



ACÓRDÃO Nº 29/2010 - 16/07 – 1ª SECÇÃO/SS

PROCESSO Nº 574/2010

I. DESCRITORES:

- Caracterização dos Contratos;
- Da inadequação do procedimento utilizado;
- Rejeição do apelo a modalidades de emprego público;
- Ilegalidades verificadas e respectivas consequências.

II. SUMÁRIO:

1.

A qualificação dos contratos apoia-se menos na respectiva denominação ou configuração formal e mais no circunstancialismo que os envolve e, bem assim, nos objectivos que se propõem realizar.

Na esteira de tal critério, o contrato em apreço deve denominar-se “*contrato de aquisição de serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem*”;

2.

Nos termos do Anexo II-B, da Directiva n.º 2004/18/CE, o fornecimento de pessoal de enfermagem não configura a prestação de algum serviço de saúde ou de carácter social [vd. nomenclatura CPU-Directiva n.º 2004/18/CE;



3.

«*In casu*», aliando a qualificação normativa inscrita em legislação comunitária à materialidade do objecto do contrato sob apreciação, não se nos depara a aquisição dos serviços de saúde constantes do Anexo II-B, da Directiva n.º 2004/18/CE.

E, conseqüentemente, tal contrato não se mostra abrangido pela excepção contida no art.º 5.º, n.º 4, al. f), do Código dos Contratos Públicos;

4.

As entidades que integram o Serviço Nacional de Saúde e incluídas no sector público administrativo só podem recorrer à celebração dos contratos de aquisição de serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem na estrita observância do disposto no art.º 35.º, da Lei n.º 12-A/2008, de 27.2;

Ou seja, tais contratos de prestação de serviços, ainda segundo aquela regra e diploma legal [vd. n.º 2, al. a) e n.º 3, do art.º 35.º], só podem ser celebrados para a execução de trabalho não subordinado, limitando-se, ainda, tal contratação às modalidades de tarefa ou avença;

5.

Atento o modo de exercício da actividade pelo pessoal de enfermagem no âmbito dos Centros de Saúde [subordinação a horários e à disciplina e direcção implementadas pela entidade contratante], o correspondente contrato de aquisição de serviços de pessoal de enfermagem [agora sob fiscalização prévia] não configura as modalidades de tarefa ou avença;



Tribunal de Contas

6.

Sendo aplicável a Parte II do Código dos Contratos Públicos à formação do presente contrato e considerado o valor [€ 452 293,60] deste, impunha-se o apelo ao concurso público ou limitado por prévia qualificação [vd. art.º 20.º, n.º 1, als. a) e b) e n.º 3, do *C.C.P.*], facto que não ocorreu;

7.

A ausência de concurso [obrigatório no caso em apreço] e a celebração de contratos de prestação de serviços sem a necessária observância dos requisitos previstos no art.º 35.º, n.º 2, da Lei n.º 12-A/2008, **geram a nulidade** da adjudicação e dos instrumentos contratuais mencionados [vd. art.ºs 133.º, n.º1, do C.P.A. e 36.º, n.º 1, da Lei n.º 12-A/2008];

E, daí, a recusa do Visto.

O Conselheiro Relator: Alberto Fernandes Brás



Mantido pelo acórdão nº 27/10, de 26/10/10,
proferido no recurso nº 16/10

ACÓRDÃO Nº29/10 – 16 JUL-1ª S/SS

Processo nº 574/2010

I. RELATÓRIO

A *Administração Regional de Saúde do Algarve, I.P.* (doravante designada por ARS Algarve) remeteu a este Tribunal, para fiscalização prévia, o denominado contrato de “**Serviços de Enfermagem para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, I.P.**”, celebrado, em 1 de Abril de 2010, entre aquela entidade e:

- A *Helped – Prestações de Serviços de Saúde, Lda.*, pelo preço de € 452.293,60, isento de IVA, de acordo com a programação e os locais previstos no Anexo I ao contrato: UCSP Almansil/Boliqueime; UCSP Faro; UCSP Loulé; UCSP Quarteira; SUB Albufeira; SUB Loulé; Cons. Recurso/SAG Tavira; SUB/SAG VRSA; CS Aljezur; CS Lagoa; CS Lagos; CS Portimão; CS Silves e CS Vila do Bispo.

II. DOS FACTOS

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



a) As cláusulas contratuais do contrato celebrado estipulam o seguinte, com relevância para o respectivo objecto contratual:

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

– Anexo I:

Necessidade de Serviços de Enfermagem para os ACES da ARS Algarve

Local da Prestação	Periodicidade Semanal	N.º de Horas Semanais	Total Máximo de Horas Anuais Previstas
<i>UCSP Almansil/Boliqueime</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>105</i>	<i>4.620</i>
<i>UCSP Faro</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>70</i>	<i>3.080</i>
<i>UCSP Loulé</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>35</i>	<i>1.540</i>
<i>UCSP Quarteira</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>35</i>	<i>1.540</i>
<i>SUB Albufeira</i>	<i>Todos os dias</i>	<i>70</i>	<i>3.080</i>
<i>SUB Loulé</i>	<i>Todos os dias</i>	<i>70</i>	<i>3.080</i>
<i>Cons. Recurso/SAG Tavira</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>50</i>	<i>2.200</i>
<i>SUB/SAG VRSA</i>	<i>Todos os dias</i>	<i>140</i>	<i>6.160</i>
<i>CS Aljezur</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>35</i>	<i>1.540</i>
<i>CS Lagoa</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>105</i>	<i>4.620</i>
<i>CS Lagos</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>70</i>	<i>3.080</i>
<i>CS Portimão</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>140</i>	<i>6.160</i>
<i>CS Silves</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>35</i>	<i>1.540</i>
<i>CS Vila do Bispo</i>	<i>Dias úteis</i>	<i>70</i>	<i>3.080</i>
<i>TOTAL</i>		<i>1.030</i>	<i>45.320</i>



”

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

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

- Cláusula 5.^a: “*1. Pelo fornecimento dos bens objecto do contrato o Primeiro Outorgante pagará ao Segundo Outorgante o valor total de 452.293,60 € (...).*
2. O preço referido no número anterior inclui todos os custos, encargos e despesas cuja responsabilidade não esteja expressamente atribuída ao contraente público, nomeadamente os relativos à afectação de recursos humanos, despesas de alojamento, alimentação e deslocação, despesas de transporte, entre outras, bem como quaisquer encargos decorrentes da utilização de marcas registadas, patentes ou licenças.
3. Os serviços objecto do presente contrato serão remunerados de acordo com o seguinte valor apresentado na proposta do Segundo Outorgante:”
 - *Preço/hora – 9,98 €”*



Cláusula 6.^a: “(...) 2. Só serão pagas as horas que forem efectivamente realizadas e registadas de acordo com o n.º 3 do presente artigo, desde que tenham sido efectuadas segundo a programação remetida pela ARS Algarve, ou por esta previamente autorizada.

3. O apuramento das horas é realizado através do preenchimento, por cada profissional de enfermagem prestador do serviço, de folha de ponto, identificada com a designação da Segunda Outorgante, devidamente preenchida pelo enfermeiro e validada pelo responsável do ACES, ou responsável local indicado por este.”

- Cláusula 7.^a: “ 1. Os serviços serão prestados por Enfermeiros, inscritos na Ordem dos Enfermeiros Portugueses com cédula profissional válida e consistem essencialmente na vigilância e tratamento de doentes nos locais de prestação objecto do presente procedimento, sem prejuízo de outras actividades previstas na legislação que regulamenta a carreira de enfermagem.”
- Cláusula 8.^a: “ 1. O Segundo Outorgante obriga-se a apresentar ao primeiro Outorgante identificação dos profissionais que vierem a assegurar os serviços contratados, até 48 horas antes do início de funções, através de cópias do Bilhete de identidade, do Cartão da Ordem dos Enfermeiros, morada e nota curricular actualizada. 2. A ARS Algarve, na posse de todos os elementos que permitam avaliar o profissional prestador de serviços terá de comunicar o decidido ao Segundo Outorgante, não podendo o mesmo iniciar funções sem a devida aceitação por escrito da ARS Algarve.”
- Cláusula 9.^a: “1. Sem prejuízo de outras obrigações previstas na legislação aplicável, no Caderno de Encargos ou nas cláusulas contratuais, da celebração do contrato decorrem as seguintes obrigações principais, a cumprir pelos profissionais afectos à prestação dos serviços:



- a) *Prestar cuidados de saúde de forma urbana e dentro do que é socialmente considerado como comportamento correcto.*
 - b) *Prestar os cuidados, com correcção técnica e de acordo com as normas de boas práticas.*
 - c) *Cumprir as prestações acordadas, de acordo com orientações que lhe foram prestadas.*
 - d) *(...)*
 - e) *Usar com normal prudência o equipamento e material posto à sua disposição.*
 - f) *Cumprir as regras de segurança, protocolos técnicos e regulamentos em vigor nos locais de prestação de cuidados.*
 - h) *Subscrever um seguro de responsabilidade civil profissional se a entidade prestadora não possuir um seguro que assegure a cobertura daquele risco.*
2. *O Segundo Outorgante obriga-se a assegurar a substituição imediata de qualquer elemento que, comprovadamente, viole as obrigações decorrentes desta cláusula.*
(...)”

- Cláusula 10.^a: “1. *O profissional de enfermagem só poderá ser substituído em casos de força maior, ou mediante autorização expressa e por escrito da ARS Algarve, sem prejuízo do disposto no número seguinte.*
2. *O Primeiro Outorgante pode solicitar por razões devidamente fundamentadas, a substituição do profissional de saúde ou, quando aplicável, a rescisão do contrato nos termos legais.*
3. *A substituição do profissional de saúde implica a avaliação e aprovação do perfil de competências e do perfil funcional do profissional substituinte pelo Primeiro Outorgante, devendo o mesmo possuir as mesmas qualificações profissionais.*”
- Cláusula 14.^a: “*Pelo incumprimento de obrigações emergentes do contrato, a ARS Algarve pode exigir ao Segundo Outorgante o pagamento de uma pena pecuniária, de montante a fixar em função da gravidade do incumprimento, nos seguintes termos:*



- a) *Em caso de incumprimento, por motivos imputáveis ao profissional, dos horários estipulados para realização da prestação de serviços (...);*
- b) *Em caso de não comparência do profissional para realização da prestação de serviços, sem pré-aviso do responsável do ACES (...);*
- c) *Em caso de abandono do turno por parte do profissional (...); (...)*”

- *Cláusula 17.^a: “1. Sem prejuízo de outros fundamentos de resolução do contrato previstos na lei, a ARS Algarve pode resolver o contrato, a título sancionatório, no caso de o Segundo Outorgante violar de forma grave ou reiterada qualquer das obrigações que lhe incumbem, designadamente no caso de não prestação de mais de 40% do número de horas contratadas mensalmente ou escaladas (quando diferente do contratado) em um ou mais locais de prestação.”*

- b) Por deliberação de 16 de Dezembro de 2009, o Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, autorizou o procedimento, por ajuste directo, com vista à contratação dos serviços em causa¹;
- c) A adjudicação previa-se ser efectuada, por lotes, sendo que cada lote corresponderia a um local de prestação²;
- d) Para o efeito, foram dirigidos convites a quatro empresas³:
 - *Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.*
 - *A3MV Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.*
 - *Helped – Prestações de Serviços de Saúde, Lda.*

¹ Cfr. fls. 6 e sgs. do processo.

² Cfr. fls.28, ponto 9.do convite.

³ Cfr. fls. 6 e 8 do processo.



- *Medipeople – Soluções de Recurso Humanos para a Saúde, Lda.*
- e) A escolha do procedimento foi feita com invocação do disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, por se considerar tratar-se de contratação excluída, em virtude de se estar perante “*serviços enquadráveis no Código - CPV- 85141200-1 Serviços prestados por pessoal de enfermagem.*”⁴;
- f) No convite exigiram-se como elementos das propostas⁵:
- Declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos;
 - Preço proposto, discriminando preço hora e valor total por cada local de prestação;
 - Listagem nominativa dos profissionais de enfermagem a afectar à prestação de serviços, por local de prestação, indicando, para cada um, elementos de identificação, número de horas previstas a realizar, números de horas de experiência na prestação de cuidados de saúde;
 - Cédulas profissionais e notas curriculares relativos a cada um dos profissionais indicados;
- g) O critério de adjudicação fixado e aplicado (por lote) foi o do mais baixo preço hora;
- h) A análise das propostas concluiu pela adjudicação de todos os lotes ao concorrente Helped⁶;
- i) Instada por este Tribunal, a ARS Algarve referiu, no ofício n.º 14326, de 12.07.10⁷:

⁴ Cfr. fls 6 e 8.

⁵ Cfr. fls 27 e seguintes.

⁶ Cfr. Relatórios de Análise das Propostas e Deliberação do CD da ARS Algarve, de 10.03.10, de adjudicação.

⁷ Cfr. fls. 276 e seguintes..



*“ (...)O contrato em causa tem como objecto a aquisição de **cuidados de enfermagem** para diversos serviços desta ARS, que são executados de acordo com o mapa anexo I (...)*

Isto é, visa a vigilância e tratamento de doentes, compreendendo as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador detenha a qualificação profissional adequada (...)

Os ACES desta [ARS] foram criados em 2009, (...) estando ainda em fase de instalação, com as respectivas Unidades em constituição, justificando-se esta contratação, até ao desenvolvimento dos processo de contratação de pessoal nos termos da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, para assegurar as condições mínimas de funcionamento dos serviços e assegurar a prestação de cuidados à população, bem como para fazer face ao acréscimo de procura e cuidados no período de Verão e, ainda, garantir a substituição transitória de pessoal que se aposentou.(...)

*Assim, de forma a colmatar a carência de recursos humanos para fazer face à actividade dos serviços de saúde primários, após esgotados os mecanismos de mobilidade previstos na lei, a ARSA decidiu abrir procedimento ao abrigo da alínea f), do n.º 4 do art. 5º do CCP – contratação excluída – serviço enquadrável no **Código – CPV – 85141200-1 – Serviços prestados pelo pessoal de enfermagem(...)**.*

(...) a nova orgânica (...) sendo muito recente, tem tido uma implementação progressiva e cautelosa, a que acresce a especificidade da região ao nível da sazonalidade (...).

(...) Registe-se também, que as dotações de pessoal dos ACES se encontram ainda agregadas ao mapa de pessoal da ARS, o qual não se encontra preenchido. Donde o recurso à contratação ora em crise assume carácter de transitoriedade (...)

Verificando-se, pois, uma crescente carência de recursos humanos – enfermeiros – para fazer face à actividade dos serviços de



saúde, a não contratação destes profissionais teria consequências muito graves (...)

Constata-se, então, que as circunstâncias expostas determinam necessidades urgentes e inadiáveis de pessoal, mormente enfermeiros, para assegurarem a prestação de cuidados de saúde aos utentes, não compagináveis com a actual morosidade do procedimento concursal para admissão de novos trabalhadores (...)

Em face da realidade actual, mormente o quadro normativo do Serviço Nacional de Saúde, o recurso à mobilidade disponível nas diversas vertentes (cedência de interesse público e/ou mobilidade na carreira) verifica-se totalmente insuficiente e esgotado para fazer face ao aumento da procura de cuidados de saúde. (...)

É, pois, no contexto supra exposto, de morosidade e de sucessivas alterações legislativas e após esgotados os mecanismos de mobilidade disponíveis, e dada a urgência a encontrar uma solução que o Conselho Directivo desta Administração Regional de Saúde, deliberou proceder à abertura do procedimento (...), ao abrigo da alínea f) do n.º 4 do artigo 5º do Código dos contratos Públicos (...)”

III. FUNDAMENTAÇÃO

1. Da caracterização dos contratos.

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

Por um lado, e conforme foi invocado pelos serviços⁸, à formação dos contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de saúde mencionados no anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE não se aplica a parte II

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



do Código dos Contratos Públicos⁹, como resulta do disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º desse Código.

Por outro lado, como reconhece, apesar de tudo, a ARS, na sua resposta, os serviços da administração directa e indirecta do Estado apenas podem celebrar contratos de prestação de serviços nas condições definidas no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

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

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

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

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

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

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

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

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



Tribunal de Contas

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 de enfermagem enquadrados na organização da entidade adjudicante.

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

Por isso mesmo, por entre as obrigações principais a que ficam adstritos os profissionais afectos a prestação de serviços é cumprir as prestações acordadas, de acordo com as orientações que lhe forem prestadas, competindo-lhes ainda usar prudentemente o equipamento e material posto à sua disposição;

Por isso também os cuidados a prestar são feitos nas instalações dos Centros de Saúde, com recurso ao equipamento e material por eles disponibilizado e de acordo com as regras, protocolos técnicos e regulamentos neles vigentes¹¹.

A adjudicatária não se compromete a fornecer quaisquer serviços de organização d prestação dos cuidados de enfermagem em causa 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 de enfermagem usando as instalações e equipamentos dos Centros de Saúde, porque elas se alheiam completamente de todos os aspectos logísticos e de prestação.

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

Não podemos olvidar que estamos perante serviços prestados por profissionais especializados e sujeitos a um regime de responsabilidade profissional muito

¹¹ Vide cláusulas 2.ª e 9.ª dos contratos, acima transcritas na alínea a) do ponto II.



Tribunal de Contas

especial, que os responsabiliza pessoalmente pelos actos praticados. Por isso, o utente poderá, por esses actos, vir a responsabilizar a entidade pública mas também, eventualmente, o enfermeiro.

No entanto não accionará, para esse efeito, a *Helped – Prestações de Serviços de Saúde, Lda*.

A este respeito consagra-se que as empresas adjudicatárias são responsáveis pela cobertura dos riscos por danos causados pelos profissionais, através da subscrição de contratos de seguro¹², mas não se estabelece que elas respondam directamente perante os utentes.

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

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

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

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

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*.

Ora, se procedermos a uma análise atenta do conteúdo do Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE, concluimos que os serviços de fornecimento de

¹² Cfr. cláusula 20.ª dos contratos.



Tribunal de Contas

peçoal de enfermagem são nele qualificados como serviços de colocação e de fornecimento de peçoal e não como serviços de saúde ou de carácter social.

Veamos.

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

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

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

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

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

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

Como se referiu na alínea d) do ponto II, a ARS Algarve considerou estar perante “*serviços enquadráveis no Código - CPV- 85141200-1 Serviços prestados pelo peçoal de Enfermagem*”, deste modo considerando que os mesmos se enquadravam nos serviços de saúde excepcionados.



Tribunal de Contas

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 85141200-1, correspondente a “*serviços prestados pelo pessoal de enfermagem*”, a qual se enquadra nos serviços de saúde abrangidos no Anexo II B da Directiva, tanto na sua versão original como na que resulta da alteração introduzida pelo Anexo VII do Regulamento (CE) n.º 213/2008.

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

Ora, a nomenclatura CPV inclui a referência 79624000-4, correspondente a *serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem*, que se enquadra, precisamente, nos serviços de colocação e de fornecimento de pessoal.

Conclui-se, pois, que os serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem 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/CE¹³, como tal devem ser considerados. Por força e para os efeitos desse Anexo, não estão qualificados como serviços de saúde ou de carácter social.

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

Assim, conjugando a qualificação comunitária com a caracterização atrás efectuada do objecto substancial do contrato em apreciação, somos

¹³ Tanto na sua versão original como na resultante das alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 213/2008.



necessariamente levados a concluir que, no caso, não está em causa a aquisição de serviços de saúde mencionados no Anexo II B da Directiva n.º 2004/18/CE.

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

3. E stamos pera nte co ntratos de prestação de s erviços pa ra o s efeitos do disposto no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008 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 de enfermagem.

Mas, como decorre da lei e a própria ARS reconhece¹⁵, as entidades do Serviço Nacional de Saúde pertencentes ao sector público administrativo só podem recorrer a este tipo de contratos nos termos previstos no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008.

Esta Lei é, nos termos do seu artigo 3.º, aplicável aos serviços da administração directa e indirecta do Estado. A ARS Algarve, enquanto instituto público, pertence à administração indirecta do Estado¹⁶, estando, pois, inserida no âmbito de aplicação da mesma.

Ora, o referido artigo estabelece requisitos de qualificação.

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

¹⁴ Consideramos aqui a redacção vigente à data do procedimento e dos contratos. Tenha-se, no entanto, em atenção que foram introduzidas alterações a alguns números deste artigo pela Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril.

¹⁵ Cfr. alínea i) da matéria de facto.

¹⁶ 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.



Tribunal de Contas

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

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

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

Importa, então, apurar se os presentes contratos:

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

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 enfermagem à ARS), quer nas condições de desenvolvimento dos serviços concretamente prestados pelos profissionais, reconhece-se autonomia e não sujeição à disciplina ou direcção do serviço contratante.

Não está fixado um horário fixo de trabalho, embora se estabeleça um número de horas semanal¹⁷ e se refira a existência de folha de ponto¹⁸, a estipulação de horários para a prestação de serviços e a fixação de turnos¹⁹.

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

¹⁷ Vide Anexo I aos contratos, transcritos na alínea a) do probatório.

¹⁸ Cfr. cláusula 6.ª, n.º 3, dos contratos, transcrita na alínea a) do probatório.

¹⁹ Cfr. cláusula 14.ª dos contratos, transcrita na alínea) do probatório.



Tribunal de Contas

respectiva facturação, e como instrumentos de organização dos serviços a prestar aos utentes. De resto, mesmo os profissionais independentes, sem qualquer relação laboral, necessitam de se vincular a marcações horárias para regular a prestação de serviços aos clientes.

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

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

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

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

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

Atendendo a que os profissionais disponibilizados são enfermeiros 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 enfermeiros, nem se convencionam um regime liberal, nem os contratos têm, como já vimos, por objecto principal a prestação dos serviços de enfermagem, nem está fixada uma remuneração certa mensal.

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

4. Da inadequação do procedimento prévio utilizado.





Tribunal de Contas

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.

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

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

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

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

5. Do não recurso a modalidades de emprego público.

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

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

Do referido na alínea i) da matéria de facto extrai-se a constatação de uma generalizada carência de recursos humanos na área de enfermagem o que se apresenta como justificação para a contratação em regime de prestação de serviços.



Tribunal de Contas

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

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

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

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

6. Da relevância das ilegalidades verificadas

Não tendo o contrato sido precedido do procedimento concursal legalmente exigível, resulta do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Código dos Contratos Públicos que o mesmo não podia ter sido celebrado.

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

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

A mesma circunstância implica a inobservância do requisito fixado no artigo 35.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 12-A/2008.

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

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



Tribunal de Contas

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

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



IV. DECISÃO

Pelos fundamentos indicados, e por força do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 98/97, acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção, e m r ecurar o v isto a o c ontrato ac ima identificado.

Mais deliberam remeter cópia deste Acórdão à Senhora Ministra da Saúde e ao S enhor S ecretário d e E stado d a Administração P ública, p ara q ue ponderem os p roblemas e videnciados r elativamente a os c ontratos p ara fornecimento de pessoal.

São d evidos e molumentos n os t ermos d o ar tigo 5.º, n .º 3, d o R egime Jurídico an exo ao D ecreto-Lei n .º 6 6/96, d e 31 d e M aio, e r espectivas alterações.

Lisboa, 16 de Julho de 2010

Os Juízes Conselheiros,

(Alberto Fernandes Brás - Relator)

(João Alexandre Gonçalves de Figueiredo)

(João Manuel Macedo Ferreira Dias)



Tribunal de Contas

Procurador Geral Adjunto

(António Cluny)

