



Mantido pelo acórdão nº 31/10, de 30/11/10,
proferido no recurso nº 01/10

ACÓRDÃO N.º 171/2009 - 04.Dez.2009 - 1ª S/SS

(Processo n.º 1615/2009)

DESCRITORES: Aquisição de Bens / Aquisição de Serviços / Central de Compras / Contratação Pública / Elemento Essencial / Entidade Adjudicante / Entidade Pública Empresarial / Fundamentação Legal / Norma Financeira / Nulidade / Protocolo / Recusa de Visto

SUMÁRIO:

1. Nos termos do art.º 260.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos (CCP), as entidades adjudicantes podem constituir centrais de compras para centralizar a contratação de empreitadas de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.
2. Podem assumir a função de centrais de compras quaisquer entidades, públicas ou privadas, as quais são consideradas como entidades adjudicantes para os efeitos previstos no CCP, sujeitas às regras da contratação pública no exercício da sua actividade.
3. A instituição do Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde, consubstanciando a criação de uma nova central de compras, extravasa o âmbito do disposto no n.º 3 do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, e carece de fundamento legal, violando o princípio da legalidade consagrado no art.º 3.º do Código do Procedimento Administrativo e no art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.
4. A obrigatoriedade da utilização do Sistema Comum de Compras para todos os estabelecimentos integrados no Serviço Nacional de Saúde,



independentemente da sua natureza jurídica, viola o disposto no art.º 10.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 200/2008, que só prevê a possibilidade de serem tornadas obrigatórias as aquisições efectuadas ao abrigo dos contratos públicos de aprovisionamento celebrados pela Administração Central do Sistema de Saúde (ACSS), o que não é o caso. Essa obrigatoriedade é, ainda, ilegal por, carecendo de fundamento legal, violar a autonomia decisória das entidades inseridas no sector empresarial do Estado.

5. As ilegalidades mencionadas traduziram-se na ausência de elementos essenciais exigidos por lei, e na prática de actos que não se contêm nas atribuições das entidades subscritoras do protocolo, o que configura nulidade nos termos do art.º 133.º, n.º 1 e n.º 2, al. b), do Código do Procedimento Administrativo.
6. 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.
7. A despesa inerente ao funcionamento do Sistema Comum de Compras é, ainda, ilegal, face ao disposto no art.º 42.º, n.º 6, al. a) da Lei n.º 91/2001, na redacção da Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto, que estabelece que nenhuma despesa pode ser autorizada sem que o facto gerador dessa obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis. Esta norma é de inquestionável natureza financeira.
8. A violação de normas financeiras constitui também fundamento de recusa de visto, nos termos da al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Conselheira Relatora: Helena Abreu Lopes



ACÓRDÃO N.º 171 /2009 -4.DEZ-1.ª S/SS

Processo n.º 1615/2009

1. A **Administração Central do Sistema de Saúde, IP**, doravante designada como **ACSS**, remeteu para fiscalização prévia o denominado “**Protocolo de Articulação entre Centrais de Compras**”, celebrado entre aquela entidade e o Agrupamento Complementar de Empresas **Somos Compras, ACE**.

2. DOS FACTOS

Além do referido em 1. e noutros pontos deste Acórdão, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por documentos constantes do processo:

- a) O protocolo foi precedido de autorização do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, proferida em 30 de Julho de 2009¹;
- b) O protocolo em análise foi outorgado em 30 de Julho de 2009;
- c) O protocolo foi celebrado ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, enquanto protocolo de articulação entre actividades de Centrais de Compras;
- d) A **ACSS** e o **Somos Compras, ACE** outorgam no protocolo na qualidade de centrais de compras, como tal reconhecidas pelo artigo 10º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei n.º 200/2008;
- e) O **Somos Compras, ACE** é a entidade gestora da unidade de serviços partilhados denominada “Central de Compras e Logística”, criada e instituída pelo **SUCH (Serviço de Utilização Comum dos Hospitais)** com o objectivo de centralizar, otimizar e racionalizar a aquisição de bens e serviços pelos seus associados²;
- f) Nos termos da cláusula 1ª do Protocolo, constitui objecto do mesmo a criação de um “**Sistema Comum de Compras**” (**SCC**) para o Serviço

¹ Cfr. fls. 6 dos autos.

² Cfr. Considerando B do protocolo.



Tribunal de Contas

Nacional de Saúde (SNS), suportando as Centrais de Compras da ACSS e do *Somos Compras*;

- g) De acordo com a mesma cláusula, esse “**Sistema Comum de Compras**” (SCC) é constituído pelos meios tecnológicos, logísticos e humanos da ACSS e do *Somos Compras*;
- h) O SCC será suportado numa **Plataforma Tecnológica Comum** de Contratação e Compras (PTC), que integra uma plataforma electrónica a disponibilizar aos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde para a realização das suas compras electrónicas³;
- i) A gestão estratégica do SCC cabe a uma **Comissão Conjunta** composta por um representante da ACSS e outro do *Somos Compras*, à qual compete acompanhar as actividades do SCC e emitir pareceres e recomendações⁴;
- j) Nos termos da cláusula 2ª do protocolo, à ACSS, enquanto Unidade Ministerial de Compras, caberá *coordenar e supervisionar* a actividade de compras no âmbito do SNS;
- k) À ACSS caberá também elaborar e aprovar (ou submeter à aprovação quando não disponha de competência para aprovar) propostas de procedimentos e/ou projectos de regulamentos para as actividades referidas na alínea seguinte, “*a fim de que possam ser aplicados vinculativamente a todos os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde*”.
- l) A *operação directa* do SCC caberá ao *Somos Compras, ACE*, ao qual competirá⁵:
- i. Gerir e manter a Plataforma Tecnológica Comum (PTC);
 - ii. Gerir a plataforma electrónica de contratação a disponibilizar aos serviços e estabelecimentos do SNS, mediante preçário devidamente aprovado;
 - iii. Organizar e manter um sistema de contratos públicos de aquisição de bens e serviços para as instituições do SNS;
 - iv. Divulgar pelos serviços e estabelecimentos do SNS os produtos e serviços objecto de contratação pela PTC;

³ Cfr. cláusula 1ª, nºs 4 e 5 do protocolo.

⁴ Cfr. cláusulas 1ª e 4ª do protocolo.

⁵ Cfr. cláusulas 1ª, 2ª e 3ª do protocolo.



- v. Proceder à aquisição agregada de bens e serviços para os serviços e estabelecimentos do SNS, nas modalidades consideradas mais adequadas em articulação com a ACSS;
 - vi. Desenvolver os procedimentos prévios aos contratos públicos para o sector da saúde, da competência da ACSS e do *Somos Compras*;
 - vii. Gerir os contratos públicos de aprovisionamento já celebrados pela ACSS;
 - viii. Promover o desenvolvimento de processos de contratação electrónica;
 - ix. Levar a cabo a compra efectiva de bens e serviços, quando determinado pelo Membro do Governo competente do Ministério da Saúde;
 - x. *“Optar pelo modelo de contratação que lhe parecer mais adequado à satisfação das necessidades de aprovisionamento manifestadas pelos serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde, com cumprimento das regras legais e regulamentares aplicáveis”*;
- m)** Nos termos da cláusula 2ª, n.º 5, para efeitos das actividades que cabem ao *Somos Compras*, a ACSS confere ao *Somos Compras* os necessários poderes para agir em seu nome e representação;
- n)** Serão afectos às actividades do *SCC* geridas pelos *Somos Compras* duas trabalhadoras da ACSS⁶;
- o)** A PTC é constituída pela actual plataforma tecnológica do *Somos Compras*, a qual será desenvolvida com vista a suportar as actividades incluídas no protocolo⁷;
- p)** A utilização do sistema informático designado por “CAT@LOGO”, incluindo o equipamento informático e os programas que lhe estão afectos é assegurada pela *Somos Compras*⁸;
- q)** Para efeitos de comparticipação no custo da PTC já em funcionamento e no seu desenvolvimento, a ACSS pagará ao *Somos Compras* a quantia de **4.872.000,00 €** (quatro milhões, oitocentos e setenta e dois mil euros)⁹;

⁶ Cfr. cláusula 6ª, n.º 1, e Anexo I ao protocolo.

⁷ Cfr. cláusulas 2ª, n.º 4, do protocolo.

⁸ Cfr. cláusula 6ª, n.º 2, do protocolo.

⁹ Cfr. cláusula 7ª.



- r) A ACSS suportará ainda os custos efectivos com a adaptação do sistema informático “CAT@LOGO” às alterações legislativas decorrentes da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, até ao valor máximo de **73.500 €** (setenta e três mil e quinhentos euros)¹⁰;
- s) Na Memória Justificativa subscrita pelo Presidente do Conselho Directivo da ACSS, junta a fls. 3 a 5 dos autos, refere-se:

“(...) Nos termos n.º 1 do artigo do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, este Instituto e o Somos Compras, ACE, agrupamento complementar de empresas, foram considerados centrais de compras públicas do sistema de saúde pelo Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, para os efeitos nesse diploma estipulados, devendo a articulação entre as actividades de ambas ser efectuada por protocolo, nos termos do artigo 10º deste diploma.

*A ideia de articulação pressuposta no diploma legal visa evitar a dispersão ou sobreposição de actuações sem benefícios no contexto das entidades adjudicantes. Assim, a ACSS e o Somos Compras consideraram que a melhor solução de articulação passava por colocar em comum um conjunto de meios que realizassem a função de compra comum para o universo do Serviço Nacional de Saúde. Esta opção de articulação transforma o Protocolo de Articulação como o **verdadeiro instrumento de instituição da Central de Compras do SNS**.¹¹*

*A articulação a que se refere o n.º 3 do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, nos termos apontados tornou evidente que a existência de um serviço de compras partilhado deve assentar numa **estrutura tecnológica e logística conjunta**¹², sem perda de uma orientação comum garantida pela ACSS.”*

- t) No Despacho n.º 18628/2009, publicado no *Diário da República*, 2ª Série, n.º 155, de 12 de Agosto de 2009, o Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, estabeleceu, designadamente, o seguinte:

“(...) justifica-se a criação de um Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde, utilizando o protocolo de

¹⁰ Idem.

¹¹ Sublinhado nosso.

¹² Idem.



articulação entre a ACSS e o Somos Compras, ACE¹³, o qual disponibiliza uma infra-estrutura comum para as compras de bens específicos do sector da saúde.

(...) deve ser iniciada a aquisição centralizada com determinados bens e serviços. Esta aquisição no contexto do Sistema Comum de Compras deve ser obrigatória para todos os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde.

Assim, determino:

- 1- A instituição de um Sistema Comum de Compras (SCC), no âmbito da articulação entre as centrais de compras do sector da saúde previsto no Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, com recurso a uma plataforma tecnológica comum de compras criada e operada pelas Centrais de Compras da Administração Central do Sistema de Saúde, IP (ACSS) e Somos Compras, ACE.*
- 2- O Sistema Comum de Compras tem por objectivos:*
 - a) A gestão dos contratos públicos de aprovisionamento da área da saúde;*
 - b) A condução dos procedimentos de aquisição dos bens e serviços da área da saúde, o que inclui a execução de todos os procedimentos prévios à contratação, bem como a adjudicação das propostas em representação das entidades do Serviço Nacional de Saúde;*
 - c) A compra efectiva de bens e serviços da área da saúde em nome do Somos Compras, ACE, para posterior disponibilização às entidades do sector, sempre que esta actuação revele benefícios económicos para o SNS;*
- 3- No âmbito do SCC, cabe à ACSS, enquanto unidade ministerial de compras, coordenar e supervisionar a actividade de compras no âmbito do SNS, enquanto o Somos Compras, ACE, assume a responsabilidade dos procedimentos necessários à operação.*
- 4- As aquisições das categorias de bens e serviços para os quais exista ou venha a existir um contrato público de aprovisionamento celebrado pela ACSS ou pelo Somos*

¹³ Sublinhado nosso.



Compras são obrigatoriamente efectuados através do Sistema Comum de Compras¹⁴ (...).

5- *A obrigatoriedade a que se refere o número anterior abrange todos os estabelecimentos e serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde, independentemente da sua natureza jurídica¹⁵ (...).*

6- (...).

7- *É vedado às entidades compradoras mencionadas no n.º 5 proceder à abertura de procedimentos de aquisição e a renovações contratuais relativas a bens e serviços abrangidos por contratos públicos de aprovisionamento celebrados pela ACSS, à medida que os procedimentos de contratação respectivos fiquem concluídos no Somos Compras ou transitem da ACSS¹⁶.*

8- *As entidades referidas no n.º 5 devem colaborar com o SCC, designadamente:*

a) Fornecendo as previsões de consumo anuais e demais informação sobre as compras efectivamente realizadas;

b) Realizando as aquisições de bens móveis ou serviços decorrentes de cada contratação centralizada pelo SCC, relativamente às quantidades e especificações por elas indicadas previamente e às quais ficam vinculadas;

(...)”

u) Instada a juntar aos autos cópia do acto constitutivo do *Somos Compras*, ACE, a ACSS juntou documentos a fls. 38 e seguintes dos autos.

v) Do contrato constitutivo consta que o Agrupamento Complementar de Empresas foi criado com a seguinte composição:

“A participação de cada um dos membros do Agrupamento será, para todos os efeitos, a seguinte:

Categoria (A)

a) Hospital de Santa Maria, EPE.....3%

b) Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE.....3%

¹⁴ Idem

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.



c) Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE.....3%

Categoria (B)

d) SUCH- Serviço de Utilização Comum dos Hospitais...86%

e) SGG- Serviços Gerais de Gestão, SA.....5%”

- w) Nos termos do artigo 7º do contrato constitutivo, a Assembleia-Geral do ACE pode deliberar a entrada de novos membros no Agrupamento;
- x) Da certidão do registo comercial, junta a fls. 74 e seguintes do processo, consta que a posição da SGG- Serviços Gerais de Gestão, SA, foi transmitida, em 17 de Março de 2009, a favor do SUCH, o qual ficou com uma participação de 91% no ACE.
- y) Do contrato constitutivo consta, em artigo 2º, que o ACE tem o seguinte objecto:

“Artigo 2º

Objecto

- 1- *O Agrupamento tem por objecto principal a implementação e operação para o Agrupado SUCH - Serviço de Utilização Comum dos Hospitais de uma estrutura capaz de centralizar, otimizar e racionalizar a aquisição de bens e serviços por prestadores de cuidados de saúde e disponibilizar serviços de compras e logísticas aos mesmos prestadores, visando a melhoria da eficiência dos Agrupados e dos associados do SUCH - Serviço de Utilização Comum dos Hospitais.*
- 2- *O Agrupamento terá ainda por fim acessório a realização e a partilha de lucros entre os seus membros.”*

3. DAS CENTRAIS DE COMPRAS

Nos termos do artigo 260º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, doravante designado como CCP, as entidades adjudicantes podem constituir centrais de compras para *centralizar* a contratação de empreitadas de obras



públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

Tal como se estabelece no artigo 261.º do CCP, as principais actividades das centrais de compras residem na:

- Adjudicação de propostas de aquisição, a pedido e em representação das entidades adjudicantes;
- Locação ou aquisição de bens destinados a entidades adjudicantes, por forma a promover o agrupamento de encomendas;
- Celebração de acordos quadro¹⁷, prevendo a posterior celebração de contratos de compra.

As referidas centrais de compras, de acordo com o n.º 2 do artigo 260º, podem ser exclusivamente destinadas a um determinado sector de actividade.

O n.º 3 do referido artigo estabelece que a constituição das centrais de compras se rege por diploma próprio.

Em cumprimento deste preceito legal, foi publicado o Decreto-Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, que estabeleceu o regime jurídico aplicável à constituição, estrutura orgânica e funcionamento das centrais de compras.

No artigo 2º deste Decreto-Lei definiram-se as *centrais de compras* como os *sistemas de negociação e contratação centralizados*, destinados à aquisição de um conjunto padronizado de bens e serviços ou à execução de empreitadas de obras públicas, *em benefício das entidades adjudicantes* referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2º do Código dos Contratos Públicos.

O mesmo artigo, nos seus n.ºs 2 e 3, afirma que podem assumir a função das centrais de compras quaisquer entidades, *públicas ou privadas*, as quais serão consideradas como entidades adjudicantes para os efeitos previstos no CCP.

A primeira conclusão a reter é a de que, *qualquer que seja a natureza da entidade a quem é atribuída a função de central de compras, ela fica sujeita, no exercício da sua actividade, às regras de contratação pública*.

Isso mesmo era imposto pelo disposto no artigo 261º, n.º 2, do CCP e no artigo 11º, n.º 2, da Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

¹⁷ Designados como contratos públicos de aprovisionamento.



Mas como podem as entidades adjudicantes *constituir centrais de compras*?

O artigo 5º do Decreto-Lei n.º 200/2008 estipula que o acto constitutivo das centrais de compras pelas entidades adjudicantes deve respeitar a *forma* e a publicidade exigíveis pela lei aplicável e que sejam adequadas à natureza jurídica da respectiva entidade gestora.

Como refere Mário Esteves de Oliveira, em *Direito Administrativo, Vol. I*, Almedina, quando se fala no elemento *forma* do acto administrativo, não se tem em mente apenas o modo por que se manifesta a vontade do seu autor, mas também o modo ou o processo através do qual essa vontade se forma, o qual integra as formalidades que preparam uma decisão administrativa e se inserem no respectivo procedimento prévio.

Assim, a constituição de centrais de compras deve respeitar os requisitos de procedimentação prévia inerentes à natureza jurídica do acto e da entidade gestora.

Ora, daqui resulta que *quando se pretenda atribuir a função de central de compras a um operador económico privado, há que aplicar, à sua selecção, as normas que regem a contratação pública*.

Isto porque essa atribuição envolve uma aquisição de serviços, porque essa aquisição é feita a uma entidade “gestora” de natureza privada e porque a lei aplicável às aquisições de serviços a entidades privadas por organismos de direito público é a lei da contratação pública, que impõe procedimentos de selecção dos co-contratantes.

Este procedimento é estabelecido, de forma muito clara, no n.º 4 do artigo 6º do Decreto-Lei n.º 200/2008, para a entrega da gestão de actividades de centrais de compras a “terceiros”, e deve ser aplicado à selecção da própria entidade gestora, salvo quando a natureza dessa entidade não o exigir.

Esta exigência é um requisito de forma previsto no referido artigo 5º e é, além do mais, imposta pelos princípios constitucionais da igualdade, imparcialidade e concorrência, tal como plasmados nos artigos 266º, n.º 2, e 81º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (CRP), e nos artigos 4º, n.º 1, e 12º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE).

Isto porque existe um universo abstracto de entidades aptas a desenvolver a actividade de central de compras, porque os valores e as condições envolvidas constituem um negócio potencialmente interessante tanto para empresas nacionais como para empresas situadas noutro Estado-Membro, porque não se pode favorecer uma dessas entidades em detrimento de todas



as outras e porque o respeito por aqueles princípios pressupõe que se dê oportunidade aos vários operadores económicos de manifestar o seu interesse na contratação, através da publicidade adequada.

No que respeita ao Estado, o diploma que vimos referindo estabelece que, para além das centrais de compras definidas no Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, (*Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP)* e *Unidades Ministeriais de Compras (UMC)*) e das referidas no artigo 10º (*ACSS* e *Somos Compras*), o Estado só pode criar outras centrais de compras em casos excepcionais e mediante:

- Proposta da Comissão Interministerial de Compras;
- Autorização prévia do Membro do Governo responsável pela área das Finanças e do Membro do Governo responsável pelo respectivo Sector;
- Estudo prévio sobre a necessidade, viabilidade económico-financeira e vantagens da criação da central de compras e sobre a sua conformidade com o regime legal aplicável.

4. DAS CENTRAIS DE COMPRAS DO SISTEMA DE SAÚDE

O artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008 estabeleceu o seguinte:

“Artigo 10º

Centrais de compras do sistema de saúde

1-Para efeitos do presente decreto-lei, a unidade ministerial de compras assegurada pela Administração Central do Sistema de Saúde, IP (ACSS), criada pelo Decreto-Lei n.º 219/2007, de 29 de Maio, e o agrupamento complementar de empresas Somos Compras, ACE, autorizado por despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde, são considerados centrais de compras.

2- Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de Fevereiro, as aquisições a efectuar ao abrigo de contratos públicos de aprovisionamento celebrados pela ACSS podem ser tornadas obrigatórias, por despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde, para todos os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde.



3- *A articulação entre as actividades das centrais de compras a que se refere o n.º 1 cabe à ACSS, mediante a celebração de protocolo.*”

Esta norma suscita, desde logo, problemas quanto à sua conformação com o quadro jurídico-constitucional e jurídico-comunitário acima referido, ao eleger directamente o ACE *Somos Compras* como central de compras do sistema de saúde.

Isto porque estamos perante um Agrupamento Complementar de Empresas, regido pelo Código das Sociedades Comerciais, com uma natureza privada¹⁸, em que a maioria da participação pertence ao SUCH, que é também uma pessoa colectiva de direito privado¹⁹.

Na sua configuração inicial fazia mesmo parte do ACE uma empresa privada, a SGG - Serviços Gerais de Gestão, SA²⁰, do universo Deloitte, com direito a um Administrador Executivo²¹.

Não obstante esta empresa ter cedido, entretanto, a sua posição ao SUCH, nada nos estatutos impede que o ACE venha a ser participado por outras empresas privadas.

Por outro lado, como consta da alínea y) do probatório, a realização de lucro faz parte do objecto social do ACE.

Assim, a designação pela lei do *Somos Compras* como central de compras sem a realização de um procedimento concursal prévio consubstancia um tratamento diferenciado a seu favor, favorecendo um operador económico relativamente a outras entidades potencialmente interessadas em exercer a função de central de compras e ofende os acima referidos princípios constitucionais e comunitários da igualdade, imparcialidade e concorrência.

Mas, como veremos, o protocolo em apreciação não é, sequer, conforme com as normas legais referidas.

¹⁸ Quando questionada sobre o regime jurídico aplicável ao *Somos Compras*, ACE os próprios serviços responderam: “O *Somos Compras* é um ACE sujeito às regras de direito privado aplicáveis”- cfr. fls. 86.

¹⁹ Cfr. Acórdãos n.ºs 143/2009- 22.JUL- 1ªS/SS, 159/2009-29.Out-1ªS/SS e 167/09-20.Nov-1ªS/SS.

²⁰ Que desenvolveu a plataforma informática do *Somos Compras*.

²¹ Cfr. fls. 56.



5. DA CRIAÇÃO DO SISTEMA COMUM DE COMPRAS PARA O SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE

Como se infere do exposto nas alíneas f) a t) do ponto 2 deste Acórdão, o protocolo ora submetido a fiscalização prévia, em conjunto com o Despacho n.º 18628/2009, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, cria o *Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde (SCC)*.

Este sistema agrega as duas centrais de compras criadas pelo artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008, sendo composto pelos meios tecnológicos, humanos e logísticos de ambas. No sistema definem-se para a ACSS apenas funções de coordenação e supervisão e para o *Somos Compras* todas as responsabilidades operacionais, incluindo o desenvolvimento dos procedimentos de aquisição, a adjudicação e a eventual contratação.

Como se refere na “*Memória Justificativa*” a que alude a alínea s) da matéria de facto, o protocolo é um *verdadeiro instrumento de instituição da Central de Compras do SNS*.

Assim, ao abrigo de uma habilitação legal que apenas previa a celebração de protocolo para *articular as actividades* da ACSS e do *Somos Compras* (o n.º 3 do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008, acima transcrito), pretende verdadeiramente criar-se uma *nova central de compras*.

De facto, como decorre do n.º 2 do Despacho n.º 18628/2009²², o SCC tem como objectivos exactamente as actividades que, nos termos dos artigos 10º, n.º 1, da Directiva 2004/18/CE, 261º, n.º 1, do CCP e 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 200/2008, competem às *centrais de compras*: desenvolvimento de procedimentos de aquisição, adjudicação de propostas em representação das entidades adjudicantes, compra efectiva de bens e serviços em representação das entidades adjudicantes e contratação e gestão de contratos públicos de aprovisionamento.

Considera-se, pois, que a instituição do *Sistema Comum de Compras para o Serviço Nacional de Saúde*, consubstanciando a criação de uma nova central de compras, extravasa o âmbito do disposto no n.º 3 do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008 e carece de fundamento legal, violando o princípio da legalidade consagrado no artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo e no artigo 266º, n.º 2, da Constituição.

Como vimos no ponto 3, o Decreto-Lei n.º 200/2008 permite que o Estado crie novas centrais de compras, mas só pode fazê-lo em casos

²² Cfr. alínea t) do probatório.



excepcionais, na sequência de um estudo prévio sobre a necessidade, viabilidade económico-financeira e vantagens da sua criação e sobre a sua conformidade com o regime legal aplicável, sob proposta da Comissão Interministerial de Compras e mediante autorização do Membro do Governo responsável pela área das Finanças e do Membro do Governo responsável pelo respectivo Sector.

Estes elementos não se mostram assegurados.

A falta de fundamento legal e dos elementos referidos traduz-se na ausência de elementos essenciais exigidos por lei para a criação de uma central de compras, o que configura nulidade nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

6. DA OBRIGATORIEDADE DA AQUISIÇÃO ATRAVÉS DO SISTEMA COMUM DE COMPRAS DO SNS

Por força dos n.ºs 4 e 5 do Despacho n.º 18628/2009²³ e da cláusula 2ª, n.º 3, do protocolo em apreciação²⁴, todos os estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde, *independentemente da sua natureza jurídica*, terão *obrigatoriamente* de efectuar as suas aquisições através do Sistema Comum de Compras, para as categorias de bens e serviços para os quais exista ou venha a existir um contrato público de aprovisionamento celebrado pela ACSS *ou pelo Somos Compras*.

No contexto do n.º 3 da cláusula 2ª do protocolo equaciona-se mesmo a aplicação vinculativa a esses estabelecimentos e serviços das restantes actividades do SCC, como seja o caso da aquisição centralizada.

Ora, essa obrigatoriedade carece de fundamento legal, já que extravasa o disposto no artigo 10º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 200/2008, acima transcrito.

De facto, este preceito legal estipulou que poderiam ser tornadas obrigatórias para os serviços e estabelecimentos do SNS tão só as *aquisições a efectuar ao abrigo dos contratos públicos de aprovisionamento celebrados pela ACSS*.

Deste modo, o artigo 10º em referência, não obstante ter reconhecido a qualidade de central de compras ao *Somos Compras, ACE*, não previu a possibilidade de tornar obrigatório o recurso a essa central de compras, nos

²³ Idem.

²⁴ Cfr. alínea k) do ponto 2.



mesmos termos em que o previu para a central de compras ACSS. Nem tão-pouco o previu para outras centrais de compras, como é o caso do SCC.

Esta diferença não pode ser ignorada nem deve ser defraudada.

A pretexto de uma suposta “*articulação entre as actividades das centrais de compras*”, não pode tornar-se obrigatório aquilo que o legislador não quis que o fosse.

Efectivamente, ao transformar-se o *Somos Compras* na única entidade operacional do SCC, que assegura todos os procedimentos de selecção, adjudicação, aquisição e contratação, incluindo a contratação e gestão dos acordos quadro, e sendo a ACSS apenas uma entidade de coordenação e supervisão do sistema, pretende instituir-se em regra absoluta aquilo que o legislador expressamente excluiu: a obrigatoriedade do recurso à central de compras *Somos Compras*, ainda que através do SCC.

No n.º 7 do Despacho n.º 18628/2009 diz-se mesmo o contrário daquilo que se estabeleceu no n.º 2 do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008: à medida que os processos de contratação transitem da ACSS para o *Somos Compras*, fica vedado às entidades do SNS proceder à abertura de procedimentos de aquisição e a renovações contratuais relativas a bens e serviços abrangidos por contratos públicos de aprovisionamento celebrados pela ACSS.

Quanto à centralização de compras, nada é previsto no artigo 10º do Decreto-Lei n.º 200/2008 que autorize a respectiva obrigatoriedade.

Assim, ao já referido favorecimento do *Somos Compras*, ACE, operado pelo legislador através da sua designação como central de compras, acresce a ilícita situação de monopólio que, a seu favor, seria constituída pelo protocolo submetido a visto e pelo Despacho n.º 18628/2009.

Em termos práticos, de acordo com estes instrumentos, e a partir de agora, todas as compras das entidades do SNS seriam obrigatoriamente feitas através deste ACE.

Questionada sobre esta matéria, a ACSS, entidade que requereu o visto a este Tribunal, alegou²⁵:

“No reconhecimento de que à ACSS estão atribuídas competências muito específicas, designadamente enquanto unidade ministerial de compras para os estabelecimentos do SNS, conforme a sua Lei Orgânica publicada ao abrigo do Decreto-Lei n.º 219/2007, de 29 de Maio, e tendo em consideração, ainda, o disposto no n.º 2 do Decreto-

²⁵ Cfr. ofício n.º21264, de 3 de Dezembro de 2009, a fls. 84 e seguintes.



Tribunal de Contas

Lei n.º 200/2008, de 9 de Outubro, o Protocolo submetido a visto estabelece expressamente no n.º 3 da Cláusula 2ª que, apesar de nele serem atribuídas ao Somos Compras actividades de carácter operacional, recai na ACSS a aprovação ou a submissão a aprovação, no caso em que a competência caiba a outras entidades ou a membros do Governo, de propostas de procedimento ou de projectos de regulamento, a fim de que possam ser aplicados vinculativamente a serviços e estabelecimentos do SNS.

No âmbito do Protocolo, o objectivo da disposição referida no parágrafo anterior é salvaguardar, se necessário for, as funções ou competências, que legalmente estão na esfera da ACSS ou de outras entidades, designadamente o Governo, sublinhando o carácter meramente operacional e instrumental do Somos Compras.

Assim, não se verifica, por força do Protocolo, qualquer possibilidade de tornar vinculativo para os serviços do SNS o recurso ao “Somos Compras”, uma vez que qualquer vinculariedade resultará não do Protocolo mas de decisão da ACSS ou de outra entidade que para tanto tenha competência; sendo ainda certo que tal vinculariedade não será nunca de recurso aos serviços do Somos Compras mas sim aos do Sistema Comum de Compras.”

Das palavras transcritas resulta claro que a intervenção da ACSS é uma mera intervenção formal de intermediação para garantir a obrigatoriedade a que nos vínhamos referindo.

Ora, ou essa obrigatoriedade é entendida como resultando na obrigatória utilização dos serviços do *Somos Compras* ou, como se invoca, na obrigatória utilização dos serviços do *Sistema Comum de Compras*.

Em ambos os casos essa obrigatoriedade viola frontalmente o disposto no artigo 10º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 200/2008, que não prevê a possibilidade de serem tornadas obrigatórias as aquisições efectuadas através de qualquer uma destas centrais de compras (*Somos Compras* ou *SCC*).

A obrigatoriedade da utilização do SCC para todos os estabelecimentos e serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde, *independentemente da sua natureza jurídica*, estabelecida no n.º 5 do Despacho n.º 18628/2009 e no n.º 3 da cláusula 2ª do protocolo é ainda ilegal por, carecendo de



fundamento legal, violar a autonomia decisória das entidades inseridas no sector empresarial do Estado.

Nos termos do artigo 7º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 212/2006, de 27 de Outubro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 234/2008, de 2 de Dezembro, “[i]ntegram o Serviço Nacional de Saúde todas as entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, designadamente os estabelecimentos hospitalares, independentemente da sua designação, as unidades locais de saúde e os centros de saúde e seus agrupamentos”.

Como é sabido, o Serviço Nacional de Saúde integra várias entidades públicas empresariais (EPEs)²⁶, nomeadamente hospitais, que se inserem no sector empresarial do Estado e às quais se aplica o regime jurídico do sector empresarial do Estado (RJSEE) constante do Decreto-Lei n.º 558/99, na redacção do Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

O estabelecimento de uma obrigatoriedade como a que vimos referindo para as entidades públicas empresariais do SNS traduz-se numa decisão de gestão.

Ora, por um lado, inexistente norma legal expressa que a autorize²⁷ ou que a integre ou permita no âmbito dos poderes de superintendência do Estado²⁸.

Por outro lado, essa decisão não se enquadra, nem formal nem substancialmente, nos poderes de orientação previstos no artigo 11.º do RJSEE (que contemplam orientações e recomendações, mas não ordens nem decisões de gestão) ou nos poderes de tutela definidos no artigo 29º do mesmo diploma.

7. DAS ILEGALIDADES VERIFICADAS E DA RESPECTIVA RELEVÂNCIA

Vimos já nos pontos anteriores que o protocolo em apreço é ilegal por:

- Sendo um instrumento de criação de uma nova central de compras, carecer de fundamento legal e de observância das formalidades essenciais para o efeito;

²⁶ Cfr., designadamente, o Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e respectivo Anexo II.

²⁷ Que já vimos não poder ser o artigo 10º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 200/2008.

²⁸ Os poderes de *superintendência* são os que, em cada caso, resultarem da lei. De qualquer modo, os poderes de superintendência distinguem-se dos poderes de direcção hierárquica, porquanto enquanto estes permitem ao superior dar ordens, aqueles só permitem a emissão de directrizes ou recomendações. Sobre o conteúdo dos poderes de superintendência vd, designadamente, o Parecer n.º 141/89, da Procuradoria Geral da República.



- Não dispor de fundamento legal, enquanto instrumento do estabelecimento da obrigatoriedade de recurso por todos os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde ao Sistema Comum de Compras (SCC), uma vez que extravasa o disposto no artigo 10º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 200/2008 e viola o regime das entidades públicas empresariais (Decreto-Lei n.º 558/99, na redacção do Decreto-Lei n.º 300/2007).

Estas ilegalidades traduzem-se na ausência de elementos essenciais exigidos por lei e consubstanciam, ainda, a prática de actos que não se contêm nas atribuições das entidades subscritoras do protocolo (*ACSS, IP e Somos Compras, ACE*).

Configuram, assim, nulidades nos termos do artigo 133.º, n.º 1, e n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo

Acresce que o protocolo em apreciação consubstancia uma elevada despesa pública, a título de preço a pagar ao *Somos Compras* pela utilização da Plataforma Comum de Compras, que suportará o *Sistema Comum de Compras*²⁹.

Nos termos do artigo 42º, nº 6, alínea a), da Lei nº 91/2001, na redacção da Lei nº48/2004, de 24 de Agosto, nenhuma despesa pode ser autorizada sem que o facto gerador dessa obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis.

Esta disposição legal é de clara natureza financeira.

Ora, atenta a constatada ilegalidade da criação do *Sistema Comum de Compras*, é também ilegal, face ao disposto no preceito legal referido, a autorização de qualquer despesa inerente ao respectivo funcionamento.

A despesa envolvida no protocolo em referência viola, pois, aquela norma financeira.

A nulidade é fundamento de recusa de visto, como estabelece a alínea a) do nº 3 do artigo 44º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

A violação de normas financeiras é também fundamento de recusa de visto, nos termos da alínea b) do nº 3 do mesmo artigo.

²⁹ Cfr. alíneas o), p), q) e r) do ponto 2.



8. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao protocolo acima identificado.

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

Lisboa, 4 de Dezembro de 2009

Os Juízes Conselheiros,

Helena Abreu Lopes (Relatora)

João Figueiredo

António Santos Soares

O Procurador-Geral Adjunto
(Daciano Pinto)