



ACÓRDÃO N° 22 /11 – 12.JUL. 2011 – 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO N° 33/2011

(Procs. n°s 374, 375 e 376/2011)

DESCRITORES: Contratação pública.
Contrato de prestação de serviços.
Serviços de saúde e de carácter social.
Serviços de colocação e fornecimento de pessoal médico.
Vocabulário Comum dos Contratos Públicos (CPV).
Concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação.
Ajuste directo.
Regulamento (CE) n° 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007.
Directiva n° 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) n° 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de 2007, (que alterou a tabela constante Anexo II B à Directiva n° 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, incluídos na categoria 22, da Tabela constante do Anexo VII ao Regulamento (CE) n° 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 – Tipificam contratos de colocação e fornecimento de pessoal médico, enquadrados na categoria 22, da Tabela indicada no ponto anterior, e com o número de referência CPV 79625000-1 - e não contratos de prestação de serviços médicos, com a referência CPV 85121200-5 – aqueles que foram celebrados entre a Maternidade Alfredo da Costa (MAC) e as empresas “Morpheus – Anestela, Lda.”, “Fridana – Serviços Médicos, Lda.” e “Sucesso 24 horas, Lda.”, tendo em vista a colocação e o fornecimento, por estas, de pessoal médico anestesiológico, para prestação de serviços médicos na MAC;
- IV - Os contratos referidos no ponto anterior, celebrados pela MAC não estão abrangidos pela exceção prevista na alínea f), do nº4, do artigo 5º, do Código dos Contratos Públicos (CCP), pelo que lhes é aplicável a Parte II deste Código.
- V – Os contratos mencionados no ponto III, porque envolvem a colocação e o fornecimento de pessoal médico e não a realização de um trabalho específico, de natureza excepcional, nem a disponibilização de prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, não podem ser incluídos 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, os contratos mencionados no ponto III deveriam ter sido precedidos 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 um elemento 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 22 /11 – 12.JUL. 2011 - 1ª S/PL

RECURSO ORDINÁRIO Nº 33/2011

(Procs. nºs 374, 375 e 376/2011)

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

I – RELATÓRIO

1. Recorreu a “**Maternidade Alfredo da Costa**”, (MAC) do Acórdão nº 40/2011, de 24 de Maio de 2011, da 1ª Secção, deste Tribunal, proferido em subsecção, que recusou o visto aos seguintes contratos remetidos para fiscalização prévia:

- “Contrato de prestação de serviços de médicos de anestesiologia”, celebrado com a empresa “Morpheus – Anestela, Lda.”, no valor de 204.120,00 €, acrescido do IVA à taxa legal;
- “Contrato de prestação de serviços de médicos de anestesiologia”, celebrado com a empresa “Fridana – Serviços Médicos, Lda.”, no valor de 182.250,00 €, acrescido do IVA, à taxa legal;
- “Contrato de prestação de serviços de médicos de anestesiologia”, celebrado com a empresa “Sucesso 24 horas, Lda.”, no valor de 182.250,00 €, acrescido do IVA, à taxa legal.

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

- a) Os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não têm por objecto a prestação de serviços médicos, mas, diversamente, serviços de colocação e de fornecimento de pessoal médico de anestesiologia, a fim de a Maternidade



- Alfredo da Costa poder prestar serviços médicos dessa área de especialidade;
- b) Aos serviços de fornecimento de pessoal médico corresponde a nomenclatura CPV com a referência 79625000-1, 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) Os referidos contratos não estão abrangidos pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f), do Código dos Contratos Públicos (CCP);
 - d) Os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não podem ser qualificados como contratos de prestação de serviços, nas modalidades de tarefa ou de avença, tendo em conta o disposto no artigo 35º, nºs 1 a 7 da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro;
 - e) Uma vez que o procedimento que antecedeu a celebração dos contratos, não continha, no critério de adjudicação fixado, o modo de avaliação dos factores de “adequação/qualidade da proposta” e o “preço/hora”, foi violado o disposto no artigo 115º, nº2, al. b) do CCP;
 - f) Dado que no convite para a apresentação de propostas se referia que “ a MAC reserva-se o direito de fazer adjudicações parciais”, foi violado o disposto no artigo 73º, nº1, do CCP;
 - g) A violação do disposto no artigo 22º, nº2, da Lei nº 55-A/2010 de 31 de Dezembro, bem como a violação do artigo 35º, nº2, al. c) da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, são geradoras de nulidade;
 - h) As violações do disposto nos artigos 73º, nº1, 115º, nº2, 122º, nº1, 124º, nº1 e 125º, nº1 do CCP acarretam ilegalidades que alteram ou podem alterar o resultado financeiro do contrato;
 - i) Nos termos do artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do CCP, e face ao valor dos contratos, deveriam estes ter sido precedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, o que se não verificou;
 - j) 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 Maternidade Alfredo da Costa formulou as seguintes conclusões:

- 1ª – Os serviços contratados pela ora recorrente enquadram-se no Código CPV 85121100-5, correspondente a “serviços de medicina interna especializada”, pelo que a correspondente contratação está excluída da aplicação da Parte II do CCP, por força do disposto na alínea f) do nº4 do artigo 5º do mesmo Código.*
- 2ª – O raciocínio da decisão recorrida segundo o qual os serviços contratados pela ora recorrente não são serviços médicos especializados por serem prestados nas instalações da MAC e sob a coordenação da mesma e porque para os utentes é indiferente se os médicos que os tratam são da MAC ou de uma empresa privada contratada por aquela, padece de erro nos seus pressupostos de facto, porquanto estes são factores irrelevantes para aferir se estamos perante a colocação de pessoal ou a contratação de serviços médicos especializados.*
- 3ª – Os serviços em causa não são uma mera colocação de pessoal porquanto (i) os contratos em causa visam a obtenção de determinados resultados, a desenvolver pelos colaboradores dos adjudicatários com autonomia técnica, (ii) a retribuição em causa não é paga a esses colaboradores mas sim à empresa adjudicatária, enquanto montante global para pagamento do fornecimento da totalidade dos serviços prestados, (iii) não existe qualquer relação de subordinação entre a recorrente e os médicos prestadores dos serviços em análise, nem tampouco poderes de autoridade e direcção sobre os mesmos, (iv) não existe qualquer tipo de relação contratual de trabalho individual entre os médicos colaboradores da adjudicatária e a ora recorrente.*
- 4ª – Mesmo que se considerasse que os serviços em causa também são enquadráveis no código CPV 79625000-1 a que se refere a decisão recorrida, referentes a “serviços de fornecimento de pessoal médico”, certo é que a contratação em causa continuava abrangida pelo disposto na alínea f), do nº4, do artigo 5º do CCP. Na verdade,*
- 5ª – No caso da conclusão anterior, estaríamos perante uma sobreposição entre Códigos CPV com o mesmo nível de desagregação, bastando que um deles esteja excepcionado (parta efeitos do disposto na alínea f) do nº4 do artigo 5º do CCP) para que a contratação deva ser considerada como contratação excluída, só assim se respeitando a ratio subjacente à excepção constante da*



alínea f) do nº 4 do artigo 5º do CXCP: a opção de política legislativa foi clara no sentido de considerar a especificidade dos serviços de saúde e de formação profissional, os únicos serviços de uma extensa lista (cfr. Anexo II da Directiva 2004/18/CE) que se encontram excepcionados naquele normativo.

6ª – Uma vez que é aplicável o disposto na referida alínea f) do nº4 do artigo 5º do CCP, improcede a suposta violação do disposto no artigo 20º, nº1, a) e b) do CCP e no artigo 35º, nºs 1, 2, c), 6 e 7 todos da Lei nº 12/2008 de 27 de Fevereiro.

7ª – Também improcede a suposta violação do disposto no nº3, do artigo 6º da Lei nº 12-A/2008, face à impossibilidade verificada de aplicar à contratação em causa qualquer das modalidades de emprego público previstas na Lei nº 12/2008 de 27 de Fevereiro.

8ª – A contratação em causa não carecia do parecer prévio previsto no nº4, do artigo 35º e no nº6, do artigo 6º da Lei nº 12-A/2008, no artigo 44º do Decreto-Lei nº 72-A/2010 de 18 de Junho e no nº2 do artigo 22º da Lei nº 55-A/2010 de 31 de Dezembro, porquanto não se enquadra no âmbito de aplicação da Portaria nº 371-A/2010 de 23 de Junho e da Portaria nº 4-A/2011 de 3 de Janeiro.

9ª – As decisões de adjudicação não carecem de fundamentação porquanto, como diz a decisão recorrida, o factor preço/hora é um factor objectivo e simples, sendo “facilmente descortinável qual a fundamentação das pontuações atribuídas” e não há qualquer fórmula matemática para a avaliação do factor da adequação/qualidade da proposta, pelo que a sua aferição só podia ser tida em conta em termos relativos, através de um juízo (necessariamente subjectivo) de comparação das propostas apresentadas, a formular pelo órgão instrutor do presente procedimento.

10ª – Todas as demais ilegalidades imputadas pela decisão recorrida à contratação em causa são supostas violações do disposto na Parte II do CCP, pelo que também improcedem na medida em que não eram aplicáveis ao procedimento pré-contratual em causa, uma vez que este se enquadrava no disposto na alínea f) do nº4, do artigo 5º do CCP.

Terminou dizendo que o presente recurso deve ser admitido e julgado procedente, com as consequências legais.

3. O Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público emitiu douto parecer no sentido de que o recurso interposto não merece provimento.



4. Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir, já que nada obsta ao conhecimento do objecto do recurso, sendo que este é delimitado pelas conclusões da alegação da recorrente, nos termos do artigo 684º, nº3, do CPC.

II – MATÉRIA DE FACTO

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 2 de Março de 2011, a *Maternidade Alfredo da Costa* celebrou um contrato de prestação de serviços de médicos de anesthesiologia, com a empresa “*Morpheus – Anestela, Lda.*”, pelo valor de 204.120,00 €, acrescido do IVA à taxa legal, para vigorar de 1 de Janeiro a 30 de Junho de 2011;
- B) No mesmo dia 2 de Março de 2011, a *Maternidade Alfredo da Costa* celebrou um contrato de prestação de serviços de médicos de anesthesiologia, com a empresa “*Fridana – Serviços Médicos, Lda.*”, pelo valor de 182.250,00 €, acrescido de IVA à taxa legal, para vigorar de 1 de Janeiro a 30 de Junho de 2011;
- C) Ainda no mesmo dia 2 de Março de 2011, a *Maternidade Alfredo da Costa* celebrou um outro contrato com a empresa “ **Sucesso 24 horas, Lda.**”, pelo valor de 182.250,00 €, acrescido de IVA, à taxa legal, para vigorar de 1 de Janeiro a 30 de Junho de 2011;
- D) Os contratos supra referidos foram formados através de um procedimento por ajuste directo, com consulta a várias entidades, “*tendo em vista a manutenção da quantidade e da qualidade dos serviços prestados; a impossibilidade de contratação, por inexistência de quotas e na sequência dos pedidos de aposentação e exoneração de Médicos Anesthesiologistas*”¹, ao abrigo da alínea f), do n.º 4, do artigo 5º do CCP², e nos termos do Despacho n.º

¹ Vide Acta n.º 43/10, do Conselho de Administração, de 10.12.10.

² Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de



Tribunal de Contas

8/SEAS/2007, da Secretária de Estado Adjunta e da Saúde, de 13 de Março de 2007, constante dos autos, *“uma vez que se enquadra no âmbito do Anexo II-B da Directiva n.º 2004/18/CE – Código CPV (...) – 85121200-5 Serviços de Medicina Especializada”*;

- E)** A deliberação do Conselho de Administração (CA) da MAC, de 10 de Dezembro de 2010, ³ que autorizou a abertura do procedimento, determinou ainda a consulta a seis empresas, a contratação por seis meses, até ao limite de 1500 horas mensais, indicou as entidades a convidar, aprovou o caderno de encargos e o convite, e nomeou o júri do procedimento;
- F)** Foi estabelecido como critério de adjudicação, o da proposta economicamente mais vantajosa, com a ponderação dos factores de *“adequação/qualidade da proposta”* e *“preço/hora”*,⁴ mas não foi estabelecido, para qualquer destes factores, o modo ou critério de pontuação ou ponderação;
- G)** No convite ⁵ referia-se que *“[a] MAC reserva-se o direito de fazer adjudicações parciais, sem que os concorrentes tenham direito a qualquer indemnização”*;
- H)** No procedimento foram dirigidos convites às empresas “Fridana – Serviços Médicos, Lda.”, “Morpheus- Anestela, Lda.”, “Sucesso 24, Lda.”, Medipeople – Soluções de Recursos Humanos para a Saúde, Lda.”, “Randstad Clinical – Cuidados de Saúde, Lda.” e “Helped – Prestação de Serviços de Saúde, Lda.”;
- I)** No primeiro relatório do júri, datado de 4 de Janeiro de 2011, foi elaborada uma proposta de adjudicação, em que o valor hora dos serviços prestados variava entre € 75 e € 75,9;
- J)** Em acta do CA da MAC, posterior ao primeiro relatório do júri, este é homologado, diz-se *“...[a] ceitar o valor das respectivas propostas, embora o preço/hora seja superior aos valores de referência”*

Setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de Setembro, 278/2009, de 2 de Outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

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

⁴ Vide alínea 6) do convite.

⁵ Vide alínea 7) do convite.



estipulados para a contratação de serviços médicos (...)” e “delibera prosseguir com o processo atendendo à inutilidade de qualquer outra diligência no sentido de auscultar o mercado...”;

- K)** No segundo relatório do júri, datado de 1 de Fevereiro de 2011, foi feita nova proposta de adjudicação, em que o valor hora dos serviços prestados era de € 67,50;
- L)** Em acta do CA da MAC, com a mesma data do segundo relatório, este foi homologado *“face às declarações de redução remuneratória apresentadas”* e procedeu-se à adjudicação;
- M)** A adjudicação foi feita às empresas Fridana – Serviços Médicos, Lda., Morpheus- Anestela, Lda., Sucesso 24, Lda.;
- N)** Nos dois relatórios do júri diz-se: *“As restantes 96 horas mensais, 576 horas semestrais, serão adjudicadas posteriormente após reunião a efectuar com as firmas Medipeople e Helped, onde será analisada a capacidade de resposta às necessidades da MAC”;*
- O)** Nos relatórios do júri, no que respeita à fundamentação da avaliação das propostas diz-se que o júri *“apreciou as propostas apresentadas pelas firmas “Morpheus; Fridana e Sucesso 24 Horas.”, bem como elementos de identificação dos profissionais de cuidados de saúde tendo por base o critério de adjudicação fixado (...)”;*
- P)** As cláusulas contratuais dos contratos estipulam o seguinte, com relevância para o respectivo objecto contratual:

“... Cláusula Primeira: O presente contrato tem por objecto a prestação, pela firma (...) à Maternidade (...) de serviços de médicos de Anestesiologia de segunda-feira a domingo, incluindo feriados, das 0 às 24 horas, no Serviço de Urgência, Bloco Operatório de Ginecologia, PMA ⁶ e apoio às restantes unidades do serviço de anestesiologia (...) de Janeiro a Junho de 2011, até ao limite de (...⁷) horas semestrais mediante uma contrapartida”.

⁶ Procriação Médica Assistida.

⁷ 2700 horas no caso da Fridana – Serviços Médicos, Lda., e da Sucesso 24, Lda., e 3024 horas no caso da Morpheus- Anestela, Lda..



“Cláusula Quinta: Os dados de identificação dos profissionais de saúde que irão assegurar a prestação de serviços objecto do presente contrato, são os seguintes (...)⁸.”

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

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

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

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

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

“Cláusula Décima Terceira: A firma (...) prestará os serviços adjudicados, durante o ano de 2011, pelo valor hora de 67,50 € (...⁹) e até ao limite de (...¹⁰)”

Q) Foi questionada a MAC sobre a razão por que não optou por enquadrar os serviços de fornecimento de médicos anestesistas no código 79625000-1 – Serviços de fornecimento de pessoal médico – do vocabulário comum para os contratos públicos (CPV) do Anexo VII, do Regulamento (CE) nº 213/2008, da Comissão, de 28 de Novembro de

⁸ Segue-se o nome, morada, número de Cartão de Cidadão/Bilhete de Identidade, cédula profissional, nota curricular (em anexo) e outros elementos de identificação dos médicos: 4 no caso da Fridana – Serviços Médicos, Lda., 3 no caso da Sucesso 24, Lda., e 11 no caso da Morpheus- Anestela, Lda..

⁹ Para todos os dias do ano no caso da empresa Sucesso 24, Lda.

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



2007 ¹¹ e, antes, optou por o enquadrar no código 85121200-5 – Serviços de medicina especializada - e, por essa via, subordinar-se ao disposto na alínea f), do n.º 4, do artigo 5º do CCP;

R) Á questão indicada na alínea anterior, respondeu a MAC: ¹²

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

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

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

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

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

Por último, faz-se notar ainda outro aspecto: os CPV têm um propósito de enumeração exhaustiva das realidades a que se referem, uniformizando essa informação, sendo, nessa medida, um instrumento relevante para que os operadores económicos (nacionais, europeus e internacionais) identifiquem com rigor o objecto de um determinado contrato apenas através da consideração do Código CPV respectivo. Ora, este propósito de enumeração exhaustiva (ainda que estruturado de forma

¹¹ Regulamento que alterou o Anexo II-B da Directiva nº 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

¹² Vide ofício nº 1287, de 11 de Abril de 2011.



arborescente) determina, não raras vezes, a existência de sobreposições entre Códigos de CPV com o mesmo nível de desagregação. Donde, um determinado objecto contratual pode ser reconduzido, em rigor, a vários Códigos CPV, bastando que pelo menos um desses códigos esteja excepcionado (para efeitos do disposto na alínea f) do n.º 4 do artigo 5º do CCP) para que a contratação deva ser considerada como contratação excluída, como sucede no caso em apreço.

Efectivamente, é essa a ratio subjacente à excepção constante da alínea f) do n.º 4 do artigo 5º do CCP: a opção de política legislativa foi clara, no sentido de considerar a especificidade dos serviços de saúde e de formação profissional, os únicos serviços de uma extensa lista (cfr. Anexo II da Directiva 2004/18/CE que se encontram excepcionados naquele normativo...”;

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

T) À questão mencionada na alínea anterior respondeu a MAC: ¹³

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

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

Esta realidade, que se foi agravando progressivamente, desde 2007, resulta essencialmente do facto da Anestesiologia ser uma valência dramaticamente carenciada, o que implica que, apesar de se terem aberto diversos procedimentos concursais, não se

¹³ Vide officio n.º 1287, de 11 de Abril de 2011.



tenha conseguido efectuar nenhuma contratação por esta via: os concursos ou ficam desertos ou os raros candidatos aprovados desistem quando conhecem as condições de contratação (em virtude das instituições privadas e EPEs oferecerem remunerações e condições laborais muito superiores às do Sector Público Administrativo, que se pauta por condições e tabelas remuneratórias pré definidas sem possibilidade de negociação).

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

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

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

«Maioritariamente, os médicos que prestam cuidados de saúde nas diversas instituições hospitalares do Serviço Nacional de Saúde possuem uma relação jurídica estável com a organização, representando o período de tempo dedicado ao serviço de urgência uma parte mais ou menos significativa do seu horário de trabalho semanal. Reconhece-se porém que com a alteração do normativo aplicável no âmbito dos hospitais entidades públicas empresariais, e também devido à dificuldade de substituição de recursos médicos especializados em diversas instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS) tem-se verificado que os respectivos recursos internos disponíveis são insuficientes para fazer face ao aumento da procura de cuidados de saúde.»

Determinando o mesmo despacho que:

«1 – A contratação de entidades privadas para prestarem cuidados de saúde no Serviço Nacional de Saúde (SNS) só é admitida depois de esgotados os recursos internos disponíveis para fazer face à mesma necessidade, incluindo situações de mobilidade admissíveis nos termos da lei.»



E, em face da escassez de médicos especialistas, através do Despacho n.º 29533/2008, do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 223, de 17 de Novembro de 2008, foi referido o seguinte:

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

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

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

Assim, (...) determino:

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

(...)

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

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



III – O DIREITO

1. Como se referiu acima, e agora se relembra, a Decisão recorrida recusou o visto aos contratos para “*Prestação de Serviços de Médicos de Anestesiologia*” remetidos a este Tribunal, para fiscalização prévia, pela Maternidade Alfredo da Costa, com fundamento em que:

- a) Os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não têm por objecto a prestação de serviços médicos, mas, diversamente, serviços de colocação e de fornecimento de pessoal médico de anestesiologia, a fim de a Maternidade Alfredo da Costa poder prestar serviços médicos nessa área de especialidade;
- b) Aos serviços de fornecimento de pessoal médico corresponde a nomenclatura CPV com a referência 79625000-1, 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) Os referidos contratos não estão abrangidos pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f), do Código dos Contratos Públicos (CCP);
- d) Os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não podem ser qualificados como contratos de prestação de serviços, nas modalidades de tarefa ou de avença, tendo em conta o disposto no artigo 35º, nºs 1 a 7 da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro;
- e) Uma vez que o procedimento que antecedeu a celebração dos contratos, não continha, no critério de adjudicação fixado, o modo de avaliação dos factores de “adequação/qualidade da proposta” e o “preço/hora”, foi violado o disposto no artigo 115º, nº2, al. b) do CCP;



- f) Dado que no convite para a apresentação de propostas se referia que “ a MAC reserva-se o direito de fazer adjudicações parciais”, foi violado o disposto no artigo 73º, nº1, do CCP;
- g) A violação do disposto no artigo 22º, nº2, da Lei nº 55-A/2010 de 31 de Dezembro, bem como a violação do artigo 35º, nº2, al. c) da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, são geradoras de nulidade;
- h) As violações do disposto nos artigos 73º, nº1, 115º, nº2, 122º, nº1, 124º, nº1 e 125º, nº1 do CCP acarretam ilegalidades que alteram ou podem alterar o resultado financeiro do contrato;
- i) Nos termos do artigo 20º, nºs 1, als. a) e b) e 3, do CCP, e face ao valor dos contratos, deveriam estes ter sido precedidos de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, o que se não verificou;
- j) 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.

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

2. Analisemos, então, a justeza – ou não - da Decisão recorrida, bem como da valia das razões invocadas pela entidade recorrente, tendo em conta a matéria de facto dada por assente e o que vem alegado pela Maternidade Alfredo da Costa.

3. A decisão recorrida assentou, como se disse acima, no facto de os contratos submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas não terem por objecto a prestação de serviços médicos, mas, diversamente, o fornecimento de pessoal médico de anesthesiologia, a fim de a Maternidade Alfredo da Costa poder prestar serviços médicos dessa área de especialidade, sendo que os contratos para fornecimento de pessoal médico não se encontram excepcionados da aplicação da Parte II do CCP, por não lhes ser aplicável a excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f) do mesmo Código.



3. 1. Refere a recorrente que os serviços em causa não são uma mera colocação de pessoal, porquanto:

- os contratos em apreço visam a obtenção de determinados resultados, a desenvolver pelos colaboradores dos adjudicatários com autonomia técnica;
- a retribuição em causa não é paga a esses colaboradores mas sim à empresa adjudicatária, enquanto montante global para pagamento do fornecimento da totalidade dos serviços contratados;
- não existe qualquer relação de subordinação entre a recorrente e os médicos prestadores dos serviços em análise, nem tampouco poderes de autoridade e direcção sobre os mesmos;
- não existe qualquer tipo de relação contratual, de trabalho individual, entre os médicos colaboradores da adjudicatária e a ora recorrente.

Por outro lado, - diz ainda a MAC - mesmo que se considerasse que os serviços em causa também são enquadráveis no Código CPV 79625000-1 a que se refere a decisão recorrida, referente a “serviços de fornecimento de pessoal médico”, certo é que a contratação em causa continuava abrangida pelo disposto na alínea f) do nº4 do artigo 5º do CCP.

Além disso – refere ainda a recorrente – uma vez que é aplicável o disposto na dita alínea f) do nº4 do artigo 5º do CCP, improcede a suposta violação do disposto no artigo 20º, nº1, als. a) e b) do CCP e no artigo 35º, nºs 1, 2, al. c), 6 e 7 da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

Também, segundo a recorrente, improcede a suposta violação do disposto no nº3 do artigo 6º das Lei nº 12-A/2008, face à impossibilidade de aplicar à contratação em causa qualquer das modalidades de emprego público previstas na mesma Lei nº 12-A/2008.

Igualmente – segundo a recorrente - não carecia a contratação aqui em causa do parecer prévio previsto no nº4, do artigo 35º e no nº6, do artigo 6º, ambos da Lei nº 12-A/2008, e no nº 2, do artigo 22º da Lei nº 55-A/2010 de 31 de Dezembro, porque tal contratação não se enquadra no âmbito de aplicação das Portarias nºs 371-A/2010 de 23 de Junho e 4-A/2011 de 3 de Janeiro.



Tribunal de Contas

Finalmente, sustenta a recorrente que as decisões de adjudicação não carecem de fundamentação porque o factor preço/hora é um factor objectivo e simples e não há qualquer fórmula matemática para a avaliação do factor da adequação/qualidade da proposta.

4. Prosseguindo na análise da decisão recorrida e da valia da argumentação da recorrente, importa, pois, caracterizar os contratos que foram submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

A este respeito, e tendo em conta extensa e uniforme jurisprudência deste Tribunal, ¹⁴ 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 objectivos 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, ¹⁵ 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 os citados contratos, designadamente, para saber se os mesmos tipificam contratos de prestação de serviços, ou, diversamente, se eles se caracterizam como contratos de fornecimento e colocação de pessoal, como entendeu a decisão recorrida.

Para tanto há que observar a factualidade dada por assente.

¹⁴ 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.

¹⁵ In Rec. Ord.º n.º 11/09.



Tribunal de Contas

4. 1. Ora, como resulta da matéria de facto dada por provada, designadamente da alínea **P**) do probatório, os contratos que foram submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal têm em vista obter o fornecimento, pelas empresas adjudicatárias, de médicos de anestesiologia, para prestação de serviços da especialidade de segunda feira a domingo, incluindo feriados, das 0 às 24 horas, no Serviço de Urgência, Bloco Operatório de Ginecologia, Procriação Medicamente Assistida, e apoio às restantes unidades do serviço de anestesiologia de Janeiro a Junho de 2011 até ao limite de (... ¹⁶) horas semestrais, mediante uma contrapartida (vide cláusula 1ª do contrato).

Para obter este resultado, importa realçar que, para o fornecimento e colocação do citado pessoal médico, as partes acordaram o respectivo preço, bem como a remuneração horária dos médicos (vide cláusula 13ª do contrato – Alínea **P**) do probatório).

Para o controlo de facturas, as partes acordaram que os médicos ficavam sujeitos ao sistema de controlo de acessos da MAC (vide cláusula 12ª do contrato – Alínea **P**) do probatório).

Por outro lado, as empresas adjudicatárias – segundas outorgantes nos contratos – obrigaram-se a colocar ao serviço os profissionais com os dados identificativos indicados expressamente (vide cláusula 5ª do contrato – Alínea **P**) do probatório).

Além disso, os profissionais de saúde não podem ser substituídos em caso algum, salvo em caso de força maior, ou mediante autorização expressa e por escrito da MAC, embora a Maternidade possa solicitar, por razões fundamentadas, a substituição dos profissionais de saúde ou a rescisão do contrato, nos termos legais (vide cláusula 5ª do contrato – Alínea **P**) do probatório).

Por outra banda, as firmas adjudicatárias³ garantem e são responsáveis pelos profissionais de saúde por elas indicados à MAC (vide cláusula 9ª do contrato – Alínea **P**) do probatório).

¹⁶ 2700 horas (no caso das empresas “Fridana – Serviços Médicos, Lda.” e “Sucesso 24, Lda.”) e 3024 horas (no caso da empresa “Morpheus – Anestela, Lda.”).



4. 2. Ora todas estas circunstâncias apontam no sentido de que o objecto do contrato não foi a prestação de serviços médicos, mas o fornecimento e a colocação de pessoal médico da especialidade de anestesiologia.

Deve, até, dizer-se que este entendimento é, também, partilhado pela recorrente, já que, na conclusão 3^a, das suas alegações, esta refere que “a retribuição em causa não é paga a esses colaboradores, mas sim à empresa adjudicatária, enquanto montante global para pagamento da totalidade dos serviços contratados”.

Aliás, e como bem refere a decisão recorrida, as empresas adjudicatárias não se comprometem a fornecer quaisquer serviços de organização das consultas ou dos tratamentos, nem são responsáveis por garantir quaisquer locais ou equipamentos necessários à sua boa realização.

Além disso, não é possível dizer-se que as adjudicatárias prestam serviços médicos, usando as instalações e os equipamentos da MAC, já que elas se alheiam de todos os aspectos logísticos e de prestação.

Como também acentua o Acórdão recorrido, o que foi contratado foi a disponibilização de recursos humanos qualificados e não a prática de actos médicos, situação evidenciada, aliás, pelo estabelecimento de um preço/hora para efeitos de regulação contratual.

Do que vem de dizer-se, logo se conclui que os serviços médicos não são prestados pelas empresas adjudicatárias, mas, ao invés, pela MAC, através de médicos fornecidos e colocados por aquelas empresas.

Por isso é que a questão da caracterização dos contratos, submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal, tem toda a pertinência, porquanto ela tem directa incidência na definição da norma jurídica reguladora da relação pré-contratual subjacente aos mesmos.

4. 3. É certo que o artigo 5^o, n^o4, 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 n^o 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 n^o2, do seu artigo 11^o.



Tribunal de Contas

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) n.º 2195/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro, que, por sua vez, foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2151/2003, da Comissão, de 16 de Dezembro e pelo Regulamento (CE) n.º 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 n.º 2004/18/CE.

O Anexo II-B da citada Directiva n.º 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*”.

Esta tabela, por força do estabelecido no Regulamento (CE) n.º 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*”,¹⁷ 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 **D)** do probatório, a recorrente entendeu estar perante “*Serviços enquadráveis no*

¹⁷ Excepto contratos de trabalho.



Tribunal de Contas

Código – CPV – 85121200-5 Serviço de medicina especializada”, pelo que considerou que os mesmos preenchem 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 85121200-5, correspondente a “serviços de medicina especializada”, se enquadra nos serviços de saúde e de carácter social abrangidos pelo Anexo VII do Regulamento (CE) nº 213/2008, na categoria 25.

Todavia, como vimos, os contratos aqui em causa não foram celebrados directamente com médicos, nem têm por objecto a prestação de serviços médicos, mas antes o fornecimento e a colocação de pessoal médico.

Assim, tais contratos enquadram-se no número de referência CPV 79625000-1, e na categoria 22, precisamente a relativa aos “Serviços de colocação e de fornecimento de pessoal”.

Efectivamente, os serviços de fornecimento e colocação de licenciados em medicina, inscritos na Ordem dos Médicos Portugueses - para prestação de serviços médicos de anesthesiologia na MAC - encontram-se enquadrados 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, os contratos submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal, sendo embora contratos públicos de serviços, na acepção do artigo 1º, nº2, al. d) da mencionada Directiva nº 2004/18/CE, não se encontram excepcionados da aplicação da Parte II do CCP, uma vez que não se encontram abrangidos pela excepção prevista no artigo 5º, nº4, al. f) do Código dos Contratos Públicos.

Daqui resulta que à formação de tais contratos se aplica o disposto na Parte II do CCP.

Assim, e tendo em conta o valor dos contratos, deveriam estes ter sido precedidos de um concurso público, ou de um concurso limitado por prévia qualificação, nos termos do artigo 20º, nº1, als. a) e b), do dito CCP, tal como decidiu o acórdão recorrido.



Não tendo sido realizado qualquer destes procedimentos pré-contratuais, violado foi o mencionado artigo 20º, nº1, als. a) e b), do dito Compêndio normativo.

4. 4. Refere também a recorrente que improcede a suposta violação dos artigos 6º, nº3, 35º, nº1, 2, c), 6) e 7) da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, na situação em apreço, uma vez que é aplicável o disposto na alínea f), do nº4, do artigo 5º do CCP.

Além de já termos demonstrado que não é aplicável, na situação *sub judice*, esta norma do artigo 5º do CCP, importa dizer o seguinte:

Como vimos atrás, estamos aqui perante contratos de fornecimento de pessoal médico.

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

A Maternidade Alfredo da Costa - 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) ¹⁸ e do artigo 9º, da Lei nº 27/2002 de 8 de Novembro. ¹⁹

Aos serviços da administração indirecta do Estado é aplicável, por sua vez, a Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, - *ex vi* do seu artigo 3º, nº1 - diploma que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas. ²⁰

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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Diploma que aprova o regime jurídico da gestão hospitalar.

²⁰ 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

É esse, aliás, também, o entendimento do senhor Secretário de Estado Adjunto e da Saúde como se vê do seu Despacho nº 29533/2008, mencionado na alínea T) do probatório.

Na verdade, nesse despacho, determinou o mesmo membro do Governo que a contratação de serviços médicos, pelas instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS), deveria obedecer ao disposto no CCP aprovado pelo DL nº 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 35º da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro.

Ora, de acordo com o nº1, 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 nº2, do citado artigo 35º, na redacção vigente à data em que foram outorgados os contratos, ²¹ 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; ²²
- 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 nº3, 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.

O *contrato de avença*, de acordo com o nº6, do dito artigo 35º da Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, ²³ tem como objecto prestações sucessivas no exercício de profissão liberal, com retribuição certa mensal.

²¹ A Lei nº 3-B/2010 de 28 de Abril, introduzindo alterações na Lei nº 12-A/2008, veio revogar a alínea b) do nº2, do artigo 35º, deste último diploma legal.

²² Este requisito veio a ser suprimido pela Lei nº 3-B/2010 de 28 de Abril, aquando das alterações efectuadas à Lei nº 12-A/2008, como se referiu na nota anterior.



Tribunal de Contas

Por seu lado, o *contrato de tarefa*, de harmonia com o n.º5, ²⁴ do mesmo normativo, tem como objecto a execução de trabalhos específicos, de natureza excepcional.

Ora, face à matéria de facto dada por assente, e no âmbito do objecto dos contratos submetidos a fiscalização prévia deste Tribunal – o fornecimento de pessoal médico à MAC – está-se perante a execução de *trabalho não subordinado*, não sujeito à disciplina ou à direcção da MAC:

Efectivamente, embora nos contratos se estabeleça um número limite de horas semestrais, e se preveja a prestação dos serviços contratados, das 0 às 24 horas, de segunda feira a domingo, incluindo feriados, o certo é que não se define um horário de trabalho fixo, (vide a cláusula 1ª dos contratos - matéria factual constante da alínea **P**) do probatório).

Por outro lado, não se verifica a existência de sujeição à disciplina ou à direcção da MAC apenas se prevendo a possibilidade de substituição – por razões fundamentadas – dos profissionais de saúde, ou a resolução do contrato nos termos legais (vide a cláusula 6ª dos contratos - alínea **P**) do probatório).

O exercício da medicina é uma profissão liberal. Porém, os presentes contratos não são celebrados com médicos, nem têm como objecto a prestação de serviços médicos, nem para aquele exercício é estabelecida uma remuneração mensal certa.

Todavia, face à factualidade dada por assente, não se pode qualificar os referidos contratos como de tarefa, ou de avença, uma vez que envolvem o *fornecimento de pessoal médico*, 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 MAC, de serviços médicos, efectuada directamente com os próprios médicos, mas antes a contratação, com empresas, para o fornecimento de profissionais de medicina com vista à ulterior prestação de serviços da sua especialidade.

²³ Este número passou a ser o n.º7, do artigo 35º, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 3-B/2010 supra citada.

²⁴ Este número passou a ser o n.º 6, do artigo 35º, após as alterações efectuadas pela dita Lei n.º 3-B/2010.



Tribunal de Contas

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

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.

Nas situações aqui em apreço, os contratos foram celebrados por ajuste directo, por a MAC 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, os presentes contratos não estão abrangidos 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 médico, motivo por que não estão subtraídos à disciplina do CCP, designadamente da sua Parte II.

Deste modo, como se acentuou acima, atento o valor dos contratos e o disposto no artigo 20º, nº1, alíneas a) e b) do CCP, os instrumentos contratuais aqui em apreço deveriam ter sido antecedidos 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).



Tribunal de Contas

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.

6. As restantes ilegalidades apontadas pelo Acórdão recorrido não foram postas em causa pela recorrente, motivo por que não cabe aqui proceder à análise da sua justeza.

7. Um apontamento final se justifica:

A celebração dos presentes contratos ocorreu em razão da dificuldade em suprir necessidades prementes de prestação de serviços médicos às populações.

Casos têm havido em que as carências também se verificam ao nível da prestação de serviços de enfermagem.

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 as Unidades de Saúde 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 em algumas zonas do País.

É que, estando em causa a saúde da população e o cumprimento do disposto no artigo 64º, da Constituição da República Portuguesa (CRP),²⁵ deve o Estado colocar todo o seu empenho no desenvolvimento de acções que possam concretizar o direito aí consagrado.

IV – DECISÃO

²⁵ 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

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 deste Tribunal em ordenar a remessa de cópia deste Acórdão ao Senhor Ministro da Saúde, a fim de ponderar o que se deixou mencionado no ponto **III. 7.**, 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, 12 de Julho de 2011.

Os Juízes Conselheiros

(António M. Santos Soares, relator)

(Helena Ferreira Lopes)

(José L. Pinto Almeida)

Fui presente

O Procurador-Geral Adjunto

(Jorge Leal)