



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 11/FP/2010

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 22 de Junho de 2010, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato de fornecimento de “*gases medicinais e aluguer de garrafas*”, outorgado entre Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., doravante designado por SESARAM, E.P.E., e a empresa “*Air Liquide Medicinal, S.A.*”, pelo preço de € 4 102 239,00, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir relatados:

- a) Por anúncio publicado, em 17 de Fevereiro de 2009, no Jornal Oficial da União Europeia, o SESARAM, E.P.E., abriu um concurso público para o fornecimento de gases medicinais e aluguer de garrafas, no âmbito do qual os interessados podiam apresentar propostas até ao dia 3 de Abril daquele ano.
- b) Em 27 de Abril de 2009, o júri do procedimento reuniu para analisar e avaliar as duas únicas propostas concorrentes, tendo decidido admitir a proposta da firma *Air Liquide Medicinal, S.A.*, e excluir a entregue pela empresa *Linde Sogas, S.A.*, fundamentando a exclusão na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), uma vez que o respectivo preço contratual ano (€ 3 483 020,00) era superior ao preço base (€ 1 600 000,00/ano).
- c) O fornecimento em causa foi adjudicado à empresa *Air Liquide Medicinal, S.A.*, por deliberação do Conselho de Administração do SESARAM, E.P.E., de 7 de Julho de 2009, tendo essa decisão sido notificada à adjudicatária em 14 de Julho seguinte.
- d) As partes outorgaram o correspondente contrato a 1 de Fevereiro de 2010, na sequência do que foi remetido, a esta Secção Regional, no dia imediato, para efeitos de sujeição a fiscalização prévia.
- e) Por força da cláusula 23.^a, ponto 1, alíneas d) e e), do programa do procedimento, a adjudicatária devia entregar, no prazo de 5 dias a contar da notificação da adjudicação (14 de Julho de 2009), entre outros, os seguintes documentos: *Declaração* de autorização de comercialização de gases medicinais e *Declaração* de autorização de distribuidores por grosso, nos termos do artigo 16.º da Deliberação 56/CD/2008, de 21 de Fevereiro, da Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P., abreviadamente designada por INFARMED, I.P..



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- f) No entanto, o processo de fiscalização prévia não foi instruído com a documentação comprovativa de que a empresa *Air Liquide Medicinal, S.A.*, possuía a *Autorização* de comercialização de gases medicinais, nem, tão pouco, a *Autorização* de distribuidores por grosso.
- g) A respectiva prova documental foi solicitada ao SESARAM, E.P.E., primeiramente em sede de verificação preliminar, e, mais tarde, face ao insucesso dessa diligência, pelo Despacho n.º 08/FP/2010, de 30 de Abril de 2010.
- h) Em cumprimento do citado Despacho, o SESARAM, E.P.E, remeteu, em anexo ao seu ofício n.º S. 1006476/5, de 31 de Maio último, cópia de um certificado de autorização de introdução no mercado referente a gás medicinal comprimido, no qual a data da concessão da autorização surge oculta.
- i) Todavia, a referida cópia vem acompanhada de um ofício da Direcção de Avaliação de Medicamentos do INFARMED, I.P., dirigido à *Air Liquide Medicinal, S.A.*, notificando-a de que, “(...) *por despacho de 26-05-2009, do (a) Senhor (a) Vice-Presidente deste Instituto (...) foi concedida a Autorização de Introdução no Mercado para o (s) medicamento (s) Keol, 20.66-22.83%, Gás medicinal comprimido constante (s) do (s) certificado (s) anexo (s) à presente notificação (...)*”.
- j) Remeteu igualmente cópia do documento relativo à *Autorização* de distribuidores por grosso de medicamentos de uso humano, concedida, em 20 de Maio de 2010, pelo INFARMED, I.P., limitada a gases medicinais.

II - O Direito

Em face dos factos relatados, questiona-se a legalidade do presente contrato posto que, no âmbito do concurso público que precedeu a sua celebração, os elementos analisados indiciam que a empresa *Air Liquide Medicinal, S.A.*, quer na data da notificação da decisão de adjudicação quer na data da outorga do contrato, não era titular da totalidade das habilitações exigidas nas peças do procedimento para fornecer os bens em causa.

Importa referir que, quando a lei impõe o concurso público, exige igualmente um programa de procedimento, onde a entidade adjudicante define os termos a que obedece o concurso que irá seguir, assim como um caderno de encargos, no qual serão estabelecidas as cláusulas jurídicas e técnicas, gerais e especiais, do contrato a celebrar. Trata-se, em ambos os casos, de documentos essenciais a qualquer concurso público, e dos quais deverá constar tudo aquilo que importe dar a conhecer aos concorrentes [cfr. os artigos 40.º, n.º 1, alínea b), 41.º e 42.º, todos do Código dos Contratos Públicos (CCP)].



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Deste modo, a entidade adjudicante formula, ela própria, no âmbito dos poderes que a lei lhe confere, as regras do concurso, às quais se auto-vincula e os particulares se submetem quando elaboram as suas propostas.

Daí que os requisitos de habilitação e de qualificação, aplicáveis à formação do contrato administrativo de aquisição de bens móveis e de serviços, que se encontram estabelecidos na lei, devam, em conformidade, sê-lo também nas peças do procedimento, tratando-se de condições gerais exigíveis a qualquer pessoa, singular ou colectiva, que pretenda contratar com o Estado ou com outras entidades adjudicantes.

Para o efeito, é de atender a que, *“No caso de se tratar de um procedimento de formação de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de um contrato de aquisição de serviços, o adjudicatário, para além dos documentos referidos no n.º 1, deve também apresentar o respectivo certificado de inscrição em lista oficial de fornecedores de bens móveis ou de fornecedores de serviços de qualquer Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu que revele a titularidade das habilitações adequadas e necessárias à execução das prestações objecto do contrato a celebrar”* - artigo 81.º, n.º 4, do CCP.

Especificamente no tocante aos bens em apreço, releva no ordenamento jurídico nacional o enquadramento fornecido pelo n.º 4 do artigo 149.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto (diploma que aprovou o regime jurídico dos medicamentos de uso humano), nos termos do qual *“A disciplina jurídica aplicável ao acondicionamento, primário ou secundário, à rotulagem, ao folheto informativo, à direcção técnica, ao transporte, à distribuição, à comercialização, ao fornecimento e à entrega domiciliária a doentes de gases medicinais é definida por regulamento do INFARMED.”*

Tal Regulamento, que consta em anexo à Deliberação n.º 56/CD/2008 do Conselho Directivo do INFARMED, I.P., dispõe no seu artigo 16.º, n.º 2, que *“Os gases acondicionados em cilindros só podem ser armazenados e distribuídos pelos distribuidores por grosso de medicamentos que disponham de autorização específica do INFARMED, I.P., para distribuição por grosso de gases medicinais.”*

Com mais detalhe, o artigo 19.º do mesmo Regulamento, sob a epígrafe *“regime de comercialização”*, estipula o seguinte:

“1 – A comercialização de gases medicinais só pode ser feita por fabricantes, titulares de autorização de introdução no mercado e distribuidores por grosso.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

2 – *As entidades identificadas no número anterior podem vender gases medicinais a entidades autorizadas à sua aquisição para revenda ou para administração. (...)*”

Ainda com interesse para a matéria em análise, o invocado Regulamento preceitua no artigo 20.º que *“Apenas as farmácias e as entidades que preenchem os requisitos estabelecidos no presente regulamento podem fornecer ou dispensar gases medicinais ao público.”*

Estamos, por conseguinte, perante requisitos impostos em normas próprias aplicáveis ao procedimento adjudicatório, como condição necessária do acesso à contratação pública de gases medicinais, e, por conseguinte, impeditiva de que a entidade adjudicante contrate com empresas que não disponham de autorizações comprovativas do reconhecimento público da sua capacidade e idoneidade para actuarem nesse domínio

E foi justamente a prova da titularidade da *Autorização* de introdução no mercado e da *Autorização* de distribuidores por grosso, imprescindíveis ao exercício da actividade onde se insere o fornecimento de gases medicinais posto a concurso, que o SESARAM, E.P.E, exigiu quando determinou a apresentação obrigatória dos documentos de habilitação referenciados na cláusula 23.ª, ponto 1, alíneas d) e e), do programa do procedimento, até ao 5.ª dia após a notificação da decisão de adjudicação, ocorrida a 14 de Julho de 2009.

Porém, os elementos do processo evidenciam que a *Autorização* de introdução no mercado de gás medicinal comprimido da firma *Air Liquide Medicinal, S.A.*, data de 26 de Maio de 2009, e que a *Autorização* de distribuidores por grosso lhe foi concedida em 20 de Maio de 2010, pelo INFARMED, I.P..

Por isso, com a notificação da decisão de adjudicação a 14 de Julho de 2009, a referida empresa, entretanto investida na qualidade de adjudicatária, só poderia apresentar, no prazo de 5 dias fixado no programa do procedimento, a *Autorização* de introdução no mercado de gás medicinal comprimido.

Tal, contudo, não obsteu à celebração do contrato a 1 de Fevereiro de 2010, deixando com isso implícita a ideia de que a adjudicatária apresentou todos os documentos de habilitação legal e regulamentarmente exigidos e necessários ao fornecimento dos bens em causa, incluindo, contra a verdade manifesta, o relativo à *Autorização* de distribuidores por grosso, atribuída pelo INFARMED, I. P., em 20 de Maio de 2010.

Esta factualidade remete para o regime do artigo 86.º do CCP (*Não apresentação dos documentos de habilitação*), na redacção do Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, e as consequências que do mesmo decorrem para o adjudicatário, muito particularmente a prevista na alínea a) do n.º 1, cujos termos estabelecem que a adjudicação caduca se, por



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

facto que lhe seja imputável, o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação “No prazo fixado no programa do procedimento”.

A letra do citado artigo 86.º, n.º 1, alínea a), prevê, assim, a possibilidade da adjudicação caducar por o adjudicatário não apresentar os documentos de habilitação no prazo fixado no programa do procedimento, uma vez que a lei exclui a hipótese de lhe ser concedido prazo para suprir a falta de uma qualquer habilitação integrante da capacidade jurídica para contratar (cfr. o n.º 3 do mesmo artigo 86.º).

No caso, um documento de habilitação, destinado a comprovar a titulação de uma autorização específica indicada no programa do concurso (a *Autorização* de distribuidores por grosso), não foi entregue no prazo fixado no programa para o efeito, com a agravante de que essa autorização, uma exigência fundamental não submetida à concorrência no procedimento, foi adquirida após a adjudicação e durante a execução do contrato.

Ora, num contexto onde releva a vinculação da entidade adjudicante ao regulamento do concurso e o dever associado de as respeitar, ou seja, a obrigatoriedade de adjudicar (ou não adjudicar) nos termos legal e regulamentarmente definidos, a assinatura do contrato nas condições descritas implicou a preterição das regras consagradas na cláusula 23.ª, ponto 1, alíneas d) e e), do programa do procedimento. E paira a dúvida de que o procedimento possa não ter tido a isenção e transparência que se esperava, sendo possível admitir que essa actuação ilegal favoreceu a empresa adjudicatária.

Nesta óptica, assente no respeito pelo quadro jurídico do concurso, o vício de violação de lei decorrente dessa situação fundamenta a recusa de visto no quadro da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, na medida em que o desrespeito pelas regras que enformam o procedimento é, em abstracto, passível de colidir com direitos e garantias de potenciais concorrentes e adulterar o resultado final do concurso.

Todavia, impõe-se ponderar que, a propósito da *Declaração* de distribuidores por grosso, o SESARAM, E.P.E., no seu ofício de 31 de Maio último, informou que a adjudicatária solicitou o licenciamento ao INFARMED, I.P., em 28 de Agosto de 2008, juntando prova desse facto, e que “O *Infarmed* só agora aprovou o modelo de autorização a emitir, pelo que não tinha sido atribuída a nenhuma empresa esta declaração.”

Em face deste quadro circunstancial, e tendo ainda em atenção a mera susceptibilidade da alteração do resultado financeiro do contrato agora sujeito a fiscalização prévia, o Tribunal considera adequado fazer uso da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Assim, o Tribunal de Contas **recomenda** ao SESARAM, E.P.E., que, futuramente, tenha presente que as habilitações, impostas pela lei e pelo regulamento do concurso, devem ser escrupulosamente respeitadas pela entidade adjudicante e iguais para todos os potenciais concorrentes.

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **conceder o visto** ao contrato em apreço, com a **recomendação expressa no final da parte II da presente** decisão.

São devidos emolumentos, no montante de € 4 102,24.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 22 de Junho de 2010.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Processo n.º 12/2010 – Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E..