



ACÓRDÃO Nº 27/10 – 26.OUT. 2010 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 16/2010

(Proc. nº 574/10)

DESCRITORES: Contratação pública.
Contrato de prestação de serviços.
Serviços de saúde e de carácter social.
Serviços de colocação e fornecimento de pessoal de enfermagem.
Vocabulário Comum dos Contratos Públicos (CPV).
Concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.
Ajuste directo.
Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007.
Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

SUMÁRIO: I – Aos serviços de saúde e de carácter social, incluídos na categoria 25, da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, (que alterou a tabela constante Anexo II B à Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004), corresponde a nomenclatura CPV, com os números de referência 74511000-4 e de 85000000-9 a 85323000-9 (excepto 85321000-5 e 85322000-2).

II – Aos serviços de colocação e fornecimento de pessoal de enfermagem, incluídos na categoria 22, da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, mencionado no ponto anterior, corresponde a nomenclatura CPV, com os números de 79600000-0 a 79635000-4 (excepto 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) e de 98500000-8 a 98514000-9.



- III – Tipifica um contrato de fornecimento e colocação de pessoal de enfermagem, enquadrado na categoria 22 e com o número de referência CPV 79624000-4, - e não um contrato de prestação de serviços, por pessoal de enfermagem, com a referência CPV 85141200-1 – aquele que foi celebrado entre a Administração Regional de Saúde do Algarve, IP e a empresa “Helped – Prestações de Serviços de Saúde, Lda.”, tendo em vista a colocação e o fornecimento, por esta, de pessoal de enfermagem, a fim de as Unidades de Saúde dependentes daquela entidade poderem prestar serviços de enfermagem.
- IV - O contrato referido no ponto anterior, não está abrangido pela exceção prevista na alínea f), do nº4, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), pelo que lhe é aplicável a Parte II deste Código.
- V – O contrato mencionado no ponto III, porque envolve o fornecimento e a colocação de pessoal de enfermagem, e não a realização de um trabalho específico, de natureza excepcional, nem a disponibilização de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, não pode ser incluído em qualquer das modalidades de contratos de prestação de serviços previstas no artigo 35º, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.
- VI – De acordo com o disposto no artigo 35º, nº2, al. a) da mencionada Lei nº 12-A/2008, os contratos de prestação de serviços só podem ser celebrados se observarem o regime legal de aquisição de serviços.
- VII – Face ao disposto no artigo 36º, nº1, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, são nulos os contratos de prestação de serviços celebrados com violação dos requisitos previstos nos nºs 2 e 4 do artigo 35º do mesmo diploma legal.
- VIII – Tendo em conta o seu valor, bem como o disposto no artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do Código dos Contratos



Públicos (CCP), o contrato mencionado no ponto III deveria ter sido precedido de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, e não de ajuste directo.

IX – A omissão da realização de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, quando obrigatórios, acarreta a nulidade do acto de adjudicação e do subsequente contrato, por preterição de uma formalidade essencial, nos termos do artigos 133º, nº1 do Código do Procedimento Administrativo e 284º, nº2, do CCP.

X – A existência de nulidade constitui fundamento de recusa de visto, nos termos do disposto no artigo 44º, nº3, al. a), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Conselheiro Relator: António M. Santos Soares



ACÓRDÃO Nº 27 /10 – 26.OUT. 2010 - 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 16/2010

(Proc. nº 574/2010)

Acordam os juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1ª Secção:

I – RELATÓRIO

1. Recorreu a “**Administração Regional de Saúde do Algarve, IP**”, (ARSA) do Acórdão nº 29/2010, de 16 de Julho de 2010, da 1ª Secção, deste Tribunal, proferido em subsecção, que recusou o visto ao contrato para “*Serviços de Enfermagem para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP*” celebrado em 1 de Abril de 2010, entre si e a empresa “**Helped – Prestações de Serviços de Saúde, Lda.**”, pelo valor de 452.293,60 €, isento de IVA, para os seguintes locais: 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;

Tal decisão foi proferida com fundamento no disposto no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, porque:



- a) O contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não tem por objecto a prestação de serviços de enfermagem, mas, diversamente, serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem para os Centros de Saúde;
- b) Aos serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem corresponde a nomenclatura CPV com a referência 79624000-4, de harmonia com o Anexo II B à Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, com as alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, o que os enquadra nos serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e não nos serviços de saúde e de carácter social, de acordo com o citado Anexo II-B ao citado Regulamento (CE) nº 213/2008;
- c) O referido contrato não está abrangido pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f), do Código dos Contratos Públicos (CCP);
- d) O contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não pode ser qualificado como contrato de prestação de serviços, nas modalidades de tarefa ou de avença, tendo em conta o disposto no artigo 35º, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro;
- e) Nos termos do artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do CCP, e face ao valor do contrato, deveria este ter sido precedido de concurso público, ou de concurso limitado por prévia qualificação, o que se não verificou;

- f) A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a nulidade desta e do contrato, nos termos dos artigos 133º, nº1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), 283º, nº1, do CCP e 35º, nº2, al. c), da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

2. Nas suas alegações, a Administração Regional de Saúde do Algarve, IP formulou as seguintes conclusões:



- “a) O que releva para a caracterização de um contrato, qualquer que seja a respectiva natureza, é o conteúdo do mesmo e não o respectivo título;*
- b) Constitui premissa fundamental, saber se o objecto do contrato “de aquisição de serviços de enfermagem” se destina a obter a prestação de uma actividade ou, ao invés, à produção de um resultado;*
- c) Quando o que motivou a contratação foi a finalidade de obtenção de determinado resultado, a desenvolver pelo colaborador com autonomia técnica, então estamos face a um contrato de prestação de serviços;*
- d) A retribuição ora em causa, não é paga ao enfermeiro mas sim à empresa prestadora de serviços e, enquanto montante global para pagamento do fornecimento da totalidade dos serviços contratados;*
- e) Não existe qualquer relação de subordinação entre a ora recorrente e os indivíduos prestadores dos serviços de enfermagem, nem tampouco poderes de autoridade e direcção sobre os mesmos;*
- f) Não existe qualquer tipo de relação contratual de trabalho individual entre os terceiros que são disponibilizados por qualquer das entidades contratantes e a ARS IP;*
- g) Com efeito, o que existe é uma prestação de serviços, na modalidade de avença, para execução de serviços específicos, conforme tem vindo a ser entendimento desse mui Douto Tribunal;*



- h) *Senão vejamos que processos anteriores, cujo teor pouco diferia dos ora em crise, mereceram o visto em sede de fiscalização prévia;*
- i) *Referimo-nos especificamente ao Proc. 15/2009 que, ao abrigo da alínea f) do n.º4 do artigo 5.º do CCP (CPV 85121100-4 Serviços médicos de Clínica Geral), adjudicou à Select Clinical – Cuidados de Saúde Lda. Serviços médicos para o serviço ambulatório, Serviço de urgência básica, Serviço de Atendimento Complementar para os Centros de Saúde e Extensões, e que foi visado por este Douto Tribunal a 2 de Abril de 2009;*
- j) *E, ainda ao Proc. 47/2008 que, ao abrigo da alínea g), do n.º1, do artigo 86.º do Decreto-Lei n.º197/99 de 8 de Junho, adjudicou à referida empresa, a prestação de serviços médicos para o serviço de ambulatório e serviço de urgência básica dos Centros de Saúde da ARSA e que foi visado em 14 de Maio de 2008;*
- k) *Constitui serviço de enfermagem a relação pela qual uma entidade pública ou privada se obriga a fornecer o exercício da prática do acto de enfermagem;*
- l) *A Lei n.º 12-A/2008 de 27 de Fevereiro só se aplica à prestação individual de trabalho no exercício de funções públicas;*
- m) *A Lei n.º 12-A/2008 de 27 de Fevereiro não tem aplicabilidade quando se trata da aquisição de serviços de enfermagem em sentido amplo, para fazer face a um conjunto de situações prementes, ainda que aqueles integrem, no respectivo âmbito, a prestação do acto médico;*
- n) *A Constituição da República Portuguesa consagra no artigo 64.º o direito constitucional à saúde, ao dizer no n.º1 que “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover”;*



- o) *Dispõe a mesma disposição normativa constitucional que “o direito à protecção da saúde é realizado através do Serviço Nacional de Saúde” a que incumbe prioritariamente assegurar o direito à protecção da saúde, por um lado, garantindo o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de medicina, preventiva, curativa e de reabilitação, e, por outro lado, racionalizando, com eficiência, a cobertura de todo o País em recursos humanos e unidades de saúde;*
- p) *O contrato ora em crise, surge indubitavelmente no estrito cumprimento do direito constitucional à saúde, atenta a escassez de recursos humanos de enfermagem no exercício de funções públicas, e a necessidade emergente de dar cumprimento ao princípio constitucionalmente garantido aos cidadãos do direito à saúde;*
- q) *A Directiva Comunitária nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, na alínea a) do nº2 do artigo 1º que “Contratos Públicos” são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente Directiva”;*
- r) *A alínea d) da mesma disposição normativa define “Contratos públicos de serviços” como contratos públicos que não sejam contratos de empreitada de obras públicas ou contratos públicos de fornecimento, relativos à prestação de serviços mencionados no Anexo II;*



- s) *Do mesmo modo que o nosso direito interno, também o direito comunitário, através do artigo 16º, alínea e) da Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, “Exclusões específicas”, vem afirmar que constituem exclusão específica da aplicabilidade deste diploma normativo os contratos de trabalho;*
- t) *Com efeito o mesmo diploma legal, no Anexo II B prevê a categoria 25 com a designação de “serviços de saúde e de carácter social” com o nº de referência CPC 93 e o nº4 do Anexo VII A referente a serviços referidos na alínea d) do nº2 do artigo 1º, nomeadamente as informações que devem constar do anúncio do concurso, “que à data provisória prevista para o início da adjudicação ou do contrato ou contratos; no caso de contratos públicos de serviços, por categoria.”;*
- u) *A contratação pública de serviços pode referir-se especificamente à profissão de enfermagem, o mesmo normativo prevê no nº6 alínea c) do Anexo VII A que os contratos públicos de serviços devem “indicar se a execução do serviço está reservada, por força das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, a uma profissão específica”;*
- v) *Ora, estando os contratos públicos de prestação de serviços de saúde mencionados no Anexo II B da Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março, integrados na contratação excluída nos termos da alínea f) do nº4 do artigo 5º, a parte II do Código da Contratação Pública não é aplicável à formação destes contratos;*
- w) *Constitui jurisprudência da UE que “Estão excluídos do âmbito de aplicação da directiva em análise “os contratos públicos abrangidos pela directiva relativa aos ‘sectores especiais’” sendo que são considerados sectores especiais o da saúde e o social. (cf.*



Tribunal de Contas

Acórdão do Tribunal Geral da UE (Quinta secção) de 20.05.2010, Proc. T – 258/06);

- x) A prestação de serviços de enfermagem, porquanto se trata de matéria do âmbito do sector especial da saúde, constitui contratação excluída nos termos da alínea f) do nº4 do artigo 5º, a parte II do Código da Contratação Pública;*
- y) Ficou devidamente provado nos autos, que a ARS IP esgotara todos os recursos disponíveis no âmbito dos modelos de mobilidade interna previstos na lei, no restrito cumprimento dos Despachos nº 8/SEAS/2007 e 29533/2008, nada mais lhe restando fazer, para a prossecução da sua missão de Serviço Nacional de Saúde, senão optar pelo procedimento ora em crise;*
- z) Em consequência, não se verifica qualquer nulidade nos termos do artigo 133º nº1 do CPA, nem nos termos do artigo 283º nº1 do CCP;*
- aa) Ao decidir contrariamente ao ora entendido, violou o Acórdão recorrido os preceitos legais em vigor.*

Terminou as suas alegações dizendo que deve ser concedido provimento ao recurso e revogar-se o Acórdão recorrido, concedendo-se o visto ao contrato.

3. O Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de que se deve negar provimento ao recurso e confirmar-se o Acórdão recorrido.

4. Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.



II – MATÉRIA DE FACTO

1. Tendo em conta o disposto no artigo 100º, nº2, da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto, o que consta da Decisão recorrida e as alegações do recorrente, considera-se assente a seguinte matéria de facto:

A) Em 1 de Abril de 2010, a *Administração Regional de Saúde do Algarve, IP* (ARSA) celebrou um contrato para “Serviços de Enfermagem para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP”, com a empresa “*Helped – Prestações de Serviços de Saúde, Lda.*”, pelo valor de 452.293,60 €, isento de IVA, para os seguintes locais: UCSP Almansil/Boliqueime, UCSP Faro, UCSP Loulé, UCSP Quarteira, SUB Loulé, Cons. Recurso/SAG Tavira, SUB/SAG VRSA, CS Aljezur; CS Lagoa, CS Lagos, CS Portimão, CS Silves e CS Vila do Bispo.

B) As cláusulas contratuais do contrato mencionado na alínea anterior, estipulam o seguinte, no que toca ao respectivo objecto contratual:

- Cláusula 1.ª: “ *O presente contrato tem por objecto a aquisição, pelo Primeiro Outorgante ao Segundo Outorgante, de serviços 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 de Saúde 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 Semanais Horas	Total Máximo de Horas Anuais Previstas
UCSP Almansil/Boliqueime	Dias úteis	105	4620
UCSP Faro	Dias úteis	70	3080
UCSP Loulé	Dias úteis	35	1.340
UCSP Quarteira	Dias úteis	35	1540
SUB Albufeira	Todos os dias	70	3.080
SUB Loulé	Todos os dias	70	3.080
Cons. Recurso/SAG Tavira	Dias úteis	50	2.200
SUB/SAG VRSA	Todos os dias	140	6.160
CS Aljezur	Dias úteis	35	1.540
CS Lagoa	Dias úteis	105	4.620
CS Lagos	Dias úteis	70	3.080
CS Portimão	Dias úteis	140	6.160
CS Silves	Dias úteis	35	3080
CS Vila do Bispo	Dias úteis	70	15.576
TOTAL		1030	45.320

- Cláusula 2.^a: “Os serviços objecto do contrato serão prestados nas instalações dos ACES da ARS Algarve, indicados no Anexo I, ou em outros indicados pelo Primeiro Outorgante.”
- Cláusula 3.^a: “1. Os serviços a contratar serão prestados de acordo com o previsto no Mapa Anexo I.
2. O volume de horas indicados no Mapa Anexo I constitui o volume máximo de horas a contratar.



3. O número de horas semanais e o local de prestação poderá ser alterado, para além dos locais aqui mencionados, em consequência da alteração de necessidades, devendo para tal ser informado o Segundo Outorgante, não havendo direito a qualquer acréscimo de preço em consequência dessas alterações ou indemnização quando dessas alterações resulte a realização de um número de horas inferior ao contratado.

4. Todas as alterações necessárias serão previamente comunicadas pela ARS Algarve.”

- Cláusula 5.^a: “1. Pelo fornecimento dos bens objecto do contrato o Primeiro Outorgante pagará ao Segundo Outorgante o valor de 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 dos 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 respectivo 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 as 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, protocolo 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*

C) Por deliberação de 16 de Dezembro de 2009, do Conselho Directivo da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, foi autorizado um procedimento, por ajuste directo, com vista à contratação dos serviços em causa;

D) O contrato aqui em causa foi antecedido de um procedimento por ajuste directo, com convite às seguintes quatro empresas:

- *Select Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.;*
- *A3MV Serviços Médicos e de Enfermagem, Lda.;*
- *Helped – Prestações de Serviços de Saúde, Lda.;*
- *Medipeople – Soluções de Recursos Humanos para a Saúde, Lda.;*

E) No convite, previa-se que a adjudicação fosse efectuada por lotes, sendo que cada lote corresponderia a um local de prestação;

F) A escolha do procedimento foi feita com invocação do disposto na alínea f), do n.º 4, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos, por se ter considerado tratar-se de contratação excluída, em virtude de se



tratar de “*serviços enquadráveis no Código - CPV- 85141200-1 Serviços prestados por pessoal de enfermagem*”;

G) No dito convite, exigiram-se como elementos das propostas:

- 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;

H) O critério de adjudicação fixado e aplicado (por lote), foi o do mais baixo preço hora;

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

J) Após a análise das propostas, a adjudicação veio a ser efectuada, para todos os lotes, ao concorrente “Helped – Prestações de Serviços de Saúde, Lda.”;

K) Questionada a ARSA sobre como considerava legalmente possível o procedimento utilizado, uma vez que a aquisição de serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem não se enquadra na categoria 25, do Anexo VII ao Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28-11-2007 e sobre as razões pelas quais não adoptou qualquer das modalidades de emprego público previstas na Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, veio a referida entidade dizer, em síntese, o seguinte: ¹

¹ Pelo ofício nº 14326, de 12 de Julho de 2010.



“... 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 – O DIREITO

1. Como se referiu acima, e agora se relembra, a Decisão recorrida recusou o visto ao contrato para “*Serviços de Enfermagem para os Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da Administração Regional de Saúde do Algarve, IP*”, com fundamento em que:

- a) O contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não tem por objecto a prestação de serviços de enfermagem, mas, diversamente, serviços de colocação e fornecimento de pessoal de enfermagem para os Centros de Saúde;



- b) Aos serviços de fornecimento de pessoal de enfermagem corresponde a nomenclatura CPV ² com a referência 79624000-4, de harmonia com o Anexo II B à Directiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, com as alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, o que os enquadra nos serviços de colocação e de fornecimento de pessoal e não nos serviços de saúde e de carácter social, de acordo com o Anexo VII ao citado Regulamento (CE) nº 213/2008;
- c) O referido contrato não está abrangido pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f), do Código dos Contratos Públicos (CCP);
- d) O contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não pode ser qualificado como contrato de prestação de serviços, nas modalidades de tarefa ou de avença, tendo em conta o disposto no artigo 35º, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro;
- e) Nos termos do artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do CCP, e face ao valor do contrato, deveria este ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, o que se não verificou;
- f) A ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a nulidade desta e do contrato, nos termos dos artigos 133º, nº1, do CPA, 283º, nº1, do CCP e 35º, nº2, al. c), da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

Por isso, e face às ilegalidades apontadas, foi recusado o visto, nos termos do artigo 44º, nº3, alíneas a) e c), da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

2. Para avaliar da justeza – ou não - da Decisão recorrida, bem como da valia das razões invocadas pela entidade recorrente, importa analisar o que vem alegado pela ARS do Algarve, IP.:

² Vocabulário Comum para os Contratos Públicos.



Tribunal de Contas

A decisão recorrida assentou, como se disse acima, no facto de o contrato submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não ter por objecto a prestação de serviços de enfermagem, mas, diversamente, o fornecimento e colocação de pessoal de enfermagem, a fim de os Centros de Saúde poderem prestar esses serviços, sendo que o contrato para fornecimento de pessoal de enfermagem não se encontra subtraído à aplicação da Parte II do CCP, por não lhe ser aplicável a excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f) do mesmo Código.

Refere a recorrente que partiu do pressuposto de que, à formação dos contratos de aquisição de serviços, que tenham por objecto os serviços de saúde, mencionados no Anexo II B da Directiva nº 2004/18/CE, não se aplica a Parte II do CCP, como resulta do disposto na alínea f), do nº4, do artigo 5º.

Por outro lado, diz a ARSA, IP., que o que motivou a contratação foi a finalidade de obtenção de determinado resultado, a desenvolver pelo colaborador com autonomia técnica, pelo que se está perante um contrato de prestação de serviços.

Diz, ainda, a recorrente que a relação contratual, aqui em apreço, se distingue da noção de contrato de trabalho, constante do artigo 11º do Código do Trabalho, uma vez que contratou com uma pessoa colectiva – e as pessoas colectivas não podem ser objecto de contratos individuais de trabalho, nos termos da Lei Geral do Trabalho – e que a retribuição não é paga ao enfermeiro, mas sim à empresa prestadora de serviços, e enquanto montante global para pagamento do fornecimento da totalidade dos serviços contratados.

Além disso – refere ainda a recorrente – não existe relação de subordinação entre a recorrente e os indivíduos prestadores dos serviços de enfermagem, nem poderes de autoridade e direcção sobre os mesmos e não existe relação contratual de trabalho individual entre os terceiros que são disponibilizados pela entidades contratante e a ARSA, IP.

Assim, o que existe é uma prestação de serviços na modalidade de avença, para execução de serviços específicos.





2. 1. Prosseguindo na análise da decisão recorrida, bem como da valia da argumentação da recorrente, importa caracterizar o contrato que foi submetido a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

A este respeito, e tendo em conta extensa e uniforme jurisprudência deste Tribunal, ³ há que observar que os contratos devem ser analisados e qualificados, não apenas com base na sua configuração formal, mas também em função das circunstâncias em que se enquadram e dos objetivos que visam alcançar.

Como, por outro lado, se acentuou no Acórdão n.º 31/09, de 14 de Julho de 2009, da 1.ª Secção, deste Tribunal, em Plenário, ⁴ ao contrário do que, normalmente, acontece na contratação civil privada, em que os particulares gozam de ampla autonomia na forma e no conteúdo dos contratos que celebram, na contratação pública a Administração tem que obedecer a regras determinadas.

Essas regras versam, essencialmente, sobre a competência, a capacidade para contratar, a escolha do co-contratante, a forma de realização do contrato, e, ainda, outras formalidades ligadas a este, designadamente no que respeita aos procedimentos pré-contratuais.

Importa, assim, analisar o citado contrato, designadamente, para saber se o mesmo tipifica um contrato de prestação de serviços, ou, diversamente, se ele se caracteriza como um contrato de fornecimento e colocação de pessoal, como entendeu a decisão recorrida.

³ Vide, v. g., os Acórdãos da 1.ª Secção, em Subsecção, n.ºs 79/01; 200/01; 88/02, de 8 de Novembro de 2002; 100/02, de 17 de Dezembro de 2002; 20/03, de 18 de Fevereiro de 2003; 50/03, de 15 de Abril de 2003; 23/04, de 26 de Fevereiro de 2004 e 111/09 de 12 de Maio de 2009, e, em Plenário, n.ºs 50/01; 26/02, de 18 de Junho de 2002; 28/02, de 9 de Julho de 2002; 18/03, de 3 de Junho de 2003; 39/03, de 15 de Julho de 2003; 49/03, de 25 de Novembro de 2003 e 21/04, de 21 de Dezembro de 2004.

⁴ In Rec. Ord.º. n.º 11/09.



Para tanto há que observar a factualidade dada por assente.

Ora, como resulta da matéria de facto dada por provada, designadamente das alíneas **A)** e **B)** do probatório, o contrato que foi submetido a fiscalização prévia deste Tribunal tem em vista obter o fornecimento, pela empresa adjudicatária, de enfermeiros, inscritos na Ordem dos Enfermeiros Portugueses, e a sua colocação nas Unidades de saúde indicadas na alínea **A)** do probatório, para, aí, praticarem actos de enfermagem, da sua especialidade.

Para chegar a esta conclusão importa realçar que, para o fornecimento e colocação de pessoal de enfermagem, as partes acordaram o respectivo preço, bem como a remuneração horária dos actos de enfermagem, sendo que o registo das horas prestadas era efectuado através do preenchimento de folha de ponto, por cada profissional de enfermagem, identificada com a designação da empresa prestadora (vide as cláusulas 5ª e 6ª do contrato, indicadas na alínea **B)** do probatório).

Por outro lado, a empresa adjudicatária – segunda outorgante no contrato – obrigou-se a apresentar à ARSA a identificação dos profissionais que viessem a assegurar os serviços contratados, até 48 horas antes do respectivo início de funções, através de cópias do Bilhete de Identidade, do Cartão da Ordem dos Enfermeiros, morada e nota curricular actualizada, não podendo afectar, à prestação de serviços, outros enfermeiros, sem prévia autorização da entidade adjudicante – primeira outorgante no contrato (vide as cláusulas 8ª e 10ª do contrato, mencionadas na dita alínea **B)** do probatório).

Por outra banda, a empresa adjudicatária – segunda outorgante no contrato – obrigou-se a assegurar a substituição imediata de qualquer elemento que, comprovadamente, violasse as obrigações decorrentes da cláusula 9ª do contrato, sendo que a recorrente, na posse de todos os elementos que permitissem avaliar o profissional prestador de serviços, teria de comunicar o decidido ao segundo outorgante, não podendo o mesmo iniciar funções sem a devida aceitação, por escrito, da ARSA (vide as cláusulas 8ª e 9ª do contrato, indicadas na dita alínea **B)** do probatório).



Tribunal de Contas

Ora, todas estas circunstâncias apontam no sentido de que o objecto do contrato não foi a prestação de serviços de enfermagem, mas o fornecimento e a colocação de pessoal de enfermagem.

Deve, até, dizer-se que este entendimento é, também, partilhado pela recorrente, já que, na conclusão d), das suas alegações, esta refere que “A retribuição ora em causa não é paga ao enfermeiro, *mas sim à empresa prestadora de serviços* e enquanto montante global para pagamento do fornecimento da totalidade dos serviços contratados”.

Aliás, e como bem refere a decisão recorrida, a empresa adjudicatária não se compromete a fornecer quaisquer serviços de organização da prestação de cuidados de enfermagem, ou de tratamentos, nem são responsáveis por garantir quaisquer locais ou equipamentos necessários à sua boa realização.

Além disso, não é possível dizer-se que a adjudicatária presta serviços de enfermagem, usando as instalações e os equipamentos das Unidades de Saúde, já que elas se alheiam de todos os aspectos logísticos ligados à específica prestação desses serviços de enfermagem.

Como também acentua o Acórdão recorrido, pode mesmo acontecer que o contrato, aqui em apreço, seja cumprido sem que se verifique a prestação efectiva de serviços de enfermagem, para o que bastaria o facto de, por exemplo, e não obstante a disponibilidade dos enfermeiros, as Unidades de Saúde não abrirem, devido por exemplo – acrescentamos nós - a vicissitudes imputáveis a si, ou, em geral, à Administração Pública.

Do que vem de dizer-se, logo se conclui que os serviços de enfermagem não são prestados pela empresa adjudicatária, mas, ao invés, pelas Unidades de Saúde indicadas no contrato, através de enfermeiros fornecidos e colocados por aquela empresa.

Por isso é que a questão da caracterização do contrato, submetido a fiscalização prévia deste Tribunal, tem toda a pertinência, porquanto ela tem



directa incidência na definição da normação jurídica reguladora da relação pré-contratual subjacente ao mesmo.

2. 2. É certo que o artigo 5º, nº4, al. f), do CCP, estabelece que os contratos de aquisição de serviços que tenham por objecto os serviços de saúde e de carácter social mencionados no Anexo II-B da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março, estão excluídos da aplicação da Parte II do citado Código, sem prejuízo do disposto no nº2, do seu artigo 11º.

Este Anexo II-B da mencionada Directiva 2004/18/CE discrimina vários tipos de serviços, os quais são descritos não só pelo seu tipo e categoria, mas também por números de referência CPV.

A nomenclatura CPV corresponde a uma lista de objectos contratuais denominada “*Vocabulário Comum para os Contratos Públicos*”, o qual foi aprovado pelo Regulamento (CE) nº 2195/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro, que, por sua vez, foi alterado pelo Regulamento (CE) nº 2151/2003, da Comissão, de 16 de Dezembro e pelo Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007.

Esta nomenclatura instituiu 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.

Assim, não são todos e quaisquer serviços, aqueles que podem qualificar-se como *serviços de saúde e de carácter social*, mas apenas os que estejam listados no Código CPV, com as referências indicadas no Anexo II-B da Directiva nº 2004/18/CE.

O Anexo II-B da citada Directiva nº 2004/18/CE, contém uma tabela em que se contemplam, na categoria 22, os “*serviços de colocação e de fornecimento de pessoal*”, e, na categoria 25, os “*serviços de saúde e de carácter social*”.



Tribunal de Contas

Esta tabela, por força do estabelecido no *Regulamento (CE) n° 213/2008, da Comissão, de 28-11-2007*, foi substituída pela tabela constante do *Anexo VII* a este Regulamento comunitário, na qual se contemplam:

- Na categoria 22, os “*Serviços de colocação e de fornecimento de pessoal*”,⁵ aos quais correspondem os seguintes números de referência CPV:
De 79600000-0 a 79635000-4 (excepto 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0) e de 98500000-8 a 98514000-9; e
- Na categoria 25, os “*Serviços de saúde e de carácter social*”, aos quais correspondem os seguintes números de referência CPV:
79611000-0 e de 85000000-9 a 85323000-9 (excepto 85321000-5 e 85322000-2).

Ora, como se mostra da matéria de facto dada por assente na alínea **F)** do probatório, a recorrente ARS do Algarve, IP., entendeu estar perante “*Serviços enquadráveis no Código – CPV – 85141200-1 Serviços prestados por pessoal de enfermagem*”, pelo que considerou que os mesmos preenchiam os serviços de saúde, cujos contratos eram excepcionados pelo citado artigo 5º, nº4, al. f) do CCP.

É certo que o número de referência CPV 85141200-1, correspondente a “*serviços prestados por pessoal de enfermagem*”, se enquadra nos serviços de saúde e de carácter social abrangidos pelo Anexo VII do Regulamento (CE) n° 213/2008, na categoria 25.

Todavia, como vimos, o contrato aqui em causa não foi celebrado directamente com enfermeiros, nem têm por objecto a prestação de serviços de enfermagem, mas antes o fornecimento e a colocação de pessoal de enfermagem.

⁵ Excepto contratos de trabalho.



Tribunal de Contas

Por isso, tal contrato enquadra-se no número de referência CPV 79624000-4, e na categoria 22, precisamente a relativa aos “*Serviços de colocação e de fornecimento de pessoal*”.

Efectivamente, os serviços de fornecimento e colocação de profissionais de enfermagem, inscritos na Ordem dos Enfermeiros Portugueses - para prestação de serviços de enfermagem, nas Unidades de Saúde indicadas no contrato - encontra-se enquadrado na categoria 22, prevista no Anexo VII ao Regulamento (CE) nº 213/2008, relativa aos *serviços de colocação e fornecimento de pessoal*, e não na categoria 25, prevista no mesmo Anexo, relativa aos serviços de saúde e de carácter social.

Deste modo, o contrato submetido a fiscalização prévia deste Tribunal, sendo embora contrato público de serviços, na acepção do artigo 1º, nº2, al. d) da mencionada Directiva nº 2004/18/CE, não se encontra excepcionado da aplicação da Parte II do CCP, uma vez que não se encontra abrangido pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f) do Código dos Contratos Públicos.

3. Refere, também, a recorrente que existe, na situação em apreço, uma prestação de serviços, na modalidade de avença, para execução de serviços específicos, sendo que se não aplica a Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, a qual só se aplica à prestação individual de trabalho no exercício de funções públicas e não quando se trata de aquisição de serviços de enfermagem, em sentido amplo, ainda que estes integrem, no respectivo âmbito, a prestação do acto de enfermagem.

O que, verdadeiramente, se pretende contratar – diz a recorrente – é a prestação do acto de enfermagem, enquanto parte integrante da aquisição 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 ACES do Algarve, nos termos definidos contratualmente, no cumprimento do direito constitucional à saúde consagrado no artigo 64º da Constituição da República Portuguesa.



Tribunal de Contas

A este respeito, importa dizer o seguinte:

Como vimos atrás, estamos aqui perante um contrato de fornecimento e colocação de pessoal de enfermagem.

Por outro lado, mesmo no âmbito das directivas comunitárias é possível configurar a existência deste tipo de contratos.

A Administração Regional de Saúde do Algarve, IP, - entidade do Serviço Nacional de Saúde pertencente ao sector público administrativo – enquanto instituto público, integra a administração indirecta do Estado, nos termos do artigo 2º, nº1, da Lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro (Lei Quadro dos Institutos Públicos).⁶

Aos serviços da administração indirecta do Estado é aplicável, por sua vez, a Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, diploma que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas.⁷

Ora, os serviços da administração indirecta do Estado apenas podem recorrer à celebração de contratos de prestação de serviços, nos termos consentidos pelo artigo 35º da Lei nº 12-A/2008.

É esse, aliás, também, o entendimento do senhor Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, como se vê do seu Despacho nº 29533/2008, referido pela recorrente no artigo 22º, das suas alegações de recurso.

Na verdade, nesse despacho, determinou o mesmo membro do Governo que a contratação de serviços médicos, pelas instituições e serviços do Serviço

⁶ A lei nº 3/2004 de 15 de Janeiro sofreu as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 51/2005 de 30 de Agosto, pelos DL nºs 200/2006 de 25 de Outubro e 105/2007 de 3 de Abril (que a republicou) e pela Lei nº 64-A/2008 de 31 de Dezembro.

⁷ Este diploma foi objecto das alterações introduzidas pelas Leis nº 64-A/2008 de 31 de Dezembro, 3-B/2010 de 28 de Abril e 34/2010 de 2 de Setembro.



Tribunal de Contas

Nacional de Saúde (SNS), deveria obedecer ao disposto no CCP aprovado pelo DL n.º 18/2008 de 29 de Janeiro, e, no caso do sector público administrativo, após se esgotarem os mecanismos de mobilidade previstos na lei, ao abrigo do disposto no artigo 35.º da Lei n.º 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

Ora, de acordo com o n.º1, deste normativo, aqueles serviços podem celebrar contratos de prestação de serviços, nas modalidades de *contratos de tarefa* e de *avença* nos termos previstos no Capítulo IV do mesmo diploma legal.

Porém, atento o disposto no n.º2, do citado artigo 35.º, na redacção vigente à data em que foi outorgado o contrato,⁸ a celebração de contratos de *tarefa* e de *avença* apenas podia ter lugar quando estivessem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- Se tratasse da execução de trabalho não subordinado, para a qual se revelasse inconveniente o recurso a qualquer modalidade da relação jurídica de emprego público;
- O trabalho fosse realizado, em regra, por uma pessoa colectiva;⁹
- Fosse observado o regime legal da aquisição de serviços;
- O contratado comprovasse ter regularizadas as suas obrigações fiscais e para com a segurança social.

Por outro lado, segundo estabelece o n.º3, do mesmo normativo, considera-se *trabalho não subordinado* o que, sendo prestado com autonomia, não se encontra sujeito à disciplina e à direcção do órgão ou serviço contratante nem impõe o cumprimento de horário de trabalho.

⁸ A Lei n.º 3-B/2010 de 28 de Abril, introduzindo alterações na Lei n.º 12-A/2008, veio revogar a alínea b) do n.º2, do artigo 35.º, deste último diploma legal.

⁹ Este requisito veio a ser suprimido pela Lei n.º 3-B/2010 de 28 de Abril, aquando das alterações efectuadas à Lei n.º 12-A/2008, como se referiu na nota anterior.



Tribunal de Contas

O *contrato de avença*, de acordo com o nº6, do dito artigo 35º da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, ¹⁰ tem como objecto prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal.

Por seu lado, o *contrato de tarefa*, de harmonia com o nº5, ¹¹ do mesmo normativo, tem como objecto a execução de trabalhos específicos, de natureza excepcional.

A recorrente diz que, no caso em apreço, estamos perante uma “prestação de serviços na modalidade de *avença*, para execução de serviços específicos”.

Ora, face à matéria de facto dada por assente, e no âmbito do objecto do contrato ora submetido a fiscalização prévia deste Tribunal – o fornecimento de pessoal de enfermagem à ARSA, IP – está-se perante a execução de *trabalho não subordinado*, não sujeito à disciplina ou à direcção da ARSA, IP:

Efectivamente, embora no contrato se estabeleça um número de horas semanais e um total máximo de horas anuais previstas, (vide o Anexo I, à cláusula 1ª dos contratos - matéria factual constante da alínea **B**) do probatório), e se preveja o preenchimento de folha de ponto por parte de cada profissional de enfermagem, o certo é que não se define um horário de trabalho fixo.

Por outro lado, não se verifica a existência de sujeição à disciplina ou à direcção da ARSA, IP, apenas se prevendo a possibilidade de resolução do contrato no caso de o outro contratante violar de forma grave ou reiterada qualquer das obrigações que lhe incumbem (vide a cláusula 17ª do contrato - alínea **B**) do probatório).

O exercício da actividade de enfermagem é uma profissão liberal. Porém, o presente contrato não é celebrado com enfermeiros, nem tem como objecto a

¹⁰ Este número passou a ser o nº7, do artigo 35º, após as alterações introduzidas pela Lei nº 3-B/2010 supra citada.

¹¹ Este número passou a ser o nº 6, do artigo 35º, após as alterações efectuadas pela dita Lei nº 3-B/2010.



prestação de serviços de enfermagem, nem para aquele exercício é estabelecida uma remuneração mensal certa.

Assim, face à factualidade dada por assente, não se pode qualificar o referido contrato como de tarefa, ou de avença, uma vez que envolve o *fornecimento de pessoal de enfermagem*, em sentido amplo, e não a realização de um trabalho específico, de natureza excepcional, nem a disponibilização de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal.

Como se disse atrás, não existe aqui a contratação, pela ARSA, IP., de serviços de enfermagem, efectuada directamente com os próprios enfermeiros, mas antes a contratação, com uma empresa, para o fornecimento de profissionais de enfermagem com vista à ulterior prestação de serviços da sua especialidade.

Efectivamente, e como resulta do contrato, a adjudicatária limita-se a fornecer profissionais de enfermagem, inscritos na Ordem dos Enfermeiros Portugueses, com um certo perfil, sem que possa afectar à prestação outros enfermeiros sem prévia autorização da ARSA, IP (vide a matéria factual constante da alínea **B**) do probatório – cláusulas 8ª e 10ª do contrato).

Por seu turno, os serviços de enfermagem serão prestados nas instalações dos Agrupamentos dos Centros de Saúde (ACES) da ARS do Algarve, IP indicados no Anexo I ao contrato (vide a cláusula 2ª destes – alínea **B**) do probatório) sendo que existe o compromisso de os enfermeiros atenderem os doentes prestarem o serviço dentro do volume de horas indicado no mapa indicado no Anexo I ao contrato (vide a cláusula 3ª destes – alínea **B**) do probatório).

Deste modo, não se inclui o presente contrato em qualquer das modalidades de contratos de prestação de serviços previstas no artigo 35º da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.



Tribunal de Contas

Por seu lado, de harmonia com a alínea c), do nº2, deste normativo, os contratos de prestação de serviços só podem ser celebrados se observarem o regime legal de aquisição de serviços.

Além disso, deve referir-se que, de harmonia com o que estabelece o artigo 36º, nº1, da mencionada Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, os contratos de prestação de serviços, celebrados com violação dos requisitos previstos nos nºs 2 e 4 do artigo 35º, do mesmo diploma legal, são **nulos**.

Ademais, importa recordar que o regime legal de aquisição de serviços é o que consta do Código dos Contratos Públicos, uma vez que, como se viu acima, não lhes é aplicável a exceção constante da al. f), do nº4, do artigo 5º, deste compêndio normativo.

Nesta conformidade, atento o disposto no artigo 20º, nºs1, als. a) e b) e 3, do CCP e o valor do contrato, a celebração deste devia ter sido antecedida da realização de um concurso público ou de um concurso limitado por prévia qualificação, o que não sucedeu.

4. Refere a recorrente, por outro lado, que este Tribunal já concedeu o visto a contratos semelhantes, tendo, para o efeito, citado os Processos nºs 47/2008 e 15/2009, nos quais foi concedido o visto em 14-05-2008 e em 02-04-2009, respectivamente.

Os “vistos” a que a recorrente se refere, como tendo sido concedidos em 14-05-2008 e em 02-04-2009, não ocorreram nos processos nºs 47/2008 e 15/2009, mas sim nos processos nºs **120/2008** (pela Decisão nº 311/2008, de 04-05-2008) e **163/2009** (pela Decisão nº 335/09, de 02-04-2009).

Todavia, ao invés do que refere a recorrente, as situações supra mencionadas não têm semelhança com aquela que ora está em apreciação:



4. 1. Efectivamente, no caso do visto concedido no processo nº 120/2008, tratava-se da 1ª renovação - precedida de ajuste directo, ao abrigo do disposto no artigo 86º, nº1, alínea g), do DL nº 197/99 de 8 de Junho - de um contrato de prestação de cuidados de saúde que foi antecedido de um concurso público, cujo anúncio de abertura foi publicitado no *Diário da República* e no *Jornal Oficial da União Europeia (JOUE)*.

No caso do visto concedido no processo nº 163/2009, tratava-se da 2ª renovação – igualmente precedida de ajuste directo, ao abrigo do disposto no citado artigo 86º, nº1, alínea g), do DL nº 197/99 de 8 de Junho – do contrato de prestação de cuidados de saúde, celebrado na sequência do concurso público internacional, atrás referido.

Na situação aqui em apreço, porém, o contrato foi celebrado por ajuste directo, com consulta a quatro entidades, por a ARSA, IP ter considerado que não era aplicável a Parte II do Código dos Contratos Públicos (CCP).

Ora, vimos acima que, de acordo com o disposto no artigo 35º, nºs 1 e 2, da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, os contratos de prestação de serviços, outorgados por serviços da administração indirecta do Estado, só podem ser celebrados quando forem respeitados os requisitos cumulativos previstos no nº2, do mesmo normativo, entre os quais se releva o da alínea c), que impõe que seja observado o regime legal de aquisição de serviços.

O desrespeito dos requisitos indicados no nº2 acarreta, por sua vez, a **nulidade** dos contratos de prestação de serviços, face ao disposto no nº1, do artigo 36º, da citada Lei nº 12-A/2008.

Além disso, e como também vimos, o presente contrato não está abrangido pela excepção constante da alínea f), do nº4, do artigo 5º, do CCP, dado que se não trata da aquisição de serviços de saúde, mas sim de fornecimento de pessoal de enfermagem, motivo por que não está subtraído à disciplina do CCP, designadamente da sua Parte II.



Deste modo, atento o valor do contrato e o disposto no artigo 20º, nº1, alíneas a) e b) do CCP, o instrumento contratual aqui em apreço deveria ter sido antecedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, conforme decidiu o Acórdão recorrido.

A falta de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, quando legalmente obrigatórios – como é o caso que ora nos ocupa – acarreta a **nulidade** do acto de adjudicação e do subsequente contrato, por preterição de um elemento essencial (artigos 133º, nº1 do CPA e 284º, nº2, do CCP).

A nulidade, por seu turno, é fundamento de recusa de visto, nos termos estabelecidos no artigo 44º, nº3, al. a) da Lei nº 98/97 de 26 de Agosto.

Não merece, assim, censura o Acórdão recorrido.

5. Um apontamento final se justifica:

A celebração do presente contrato ocorreu em razão da dificuldade em suprir necessidades prementes de prestação de serviços de enfermagem às populações.

Casos têm havido, por outro lado, em que as carências se verificam ao nível da prestação de serviços médicos.

Uma vez que a resposta para estas necessidades não poderá ser alcançada através do mecanismo adoptado no presente caso, importaria que o legislador reponderasse as soluções normativas, actualmente em vigor, por forma a que os serviços tenham possibilidade de encontrar soluções que, de forma eficaz, ultrapassem as dificuldades que os mecanismos de mobilidade possam originar e possam encontrar respostas satisfatórias para uma tão séria situação como é a da carência de médicos e de enfermeiros em certas zonas do País.



Tribunal de Contas

Uma vez que está em causa a saúde da população e o cumprimento do disposto no artigo 64º, da Constituição da República Portuguesa (CRP), ¹² deve o Estado colocar todo o seu empenho no desenvolvimento de acções que possam concretizar o direito aí consagrado.

IV – DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os Juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas, em Plenário, em negar provimento ao presente recurso e, em consequência, em confirmar a decisão recorrida.

Mais acordam os juízes da 1ª Secção do Tribunal de Contas em ordenar a remessa de cópia deste Acórdão à Senhora Ministra da Saúde e ao Senhor Secretário de Estado da Administração Pública, a fim de ponderarem o que se deixou mencionado no ponto **III. 5.**, deste aresto.

São devidos emolumentos (artigo 16º, nº1, al. b) do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, anexo ao DL nº 66/96 de 31 de Maio).

Lisboa, 26 de Outubro de 2010.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

¹² Recorde-se que o artigo 64º da Constituição da República Portuguesa dispõe, no seu nº1, que “todos têm direito à protecção na saúde e o dever de a defender e promover”, e que, nos termos do nº3, desta disposição constitucional, incumbe ao Estado, prioritariamente, assegurar o direito à protecção da saúde.



Tribunal de Contas

(Helena Abreu Lopes)

(José L. Pinto Almeida)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)