela MAC.

Assim, e dado que o contrato implica a efectiva prestação de serviços por parte dos médicos, o objecto essencial dos contratos em análise é a prestação de serviços médicos propriamente ditos (sendo que o resultado desses serviços é exigido), os quais se encontram abrangidos pela excepção consagrada na alínea f) do n.º 4 do artigo 5º do CCP, e à sua formação não é aplicável a Parte II do CCP.

Aliás, o próprio Tribunal se actualmente não tem, já teve este entendimento, o qual se nos afigura correcto.

Por último, faz-se notar ainda outro aspecto: os CPV têm um propósito de enumeração exhaustiva das realidades a que se referem, uniformizando essa informação, sendo, nessa medida, um instrumento relevante para que os operadores económicos (nacionais, europeus e internacionais) identifiquem com rigor o objecto de um determinado contrato apenas através da consideração do Código CPV respectivo. Ora, este propósito de enumeração exhaustiva (ainda que estruturado de forma arborescente) determina, não raras vezes, a existência de sobreposições entre Códigos de CPV com o mesmo nível de desagregação. Donde, um determinado objecto contratual pode ser reconduzido, em rigor, a vários Códigos CPV, bastando que pelo menos um desses códigos esteja excepcionado (para efeitos do disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5º do CCP) para que a contratação deva ser considerada como contratação excluída, como sucede no caso em apreço.

Efectivamente, é essa a ratio subjacente à excepção constante da alínea f) do n.º 4 do artigo 5º do CCP: a opção de política-legislativa foi clara, no sentido de considerar a especificidade dos serviços de saúde e de formação profissional, os únicos serviços de uma extensa lista (cfr. Anexo II da Directiva



2004/18/CE que se encontram excepcionados naquele normativo)”;

- p) Foi igualmente a MAC confrontada com a questão de saber se o objeto dos presentes contratos correspondia a necessidades imprescindíveis e permanentes dos serviços e, em caso afirmativo, do motivo pelo qual não foi adotado o recurso a qualquer das modalidades de emprego público previstas na Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro. Respondeu a MAC¹⁷:

“De facto, o objecto dos contratos em apreço corresponde à satisfação de necessidades imprescindíveis e permanentes dos serviços da MAC, na vertente de serviços médicos de anesthesiologia, destinando-se a sua aquisição a procurar assegurar o regular funcionamento destes serviços.

Acontece que a MAC tem nesta área um Mapa de Pessoal que comporta 15 postos de trabalho, dos quais apenas 4 se encontram ocupados.

Esta realidade, que se foi agravando progressivamente, desde 2007, resulta essencialmente do facto da Anesthesiologia ser uma valência dramaticamente carenciada, o que implica que, apesar de se terem aberto diversos procedimentos concursais, não se tenha conseguido efectuar nenhuma contratação por esta via: os concursos ou ficam desertos ou os raros candidatos aprovados desistem quando conhecem as condições de contratação (em virtude das instituições privadas e EPEs oferecerem remunerações e condições laborais muito superiores às do Sector Público Administrativo, que se pauta por condições e tabelas remuneratórias pré definidas sem possibilidade de negociação).

Assim sendo, e ainda que nos últimos anos se tenham aberto diversos concursos nesta área, não só não possível preencher esses lugares como, mais grave ainda, não se conseguiu impedir a saída dos que aqui estavam colocados como assistentes eventuais e como contratados por tempo indeterminado, os quais mediante rescisão contratual ou aposentação, entenderam abandonar a Função Pública.

¹⁷ Vide ofício n.º 1287, de 11 de Abril de 2011.



Face ao que antecede, não podemos deixar de concluir que os mecanismos previstos na Lei n.º 12-A/2008 (...) se mostram insuficientes para dar resposta a esta situação concreta.

Com efeito, o Despacho n.º 8/SEAS/2007, de 7 de Março (...) atinente à contratação de entidades privadas para prestarem cuidados de saúde (...) refere que:

«Maioritariamente, os médicos que prestam cuidados de saúde nas diversas instituições hospitalares do Serviço Nacional de Saúde possuem uma relação jurídica 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 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.»

Determinando o mesmo despacho que:

«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.»

E, em face da escassez de médicos especialistas, através do 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, foi referido o seguinte:

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

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



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

Assim, (...) determino:

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

(...)

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

Deste modo, verificando-se a impossibilidade de aplicar à presente contratação qualquer das modalidades de emprego público previstas na Lei n.º 12-A/2008 (...) foi opção da MAC recorrer ao procedimento pré-contratual ora em apreço, com respeito pelo teor dos despachos supra referidos.”

II - FUNDAMENTAÇÃO¹⁸

II.A - Da caracterização dos contratos.

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

Recorde-se, por um lado, conforme foi invocado pelos serviços¹⁹, que a formação dos presentes contratos se enquadrava no disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP, invocando-se que tinham por objecto os

¹⁸ Na presente fundamentação segue-se, em aspectos relevantes, a argumentação constante dos acórdãos n.º 19/2010 – 25.Mai-1ª S/SS (mantido pelo acórdão n.º 26/2010-1ªS/PL, de 26/10/10) e n.º 29/2010-16.Jul - 1ª S/SS (mantido pelo acórdão n.º 27/2010-1ªS/PL, de 26/10/10).

¹⁹ Cfr. alínea b) do n.º 2 deste Acórdão.



serviços de saúde mencionados no anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE, não se aplicando assim a parte II daquele Código.

Por outro lado, no processo, são invocados o Despacho n.º 8/SEAS/2007, da Secretária de Estado Adjunta e da Saúde, de 13 de março de 2007²⁰, e o 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 2008²¹ que remetem claramente para o domínio do recrutamento de pessoal para o exercício de funções públicas, ao abrigo da lei aplicável, dizendo aquele que *“os médicos que prestam cuidados de saúde nas diversas instituições hospitalares do Serviço Nacional de Saúde possuem uma relação jurídica estável com a organização”* e 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”*, e este que a *“contratação de serviços médicos (...) deve obedecer (...), 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”*.

Ora, a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas. Tratando de tais matérias, considerou o legislador nela também consagrar a disciplina das prestações de serviço porque, embora não se trate de modalidades de constituição de relação jurídica de emprego público, está relacionada com trabalho prestado para as entidades públicas que integram o âmbito objetivo de aplicação daquele diploma legal.

Relembre-se que, nos termos do referido artigo 35º daquela lei, os serviços da administração directa e indirecta do Estado apenas podem celebrar contratos de prestação de serviços nas condições nele definidas.

O que agora se disse, remete-nos para o seguinte dilema: estamos no âmbito da aquisição de serviços regulada pelo CCP ou estamos no âmbito da prestação de serviços regulada pela legislação que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas?

²⁰ Cfr. alíneas b) e p) do n.º 2 deste Acórdão

²¹ Cfr. alínea p) do n.º 2 deste Acórdão.



4. As concretas questões em que nos centramos serão, contudo, por ora, as seguintes:

- a) Estes contratos são contratos de aquisição de serviços de saúde enquadrados na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP?
- b) Estes contratos são contratos de prestação de serviços, na modalidade de tarefa ou avença, previstos no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro²²?

II.B – Os contratos face ao disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP e no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE

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

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.

6. Ora, como resulta, de forma muito evidente, das várias alíneas do probatório constante do n.º 2 deste acórdão, os contratos não se destinam à prestação de serviços médicos aos destinatários, nem directamente nem por conta ou em substituição da MAC.

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.

7. Em termos práticos, as utentes dirigir-se-ão à MAC para serem atendidas nos seus serviços, subordinam-se às respectivas regras e marcações, são consultadas e tratadas 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.

A observação, o diagnóstico e a demais intervenção clínica são naturalmente feitos nas instalações da MAC, com recurso ao

²² Alterada pelas Leis n.º 54-A/2008, de 31 de dezembro, n.º 3-B/2010, de 28 de abril, e n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.



equipamento e material por ela disponibilizado e, naturalmente também, de acordo com as regras, protocolos técnicos e regulamentos nela vigentes.

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.

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

- 8.** 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.

Deve, pois, concluir-se que os serviços médicos aos utentes são prestados pela MAC e não pelas adjudicatárias.

- 9.** Assim, o objecto essencial dos contratos em análise é, não a prestação de serviços médicos propriamente ditos, mas a disponibilização de profissionais para que a MAC possa prestar esses serviços médicos.
- 10.** 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.

- 11.** 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 b) do n.º 2, a MAC considerou estar perante serviços enquadráveis no Código - CPV- 85121200-5 - Serviços de Medicina Especializada, 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 85121100-5, correspondente a “*serviços de medicina especializada*”, 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.

Sucede, 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*”²³, 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/CE²⁴, como tal devem ser considerados. Por força e para os efeitos desse Anexo, não estão qualificados como serviços de saúde ou de carácter social.

- 12.** Ora, como atrás vimos, pelos contratos em apreciação convencionou-se, não a prestação dos serviços médicos, mas o fornecimento de médicos para a MAC.

A MAC não está a adquirir a prestação de cuidados de saúde às entidades adjudicatárias. A MAC está a adquirir às entidades adjudicatárias a colocação de pessoal médico: é nos termos da nomenclatura CPV um “*serviço de fornecimento de pessoal médico*”.

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.

- 13.** 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.

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), do referido Código, inserido nessa Parte II, e atento o valor dos contratos, os mesmos

²³ 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.

²⁴ Tanto na sua versão original como na resultante das alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 213/2008.



deveriam ter sido precedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação.

Ocorreu pois no presente procedimento violação do artigo 20.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CCP.

II.C – Os contratos face ao disposto na Lei n.º 12-A/2008 ²⁵

14. 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 o próprio Governo determinou²⁶, 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.

15. Esta Lei é, nos termos do seu artigo 3.º, aplicável aos serviços da administração directa e indirecta do Estado.

A MAC, nos termos dos artigos 1º, n.º 1 e 2º, nº1, alínea a), da Lei n.º 27/02, de 8 de novembro, trata-se de “*estabelecimento público, dotado de personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira*”, integrando os hospitais do sector público administrativo, nos termos do art. 9º da mesma lei.

A MAC é, pois, um instituto público e, como tal, integra a administração indirecta do Estado²⁷,

16. Ora, o referido artigo 35º da Lei n.º 12-A/2008 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.

²⁵ Consideramos aqui a redacção vigente à data do procedimento e dos contratos. Assim, devem ter-se já em conta as alterações introduzidas no artigo 35º pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

²⁶ Cfr. alínea p) do nº 2.

²⁷ 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.



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

De acordo com os n.º 1 e 6 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. 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 MAC), 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 limite de horas semestral e se preveja que “[o]s médicos ficam sujeitos ao sistema de controlo de acessos da MAC, para efeitos de controlo de facturas”²⁸.

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.

²⁸ Cfr. cláusula décima segunda dos contratos, acima na alínea n) do nº 2.



- 18.** 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 exercer as suas competências profissionais no âmbito da MAC. 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 da MAC.

- 19.** 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.

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.

- 20.** 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 n.º 13, 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, e por força do artigo 20.º, n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 3, do mesmo Código, atento o valor dos contratos, os mesmos deveriam



ter sido precedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação.

Ocorreu pois violação do disposto no n.º 1, na alínea c) do n.º 2, e nos n.ºs 6 e 7, todos do artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008.

21. Mas a celebração dos presentes contratos deve ainda ser visto noutra perspetiva, face ao que se dispõe na Lei n.º 12-A/2008.

Resulta do regime consagrado na Lei n.º 12-A/2008 (aplicável, como já vimos, à MAC) e, em particular, dos seus artigos 4.º, 5.º e 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.

Ora, a inconveniência prevista nesta disposição legal deve ser interpretada como desadequação das modalidades de constituição de relação jurídica de emprego público – as previstas no artigo 9.º da lei – à realização de determinadas actividades dos serviços públicos, e quando o desenvolvimento de tais actividades podem ser asseguradas através da prestação de serviços que reúnam os pressupostos da alínea a) do n.º 2, e dos n.ºs 3, 6 e 7 do citado artigo 35.º.

É verdade que os Despachos n.ºs 8/SEAS/2007 e 29533/2008, invocados no processo²⁹, 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*”.

Mas, face ao disposto na lei – que naturalmente deve ser reconhecida como tendo valor superior ao disposto em disposições de natureza regulamentar – não basta que estejam “*esgotados os recursos internos disponíveis para fazer face à mesma necessidade*”, e “*os mecanismos de mobilidade previstos na lei*”, para logo se poder proceder á celebração de contratos de prestação de serviços. Há todos os demais pressupostos fixados na lei.

²⁹ Cfr. alíneas b) e p) do n.º 2 deste Acórdão



22. Ora é patente, por tudo o que é referido no processo, que as actividades que vão ser asseguradas pelos profissionais de saúde disponibilizados pelas empresas, se inserem nas necessidades permanentes da MAC. Mais: são actividades que se inserem no núcleo mais fundamental do serviço prestado pela MAC. Claramente, perante o disposto na lei, não são funções que possam ser desempenhadas através da contratação de prestação de serviços.

São actividades que remetem claramente para o disposto nos referidos artigos 4º, 5º e, muito especialmente, para o artigo 6.º, e neste no nº 3, da Lei n.º 12-A/2008.

23. Do referido na matéria de facto extrai-se a constatação de uma generalizada carência de recursos humanos na área médica em causa, o que se apresenta como justificação para a contratação em regime de prestação de serviços.

Compreende-se as dificuldades enfrentadas pela MAC para resolver este problema³⁰.

Mas este Tribunal, nos termos da Constituição e da Lei, deve exercer as suas competências, observando a lei e fazendo observar a lei. E esta é a lei que rege.

E face ao disposto na lei, para resolver o problema não colhe argumentar-se que *“tendo em vista a manutenção da quantidade e da qualidade dos serviços prestados; a impossibilidade de contratação, por inexistência de quotas e na sequência dos pedidos de aposentação e exoneração de Médicos Anestesiologistas”* se procederá á contratação da prestação de serviços.

Na perspectiva que agora se expôs, é patente que com a celebração deste contrato ocorreu violação do disposto no nº 3 do artigo 6.º da Lei n.º 12-A/2008.

24. Mas há ainda uma outra perspectiva que não pode ser ignorada no presente procedimento de formação dos contratos face ao disposto na muito citada Lei n.º 12-A/2008.

Quer se defenda que os presentes contratos se inserem no disposto no artigo 35º da referida lei – o que já se demonstrou não ser possível, embora assim tenha sido argumentado pelos serviços – quer se defenda que este tipo de concretas actividades, nestas concretas circunstâncias, só

³⁰ E a compreensão deste Tribunal refletiu-se bem em várias decisões tomadas no processo, desde a prorrogação de prazos para a sua remessa para fiscalização prévia, até aos vários pedidos de esclarecimento efetuados.



pode ser assegurado por pessoal com relação jurídica de emprego público, nos termos do nº 3 do artigo 6º da mesma lei, em ambas as situações, a contratação referida só é possível mediante parecer prévio favorável dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública (vide o nº 4 do artigo 35º e o nº 6 do artigo 6º).

Se o parecer prévio do membro do Governo responsável pela área da Administração Pública, face às competências que em regra lhe são cometidas, diz respeito à verificação da conformidade legal da solução que se pretende adotar, o parecer prévio do membro do Governo responsável pela área das finanças tem objetivos claros de gestão das finanças públicas e de controlo da execução orçamental.

As normas que preveem a prévia decisão favorável do membro do Governo responsável pela área das finanças são pois normas de natureza financeira.

Mas atente-se ainda noutras disposições legais que deveriam ter sido observadas no procedimento em causa, nesta matéria.

Assim, à data da decisão de lançamento do procedimento, dispunha o artigo 44º do Decreto-Lei nº 72-A/2010, de 18 de junho, que *“durante o ano de 2010, carece de parecer prévio vinculativo dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública (...) a celebração de contratos de aquisição de serviços (...) designadamente no que respeita a (...) [c]ontratos de prestação de serviços, nas modalidades de tarefa e de avença”* e *“[c]ontratos de aquisição de serviços celebrados com pessoa colectiva cuja área de actividade seja o trabalho temporário”* e nele se prevê ainda que *“[s]ão nulos os contratos de aquisição de serviços celebrados sem o parecer (...)”*³¹.

E à data da celebração dos contratos, dispunha o nº 2 do artigo 22º da Lei nº 55-A/2010, de 31 de dezembro, estabelecendo igualmente que *“[c]arece de parecer prévio vinculativo dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública (...) a celebração ou a renovação de contratos de aquisição de serviços (...) independentemente da natureza da contraparte, designadamente no que respeita a (...) [c]ontratos de prestação de serviços, nas modalidades de*

³¹ A Portaria nº 371-A/2010, de 23 de Junho, veio regulamentar nº 4 do artigo 35º da Lei n.º 12-A/2008, e o artigo 44º do Decreto-Lei nº 72-A/2010, de 18 de junho, estabelecendo a tramitação necessária para obtenção do referido parecer. Posteriormente, foi esta portaria revogada pela Portaria nº 4-A/2011, de 3 de janeiro, que estabeleceu nova disciplina.



tarifa e de avença” . E o nº 6 do mesmo artigo determina-se igualmente que “[s]ão nulos os contratos de aquisição de serviços celebrados sem o parecer (...)” .

Registe-se que a MAC tinha presente esta disposição legal, até porque intimou os concorrentes a darem cumprimento à redução remuneratória prevista no nº 1 do mesmo artigo 22º.

Nada no processo demonstra que tenha sido pedido e proferido o referido parecer favorável dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública.

No presente procedimento, com a contratação operada, ocorreu pois violação do disposto no nº 4 do artigo 35º e no nº 6 do artigo 6º da Lei n.º 12-A/2008 e no nº 2 do artigo 22º da Lei nº 55-A/2010, de 31 de dezembro.

25. Para além das questões acima identificadas no nº 4, outras ainda se suscitam. Abordá-las-emos de seguida.

II.D – A não densificação do critério de adjudicação

26. Como se indicou na matéria de facto, foi estabelecido o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, através da avaliação dos fatores de *“adequação/qualidade da proposta”* e *“preço/hora”*, mas não foram estabelecidos para qualquer destes fatores critérios de pontuação ou ponderação.

27. A escolha daquele critério de adjudicação e dos respetivos fatores aparentemente em nada conflitua com a lei: veja-se o que dispõem o nº 1 do artigo 74º e os nºs 1 e 2 do artigo 75º do CCP.

Atente-se ainda ao que dispõe a alínea b) do nº 2 do artigo 115º do CCP: *“(...) o convite deve (...) indicar (...) [o] critério de adjudicação e os eventuais fatores (...) que o densificam”*.

Assim, se a escolha do critério e dos fatores não revelam desconformidade legal, o facto de, para estes, não se ter fixado qualquer medida para a sua aplicação (v.g. escala de pontuações ou de ponderações), põe em causa qualquer avaliação das propostas feitas em conformidade com os princípios da contratação pública expressamente consagrados no nº 4 do artigo 1º do CCP, no CPA e na Constituição: princípios da transparência, da igualdade, da concorrência, da imparcialidade, e da fundamentação.



Quando a alínea b) do n.º 2 do artigo 115.º do CCP estabelece a necessidade de se proceder à densificação do critério de adjudicação, necessariamente apela não só à identificação dos fatores, mas também ao concreto modo como tais fatores vão ser aplicados na avaliação das propostas.

No caso concreto, não pode deixar de se perguntar: qual foi (ou deveria ser) o “peso” do fator “*preço/hora*”? E o do fator “*adequação/qualidade da proposta*”? E como se mediu (ou mediria) cada um deles?

Nada, nessa matéria, se estabeleceu.

28. Ocorreu pois violação do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 115.º do CCP.

II.F - A falta de fundamentação da decisão de adjudicação

29. O que acabou de se referir nos números anteriores, refletiu-se depois na avaliação das propostas.

Como se viu na matéria de facto, os relatórios do júri, no que respeita à fundamentação da avaliação das propostas dizem simplesmente que o júri “*apreciou as propostas apresentadas pelas firmas “Morpheus; Fridana e Sucesso 24 Horas.” bem como elementos de identificação dos profissionais de cuidados de saúde tendo por base o critério de adjudicação fixado (...)*”³².

30. Como já se disse, tendo os documentos do procedimento estabelecido dois fatores para avaliação das propostas, era suposto estabelecer para cada um deles critérios de pontuação e ponderação. Não o fazendo, a avaliação tornou-se arbitrária e o resultado inexplicável e indemonstrável.

31. Analisados os relatórios, pode-se afirmar:

- a) Não é referido quais as empresas (das seis convidadas) que apresentaram proposta;
- b) Não se retira qual a fundamentação para as adjudicações em concreto (quer as parciais, já efectuadas, quer as que neles se refere poderem vir a ocorrer);

³² Vide acima alínea m) do n.º 2.



- c) Não se consegue retirar de que forma e em que momento e em que circunstâncias foram aplicados os factores do critério de análise, previstos no convite, nem a ponderação que lhes foi atribuída;
- d) Tendo havido alterações dos preços apresentados pelas empresas entre o primeiro e o segundo relatório, nada nos relatórios se explicita como se procedeu a tais alterações e quais os respetivos fundamentos.

A solução adjudicatória não tem pois qualquer fundamentação.

Face aos fatores estabelecidos, se, para um destinatário normal, seria facilmente descortinável qual a fundamentação de pontuações atribuídas ao “*preço/hora*” – porque é um factor objectivo e simples - o mesmo não se pode dizer quanto às pontuações que poderiam ser atribuídas no segundo fator: “*adequação/qualidade da proposta*”.

32. Ora, o nº 1, do artigo 122º e o nº 1 do artigo 124º do CCP determina-se expressamente que os relatórios devem ser fundamentados.

Relembre-se igualmente que a Constituição estabelece no nº 3 do seu artigo 268º que os actos administrativos carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos.

Aquela garantia constitucional corresponde assim à primeira das situações previstas no artigo 124º do CPA: devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente, neguem, extingam, restrinjam ou afectem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos. E relembre-se que a referência ao dever de fundamentação expressa, antes só consagrado na lei ordinária, foi introduzida no texto constitucional pela revisão de 1982. Tratou-se desse modo de atribuir dignidade constitucional à principal garantia que constava na legislação ordinária onde tinha sido reconhecida aos administrados pelo Decreto-Lei nº 256-A/77, de 17 de Junho.

Um acto estará devidamente fundamentado sempre que um destinatário normal possa ter conhecimento do sentido dessa mesma decisão, bem como das razões de facto e de direito que a sustentam, permitindo-lhe apreender o itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pela entidade



administrativa, bem como optar, conscientemente, entre a aceitação do acto ou o accionamento dos meios legais de impugnação.

O cumprimento do dever de fundamentação insere-se, por um lado, na observância do princípio da legalidade e do princípio da transparência aos quais se deve subordinar a Administração Pública mas, por outro lado, é igualmente uma das características da boa gestão pública: a fundamentação expressa das decisões contribui para tornar consistentes as motivações em que a formulação da vontade das pessoas colectivas públicas assenta.

- 33.** Assim, os relatórios de avaliação das propostas, não contendo, nos termos dos acima citados artigos, a respectiva fundamentação, para suportar a opção de adjudicação adoptada, faz com que a decisão de adjudicação configure um acto ferido de vício de forma, por falta de fundamentação, e por isso anulável.

Foi, pois, violado o nº 1, do artigo 122º e o nº 1 do artigo 124º do CCP e o nº 1 do artigo 125º do CPA.

II.G – A realização de adjudicações parciais

- 34.** Como se viu igualmente na matéria de facto, no convite referia-se que “[a] MAC reserva-se o direito de fazer adjudicações parciais”.

E, como se constatou, tais adjudicações parciais traduziram-se na atribuição a vários concorrentes de diferentes números de horas para a prestação dos serviços: 2700 horas semestrais no caso da Fridana – Serviços Médicos, Lda., e da Sucesso 24, Lda., e 3024 horas no caso da Morpheus- Anestela, Lda..

E, como inicialmente se previa a aquisição de 9000 horas semestrais³³, o resultado obtido terá habilitado o júri a afirmar que “[a]s restantes 96 horas mensais, 576 horas semestrais, serão adjudicadas posteriormente após reunião a efectuar com as firmas Medipeople e Helped, onde será analisada a capacidade de resposta às necessidades da MAC”.

- 35.** Ora, estes factos suscitam as seguintes apreciações.

³³ 1500 horas mensais x 6 meses.



Em primeiro lugar, o convite em nada esclarece o que são adjudicações parciais. E sobretudo nada define quanto a critérios a seguir em matéria das referidas adjudicações parciais.

Relembre-se que o CCP não prevê expressamente a adjudicação parcial. Prevê a adjudicação por lotes: mas a situação em análise não se reconduz a esta figura.

Mas é defensável que as entidades adjudicantes prevejam a possibilidade de, na adjudicação, se limitarem a fazê-la só em certa quantidade ou só para certo tipo de produtos. Por exemplo, no caso em apreciação, era admissível os documentos do procedimento explicitarem, como aliás fizeram, a vontade de se proceder à aquisição de “até” 1500 horas mensais de serviços a prestar. E depois, por exemplo, só adjudicar 1000 horas. A lei, vistos os princípios que prossegue e as disposições expressamente existentes, não impediria tal solução de adjudicação parcial. Mas o que ocorreu no presente procedimento foi uma adjudicação “parcelarizada”, e não parcial e, sobretudo, sem qualquer critério.

O n.º 1 do artigo 73.º do CCP estabelece que “[a] adjudicação é o acto pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas”.

36. Foi, pois, violado o n.º 1 do artigo 73.º do CCP.

II.H – Da relevância das ilegalidades verificadas para efeitos da fiscalização prévia

37. Como acima se expôs, e muito especialmente nos n.ºs 13, 20, 23, 24, 28, 33 e 36, ocorreram no procedimento de formação dos presentes contratos diversas violações de lei. Importa ponderá-las para efeitos do exercício das competências de fiscalização prévia deste Tribunal.

38. Como se viu no n.º 13, ocorreu violação do artigo 20.º, n.º 1, alíneas a) e b) do CCP.



Não tendo o contrato sido precedido do procedimento concursal legalmente exigível, resulta do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do CCP 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 CCP.

- 39.** A violação do disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 35º da Lei n.º 12-A/2008, que se identificou no n.º 20, remete também para as conclusões do número anterior.

Contudo, por determinação expressa do n.º 1 do artigo 36.º da mesma lei, os contratos de prestação de serviços celebrados com violação dos requisitos previstos no n.º 2 do artigo 35.º são nulos.

- 40.** Acresce que – como se concluiu nos n.ºs 20 e 23 e nos números que os antecedem - os contratos não se reconduzem a uma das modalidades previstas nos n.ºs 6 e 7 do artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008, sendo patente que a situação descrita no processo se deveria enquadrar no disposto no n.º 3 do artigo 6.º da mesma lei.

Ora, o exato cumprimento do disposto na lei – o que teria passado por não celebrar os presentes contratos à luz do artigo 35º (o que se fez) e, antes, activar os mecanismos previstos no n.º 3 do artigo 6ª (o que não se fez) - poderia ter conduzido a resultados financeiros diferentes dos obtidos no procedimento. Isto é: estas ilegalidades, caso não tivessem ocorrido, poderiam ter produzido alteração nos resultados do procedimento e, reflexamente, nos contratos.

Embora não resulte dos autos que da violação daqueles preceitos tenha resultado a alteração efetiva do resultado financeiro, é preciso ter presente que aqueles vícios são suscetíveis de alterar aquele resultado.

- 41.** Como se viu, no n.º 24, no presente procedimento, com a contratação operada, ocorreu ainda violação do disposto no n.º 4 do artigo 35º e no n.º 6 do artigo 6º da Lei n.º 12-A/2008.

Como já se adiantou, as normas que prevêm o parecer prévio do membro do Governo responsável pela área das finanças têm objectivos claros de gestão das finanças públicas e de controlo da execução



orçamental e são, por isso, normas de natureza financeira que no presente procedimento foram diretamente violadas.

42. Mas também se viu, no mesmo nº 24, que ocorreu a violação do nº 2 do artigo 22º da Lei nº 55-A/2010, de 31 de dezembro, violação que a lei comina com a nulidade.

43. A violação do disposto na alínea b) do nº 2 do artigo 115º e do nº 1 do artigo 73º do CCP – acima identificadas nos nºs 28 e 36 – caso não tivesse ocorrido, poderia ter conduzido a resultados financeiros diferentes dos obtidos no procedimento.

Embora não resulte dos autos que da violação daqueles preceitos tenha resultado a alteração efetiva do resultado financeiro, é preciso ter presente que aqueles vícios são suscetíveis de alterar aquele resultado.

44. Finalmente, como se disse no nº 33, foi violado o nº 1, do artigo 122º e o nº 1 do artigo 124º do CCP e o nº 1 do artigo 125º do CPA.

Também no que respeita a esta ilegalidade, vale argumentação acima aduzida nos nºs 40 e 43. O absoluto desconhecimento dos fundamentos em que se apoiou a decisão adjudicatória, conduz a considerar-se poderem ter sido alterados os resultados financeiros do procedimento. Só a explicitação de tal fundamentação poderia afastar tal possibilidade. E tal explicitação não foi feita.

45. Há pois fundamentos para recusa de visto. Assim:

- a) As violações acima referidas nos nºs 38, 39 e 42, e as consequências fixadas para elas na lei, enquadram-se na alínea a) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC³⁴, que estabelece que é fundamento para recusa de visto a desconformidade de atos e contratos com as leis em vigor que implique nulidade;
- b) As violações acima referidas nos nºs 40, 43 e 44 enquadram-se na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC, que estabelece que é fundamento para recusa de visto a *“ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro”*. Refira-se, a propósito, que, para efeitos desta norma, quando aí se diz *“[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro”* pretende-se significar que basta o simples perigo ou

³⁴ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, e 3-B/2010, de 28 de abril.



risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração do respectivo resultado financeiro;

- c) As violações acima referidas no n.º 41 enquadram-se na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, que estabelece que é fundamento para recusa de visto a desconformidade de atos e contratos com as leis em vigor que implique “*violação directa de normas financeiras*”.

III - DECISÃO

46. Pelos fundamentos indicados, e nos termos do disposto nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto aos contratos acima identificados.

47. São devidos emolumentos nos termos do artigo 5º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas³⁵.

Lisboa, 24 de Maio de 2011

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Alberto Fernandes Brás)

(Helena Abreu Lopes)

³⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril.



Tribunal de Contas

Fui presente

(Procurador Geral Adjunto)

(António Cluny)