

**ACÓRDÃO N.º 11/2012 - 03.jul.2012 - 1ª S/PL**

**Recurso Ordinário n.º 02/2012**

**(Processo n.º 1197/2011)**

**DESCRITORES:** Protocolo / Aquisição de Serviços / Contratação *In House* / Requisitos / Controlo Análogo / Entidade Adjudicante / Contrato de Fornecimento / Concurso Público / Concurso Limitado Por Prévia Qualificação / Elemento Essencial / Nulidade / Adjudicação / Recusa de Visto

**SUMÁRIO:**

1. Constituem requisitos cumulativos da contratação *in house*, a existência de um controlo exercido, isoladamente ou em conjunto com outras entidades, pela entidade adjudicante sobre a entidade adjudicatária, análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, e o desenvolvimento pela entidade adjudicatária da parte essencial da sua actividade em benefício da entidade adjudicante.
2. O SUCH, enquanto pessoa colectiva de utilidade pública administrativa, não pode ser visto como um mero prolongamento das entidades públicas adjudicantes que dele são associadas ou uma relação interna equiparada à que é estabelecida pela entidade adjudicante com os seus próprios serviços, não se configurando que as entidades adjudicantes públicas tenham um controlo análogo ao que têm sobre os seus próprios serviços.
3. O n.º 1 do art.º 5.º do CCP dispõe que a parte II do Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação.

4. No contrato *sub judice*, as prestações objecto do contrato de fornecimento de alimentação têm natureza fungível, havendo, no mercado, inúmeros operadores económicos capazes de as prestar, sendo de afastar qualquer natureza *intuitu personae* visto tratar-se de entidades distintas, perfeitamente autónomas.
5. Não podendo o protocolo celebrado subsumir-se à figura da contratação *in house*, nos termos do art.º 5.º, n.º 2 do CCP, e inexistindo qualquer outra exceção à aplicação das regras da contratação pública, em função do seu valor (cfr. art.º 5.º, n.º 3, al. b) do mesmo Código) é-lhe aplicável a parte II do Código, cujo art.º 20.º, n.º 1, al. b), impõe que o contrato seja precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respectivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia.
6. A ausência de concurso, obrigatório no caso *sub judice*, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respectiva nulidade, nos termos dos arts. 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e 283.º, n.º 1 do CCP.
7. A nulidade constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

**Conselheiro Relator: Manuel Mota Botelho**



## **Acórdão Nº. 11 /2012, de 03 de julho – 1ª Secção-PL**

**RECURSO ORDINÁRIO N.º 02/2012**

**(Processo n.º 1197/2011)**

**Acordam os Juízes do Tribunal de Contas em Plenário da 1ª Secção**

### **I – RELATÓRIO**

1. Em 28 de novembro de 2011 foi proferido o Acórdão n.º 70/2011, da 1.ª Secção deste Tribunal, em Subsecção, que recusou o visto ao “Protocolo de Fornecimento de Alimentação aos Utentes e Pessoal do Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E., bem como a exploração das áreas de restauração do público e de acesso exclusivo a pessoal”, celebrado em 27 de julho de 2011 com o SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH), para o período de 10 de agosto de 2011 a 9 de agosto de 2016, prorrogável, no valor total de € 6.476.445,00.

2. Não se conformando com a decisão, o Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E. (doravante designada por CHS) interpôs recurso para o plenário da 1ª Secção, que aqui se dá por reproduzido.



### 3. Tendo formulado as seguintes conclusões:

**3.1.** *A celebração do Protocolo em apreço foi efectuada sem sujeição a qualquer procedimento pré-contratual legalmente tipificado no Código dos Contratos Públicos – mas ao abrigo de uma norma habilitante que integra aquele mesmo Código, o seu n.º 2 do artigo 5.º - partindo do reconhecimento, de facto e de direito, que as relações contratuais entre os associados e o SUCH não se situam num plano idêntico ao das relações com terceiros, existindo uma manifesta especialidade que permite concluir que ao processo de formação daqueles contratos não são aplicáveis as regras da contratação pública.*

**3.2.** *Seria aliás contraditório que o legislador permitisse que os hospitais criassem serviços de utilização comum (e para cujo funcionamento contribuem, desde logo pelo pagamento de quotas), para possibilitar uma melhor repartição de custos, que por vezes são avultados, a optimização dos recursos, e um funcionamento mais ágil dos associados, e viesse, por outro lado, sujeitar a qualquer procedimento de formação de contratos públicos legalmente tipificado, a utilização de tais serviços.*

**3.3.** *Este entendimento vem de encontro: (i) primeiro, com a posição defendida pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, nos Pareceres n.º 1/95, de 9 de Março de 1995, e 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, onde se concluiu que os serviços prestados pelo SUCH aos associados, no exercício das*



*suas atribuições, inserem-se num “plano materialmente cooperativo”, encontrando-se, assim, excluídos dos pressupostos de aplicação das normas sobre contratação pública, o que se mantém inalterado; (ii) segundo, com a doutrina erigida pela jurisprudência do Tribunal de Contas das Comunidades Europeias; (iii) terceiro, com a positivação daquela doutrina no n.º 2 do artigo 5º do CCP, e (iv), com o acolhimento expresso dos traços caracterizadores da teoria da relação in house nos Novos Estatutos do SUCH, que, em rigor, nada vieram inovar, mas apenas clarificar a situação.*

**3.4.** *Com efeito, analisadas as disposições mais relevantes dos Novos Estatutos do SUCH, consideramos que as dúvidas suscitadas – sobre a existência de uma relação in house entre o SUCH e os seus associados, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 5º, n.º 2, do CCP – no âmbito dos anteriores Estatutos se devem considerar ultrapassadas à luz dos Novos Estatutos desta associação.*

**3.5.** *Entendimento este que o próprio Tribunal de Contas, até Junho de 2009 – data em que passou a recusar o visto a contratos celebrados entre o SUCH e os seus associados sem sujeição às regras da contratação pública – manteve, certamente por reconhecer a especialidade assinalada da relação entre o SUCH e os seus associados públicos.*



- 3.6.** *Estão reunidas as condições para se considerar existir uma relação in house entre os associados, incluindo o CHS, e o SUCH.*
- 3.7.** *Desde logo, está suficientemente provada a existência de controlo análogo do SUCH, exercido conjuntamente pelos seus associados, para os efeitos previstos na alínea a), do n.º 2, do artigo 5º, do CCP, quer seja pela adstringência do SUCH aos seus fins estatutários (o que determina que tenha obrigatoriamente que pautar a sua actividade sem ter em vista o lucro, sem prejuízo, evidentemente, de uma gestão racional e eficiente), quer seja pelos intensos poderes de controlo que os associados conjuntamente têm, não só sobre as decisões macro de gestão (orientações estratégicas) mas também sobre a gestão corrente da actividade do SUCH, exercendo, assim, uma influência decisiva sobre a actuação desta associação, como expressamente previsto nos Novos Estatutos.*
- 3.8.** *O requisito do controlo análogo não é abalado pelos motivos sustentados no Acórdão recorrido, a saber, (i) a existência de Misericórdias na qualidade de associados do SUCH e (ii) uma suposta autonomia total (ou quase total) do órgão executivo do SUCH. Vejamos.*
- 3.9.** *O primeiro daqueles motivos é a existência de Misericórdias na qualidade de associados do SUCH, sendo alegado que “a participação de um relevante número de instituições particulares*



*de solidariedade social” prejudica em termos determinantes a “condução dos destinos do SUCH e a sua gestão”. Trata-se de um juízo conclusivo não demonstrado e manifestamente infundado, pois ignora que as Misericórdias detêm uma participação minoritária na Assembleia Geral e na composição do Conselho de Administração do SUCH.*

**3.10.** *Para além de uma participação minoritária relativamente aos associados públicos, as Misericórdias também estão em evidente minoria de votos na Assembleia Geral, por aplicação do mecanismo de votos previsto no artigo 15º, n.º 7, dos Novos Estatutos do SUCH, de onde resulta que nenhuma das Misericórdias associadas do SUCH tem mais que um voto, enquanto que há vinte associados públicos com dois votos (é o caso do CHS), quatro com três votos, um com quatro votos e um com cinco votos; os restantes associados públicos têm também um voto. Ou seja, num total de 126 votos, 90 dos quais são de associados públicos. Dito de outro modo, os associados públicos detêm uma maioria de decisão (votos) ainda muito superior á da maioria do número de associados que já representam.*

**3.11.** *Efectivamente, apenas uma minoria dos associados do SUCH não são entes públicos, antes pertencendo ao sector cooperativo e social da economia, inexistindo qualquer associado privado com fim lucrativo.*



- 3.12.** *Neste contexto, é manifesto que não podem tais entidades privadas sem fins lucrativos, influir em termos decisivos e contrários às orientações (gerais e correntes) dos demais associados públicos, com participações maioritárias (cfr. artigo 7º, n.º 2 dos Estatutos), nos variados órgãos de formação de vontade do SUCH.*
- 3.13.** *Adicionalmente, refira-se ainda que este argumento utilizado pelo Tribunal de Contas para rejeitar a verificação do requisito do controlo análogo desconsidera o elemento genético do SUCH, plasmado nas vinculações adstringentes previstas nos respectivos Estatutos, donde resulta que a sua actividade está, como não poderia deixar de estar, em absoluto condicionada à prestação de certos serviços aos seus associados, para um funcionamento mais ágil e eficiente destes, e em regime de cooperação e entreajuda, não podendo tal elemento teleológico-material deixar de desempenhar relevante missão na consideração da específica relação do ente com os seus associados e, especialmente, na caracterização jurídica do modo e dos termos da prestação de serviços pelo SUCH aos seus associados.*
- 3.14.** *O segundo dos motivos invocados no Acórdão recorrido para negar a existência de um controlo análogo prende-se com uma suposta autonomia do órgão executivo do SUCH, chegando ao ponto de afirmar que “quem controla o SUCH é o seu Conselho de Administração”...ideia que parte, ao que parece, da*



*consideração do SUCH como uma organização de grande dimensão e complexa no seu agir.*

**3.15.** *Trata-se de uma afirmação que não encontra o mínimo respaldo quer no plano dos factos quer nos Estatutos do SUCH, e cuja veracidade não foi de todo demonstrada no Acórdão recorrido.*

**3.16.** *Efectivamente, tal entendimento ignora por completo os poderes efectivos e intensos (cfr. artigo 8º, n.ºs 4 e 5, e 16º dos novos Estatutos) que actualmente, à luz dos novos Estatutos do SUCH, estão cometidos à Assembleia Geral, órgão em que estão representados todos, e apenas, os associados, poder de controlo que se encontra igualmente no Conselho de Administração, pois este órgão de gestão é maioritariamente composto por associados, sendo os vogais executivos e não executivos eleitos em Assembleia Geral (cfr. n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo 17º dos Novos Estatutos), onde estão todos os associados (e, dentro destes, associados públicos maioritariamente, cfr. artigo 7º, n.º 2, dos Novos Estatutos); por sua vez, também o Conselho Fiscal (cfr. artigo 23º) e o Conselho Geral (cfr. artigo 25º, n.º 1) são eleitos em Assembleia Geral.*

**3.17.** *Mas é o próprio Tribunal de Contas que reconhece que “as decisões sejam juridicamente tomadas pela Assembleia Geral”, o que é verdade por força estatutária, para logo de seguida, na mesma frase, afirmar parcialmente o seu oposto, de que “é o*



*Conselho de Administração que, juridicamente e de facto, as prepara e condiciona”.*

**3.18.** *A afirmação precedente gera algumas perplexidades: Não será essa a função de um órgão executivo (ainda para mais quando esse mesmo órgão é composto na sua maioria por associados)? Não será intrínseco às atribuições de um órgão executivo a preparação das decisões a tomar, posteriormente, pelo órgão decisor (órgão decisor este, por sua vez, composto na sua maioria por associados públicos, cfr. artigo 7º, n.º 2, dos Novos Estatutos)? Sobretudo, haverá maior poder de controlo que o poder de decidir (sendo que quem decide é a Assembleia Geral – é o próprio Tribunal de Contas que o afirma: “as decisões sejam juridicamente tomadas pela Assembleia Geral”, cabendo ao Conselho de Administração a preparação dessas decisões)? Que poder mais intenso que o poder de decisão? Será que o Tribunal de Contas considera que o poder (do Conselho de Administração) de “preparar e condicionar” as decisões é um poder mais intenso que o efectivo poder de decidir (da Assembleia Geral)?*

**3.19.** *Donde, em última análise e sem conceder, ainda que se admitisse, por absurdo, como boa a tese do Acórdão recorrido – segundo a qual “quem controla o SUCH é o seu Conselho de Administração” – não se alcança o motivo para daí se retirar a conclusão de que não está preenchido o requisito do controlo análogo, pelo simples facto – este sim, incontestável e não*



*especulativo – de que aquele órgão executivo é maioritariamente composto por associados, sendo os vogais executivos e não executivos eleitos em Assembleia Geral (cfr. nºs 3 e 4 do mesmo artigo 17º dos Novos Estatutos).*

**3.20.** *Por fim, o Acórdão recorrido não teve em conta o alegado na Parte III da pronúncia do CHS, omitindo pronunciar-se sobre a aplicabilidade ao caso vertente da norma contida no artigo 5º, n.º 1, do CCP, onde se evidencia que a existência legal de serviços comuns legalmente autorizados estabelece um contexto específico de contratação que determina, adicionalmente, a aplicabilidade daquele normativo.*

Termina requerendo que o recurso seja julgado procedente.

4. Por despacho de 12 de janeiro de 2012 foi o recurso admitido, por se verificar a legitimidade do Recorrente bem como a tempestividade na apresentação do mesmo, nos termos dos artigos 96º, n.º1, e 97º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

5. O Ex.<sup>mo</sup> Magistrado do Ministério Público, notificado para responder ao recurso interposto nos termos do art.º 99º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, emitiu duto parecer, que aqui se dá por reproduzido, tendo concluído que o recurso não merece provimento.

6. Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.



## II - OS FACTOS

No Acórdão recorrido deu-se como assente a seguinte factualidade com relevo para a decisão:

1. O Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E. (doravante designado também por Centro Hospitalar ou CHS), remeteu para fiscalização prévia, o “Protocolo de Fornecimento de Alimentação aos Utentes e Pessoal do CHS, bem como a exploração das áreas de restauração do público e de acesso exclusivo a pessoal” (doravante designado por protocolo), celebrado em 27 de julho de 2011 com o SUCH – Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (doravante designado por SUCH), para o período de 10 de agosto de 2011 a 9 de agosto de 2016, prorrogável, no valor de total de € 6.476.445,00.
2. Além do referido em 1. e noutros pontos deste Acórdão, relevam para a decisão os seguintes factos, evidenciados por documentos constantes do processo:
  - a) Para a celebração do protocolo foi invocado o nº 2 do artigo 5º do CCP<sup>1</sup> <sup>2</sup>;
  - b) O protocolo, nos termos da sua cláusula primeira, tem por objeto *“o Fornecimento de Alimentação aos Utentes e Pessoal do CHS, bem como a exploração das áreas de restauração do público e de acesso exclusivo a pessoal, durante o período de 10 de Agosto de 2011 a 09 de Agosto de 2016”*;
  - c) A atividade do SUCH, na execução do protocolo, compreende, em síntese, nos termos da cláusula segunda:

---

<sup>1</sup> Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei nº 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei nº 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei nº 131/2010, de 14 de dezembro.

<sup>2</sup> Vide fl. 11 do processo.



- A preparação, confeção e fornecimento do pequeno almoço, almoço, jantar e ceia a doentes e pessoal;
  - Distribuição e fornecimento de refeições e reforços alimentares;
  - Exploração dos refeitórios do CHS;
  - Execução das funções inerentes à prestação de serviços;
  - Manutenção das instalações e equipamentos;
- d) Nos termos do nº 2 da mesma cláusula segunda, *“o SUCH, no prosseguimento da sua actividade, poderá subcontratar outras entidades desde que colhido previamente e por escrito, o acordo do CHS, com especificação das tarefas que pretende contratar”*;
- e) Nos termos do nº 1 da cláusula terceira *“o CHS coloca à disposição do SUCH as instalações, equipamentos e outro material que constarão de inventário a anexar ao protocolo”*;
- f) Nos termos da cláusula quarta, a manutenção e encargos gerais com as instalações e equipamentos são, em regra, da responsabilidade do SUCH;
- g) Nos termos da cláusula quinta, é da responsabilidade do CHS o fornecimento de água, gás e electricidade, assumindo o SUCH o pagamento mensal de € 3.000,00 para consumos efectuados nas instalações concessionadas;
- h) Nos termos do nº 1 da cláusula sexta, o *“SUCH obriga-se a recrutar e a afectar à prestação de serviço os colaboradores necessários à satisfação das necessidades dos doentes e do pessoal do CHS em matéria de alimentação”*;
- i) O pessoal pertencente aos quadros do CHS será integrado nas equipas de trabalho do SUCH, que exercerá as funções de gestão *“no âmbito da orientação, formação e desempenho em relação aos funcionários cedidos”*, considerando que *“os encargos com estes funcionários serão da responsabilidade do CHS”* com as regalias em vigor à data da celebração do contrato, nos termos do nº 7 da mesma cláusula sexta;
- j) Os preços, apresentados em tabelas, a praticar pelo SUCH incluem, nos termos da cláusula décima sétima:
- o custo da matéria-prima incorporada;



- o custo médio unitário dos bens de consumo não alimentar que o integram;
  - o custo com a limpeza das instalações, equipamento e material;
  - encargos com o pessoal;
  - investimento;
  - consumos energéticos – água, electricidade e gás;
  - encargos gerais;
- k) Os preços a praticar na exploração dos refeitórios estão previstos na cláusula décima oitava do protocolo;
- l) O SUCH obriga-se a efectuar *“o investimento inerente ao projecto e execução de obras de ampliação/remodelação/beneficiação das cozinhas do Hospital de S. Bernardo e Hospital Ortopédico Santiago do Outão e refeitório do Hospital de S. Bernardo até ao valor máximo de 300.000,00, a submeter previamente à aprovação do CHS e tendo como objectivo a centralização da produção e implementação de sistema de cozinha a frio”*, nos termos do nº 7 da cláusula sexta;
- m) O protocolo entrou em vigor em 10 de agosto de 2011 e cessa em 9 de agosto de 2016. Refere ainda a cláusula vigésima terceira que o *“SUCH até 30 dias antes do termo do protocolo, comunicará ao CHS as condições de renovação/prorrogação do mesmo”* e até 15 dias antes daquele termo, o CHS comunica por escrito se aceita ou denuncia o protocolo, *“sendo que se nada disser no referido prazo, o protocolo considera-se prorrogado, até decisão do CHS, nas condições propostas para o período de vigência seguinte”*;
- n) O Centro Hospitalar de Setúbal, E.P.E., que integrou por fusão o Hospital de São Bernardo E.P.E., e o Hospital Ortopédico de Santiago do Outão, é uma pessoa coletiva de direito público de natureza empresarial, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, e foi criado pelo Decreto-Lei nº 233/2005, de 29 de dezembro<sup>3</sup>;
- o) Refere o artigo 1º dos Estatutos do SUCH<sup>4</sup>, que este foi criado nos termos do Decreto-Lei nº 40668 de 24 de novembro de 1965;
- p) Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, desses Estatutos, o *“SUCH tem por finalidade a realização de uma missão de serviço público, contribuindo para a concretização da política de saúde e, em particular, para a eficácia e eficiência do Sistema de Saúde Português”* e, nos termos do nº 3, *“constitui um instrumento de*

---

<sup>3</sup> Vide fl. 12 e 13 do processo.

<sup>4</sup> Homologados pelo Secretário de Estado da Saúde em 20 de Outubro de 2010.



*auto-satisfação das necessidades dos seus associados, encontrando-se, para o efeito, obrigado a tomar a seu cargo as iniciativas susceptíveis de contribuir para o funcionamento mais ágil e eficiente, libertando-os para a plena dedicação à prestação de cuidados de saúde aos utentes e proporcionando-lhes ganhos de escala, através designadamente (...) [d]a gestão e prestação assistência técnica no domínio das instalações e equipamentos,(...) [d]a exploração ou a gestão de instalações técnicas e áreas industriais, designadamente lavandarias, cozinhas, centrais e transportes (...)”*, promovendo ações no âmbito do desenvolvimento tecnológico e da investigação, quer dos equipamentos quer das instalações, e colaborando na formação do pessoal enquanto utilizador dos equipamentos e realizando a generalidade dos serviços de apoio à prestação de cuidados de saúde;

- q) O artigo 6º dos estatutos prevê que “ *o SUCH sempre que se mostre relevante para a prossecução do interesse público a seu cargo pode, sem prejudicar a sua natureza jurídica, instituir ou participar na constituição de outras pessoas colectivas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, designadamente nas áreas do tratamento de resíduos hospitalares perigosos e da eficiência energética, salvaguardando a livre concorrência no exercício da actividade destas entidades*”;
- r) O artigo 7º dos estatutos do SUCH estabelece:
- 1. Podem ser associados do SUCH as entidades pertencentes ao sector público e social que prestem cuidados de saúde ou desenvolvam outras actividades relacionadas com a promoção e a protecção da saúde, incluindo os serviços e instituições do Ministério da Saúde ou integrados no Serviço Nacional de Saúde, bem como de outros ministérios.*
- 2. O SUCH deve assegurar que a maioria dos direitos de voto pertença a associados que integram e estejam sujeitos aos poderes de direcção, superintendência e tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde”;*
- s) Nos termos do artigo 8.º, nº 1, dos estatutos, “[s]ão direitos dos associados através da sua participação na Assembleia Geral e da sua posição maioritária na composição do Conselho de Administração, exercer sobre a gestão do SUCH, estratégica e corrente, um controlo análogo ao que detêm sobre as suas próprias Instituições, designadamente as estratégias da prestação de serviços e da respectiva contrapartida remuneratória”;



- t) O SUCH tem<sup>5</sup> como associados 88 entidades públicas e particulares, entre as quais se contam serviços da administração direta do Estado, institutos públicos, entidades públicas empresariais, e instituições particulares de solidariedade social (IPSS);
- u) As IPSS são 23, contando-se 20 irmandades e santas casas da misericórdia<sup>6</sup>, a União das Misericórdias Portuguesas, a Confraria de Nossa Senhora da Nazaré<sup>7</sup> e a Fundação Aurélio Amaro Diniz<sup>8</sup>;
- v) O CHS é um desses 88 associados;
- w) Nos termos do artigo 8.º dos estatutos do SUCH, são direitos específicos dos associados:
- “a) Usufruir dos serviços prestados pelo SUCH;*
  - b) Eleger os membros não nomeados dos órgãos sociais do SUCH;*
  - c) Apresentar todas as propostas que julguem de interesse para a melhor prossecução dos fins do SUCH;*
  - d) Reclamar perante o Conselho de Administração dos actos que considerem lesivos dos seus interesses;*
  - e) Recorrer para a Assembleia-Geral dos actos do Conselho de Administração que julguem irregulares;*
  - f) Examinar, na sede do SUCH, o orçamento e o relatório e contas”;*
- x) Nos termos do artigo 11.º dos estatutos, são órgãos do SUCH a Assembleia Geral, o Conselho de Administração, o Conselho Fiscal e o Conselho Geral;
- y) De acordo com o artigo 13.º dos estatutos, a Assembleia Geral é constituída por representantes de todos os associados no pleno gozo dos seus direitos;
- z) Por força do artigo 16º, compete à Assembleia Geral eleger e destituir os membros não nomeados dos órgãos do SUCH bem como os membros da Comissão de Vencimentos; apreciar e aprovar os planos estratégicos e de acção bem como o orçamento anual do SUCH; apreciar e aprovar o relatório de actividades e contas do exercício do ano económico anterior; apreciar e aprovar a estratégia

---

<sup>5</sup> Vide fls. 13 e ss. do processo.

<sup>6</sup> Montalegre, Murça, Alijó, Bombarral, Cinfães, Coimbra, Entroncamento, Esposende, Guarda, Marco de Canaveses, Mealhada, Pinhel, Portimão, Póvoa do Lanhoso, Sabrosa, Santiago do Cacém, Valpaços, Vila Real, Águeda e Porto.

<sup>7</sup> Instituição particular de solidariedade social. Vide <http://www.cnsn.pt/portal/index.php> consultado em 13.11.2011.

<sup>8</sup> Fundação de solidariedade social. Vide [http://www.faad.online.pt/files/Estatutos\\_FAAD.pdf](http://www.faad.online.pt/files/Estatutos_FAAD.pdf) consultado em 13.11.2011.



de prestação de serviços e da respectiva contrapartida remuneratória em proposta apresentada pelo Conselho de Administração; acompanhar e controlar a gestão do SUCH, quer estratégica quer corrente; deliberar, por maioria de três quartos dos associados presentes sobre alterações aos estatutos; deliberar, por maioria de três quartos do número total de associados, sobre a dissolução do SUCH; deliberar, por proposta do Conselho de Administração, sobre a realização de empréstimos e a aquisição, alienação ou oneração de bens imóveis; deliberar, segundo proposta do Conselho de Administração, sobre a participação do SUCH noutras pessoas colectivas, públicas ou privadas nos termos do disposto no artigo 6º; deliberar a admissão de novos associados e o cancelamento de inscrições; pronunciar-se sobre as questões que lhe sejam apresentadas nos termos regulamentares; aprovar o regulamento de quotização proposto pelo Conselho de Administração;

- aa) O nº 7 do artigo 15º estabelece o número de votos de cada associado na Assembleia Geral, em função do valor percentual dos serviços adquiridos relativamente à faturação total do SUCH, nos seguintes termos:
- Um voto como mínimo;
  - Dois votos para uma percentagem pelo menos igual a 1%;
  - Três votos para uma percentagem pelo menos igual a 3%;
  - Quatro votos para uma percentagem pelo menos igual a 5%;
  - Cinco votos para uma percentagem pelo menos igual a 10%;
  - Seis votos para uma percentagem pelo menos igual a 15%;
- bb) Nos termos do artigo 17.º dos estatutos, o Conselho de Administração do SUCH é constituído por nove membros: um Presidente, um Vice-Presidente e 3 Vogais, constituindo o seu executivo, e 4 Vogais não executivos;
- cc) O Presidente e o Vice-Presidente são nomeados pelo Ministro da Saúde, os três Vogais executivos são eleitos em Assembleia-Geral em lista proposta pelo Presidente do Conselho de Administração subscrita por um mínimo de associados que representem, no mínimo 20 % dos votos totais nos termos do nº 7 do artigo 15º. Os 3 Vogais não executivos são igualmente eleitos e propostos pelo Presidente do Conselho de Administração nos termos previstos para os vogais executivos, sendo que dois deles são obrigatoriamente designados de entre os dez associados que, no ano da eleição, detenham o maior número de votos;



- dd) No dia 28 de janeiro de 2011 foram eleitos vogais não executivos do Conselho de Administração: os Hospitais da Universidade de Coimbra EPE, o Hospital de São João, EPE, o Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE, e a União das Misericórdias Portuguesas;
- ee) O artigo 18º dos estatutos estabelece as competências do Conselho de Administração, dizendo nomeadamente que a ele compete:
- Submeter anualmente à Assembleia Geral o plano de atividades, o orçamento, o relatório e contas e a estratégia de prestação de serviços e da respetiva contrapartida remuneratória;
  - Propôr à Assembleia Geral alterações aos estatutos;
  - Propôr à Assembleia Geral a admissão de novos associados e cancelamento de inscrições;
  - Assegurar a gestão corrente;
- ff) No termos do artigo 3º, “[s]em prejuízo do controlo resultante dos poderes de direcção, superintendência e tutela que o membro do Governo responsável pela área da saúde exerce sobre os seus associados públicos, o SUCH está sujeito à tutela daquele membro do Governo” que se traduz essencialmente em:
- Nomear o Presidente e o Vice-Presidente do Conselho de Administração;
  - Homologar as deliberações da Assembleia Geral sobre a contração de empréstimos que impliquem um nível de endividamento líquido igual ou superior a 75% dos capitais próprios apurado no exercício do ano transacto;
  - Homologar as alterações aos estatutos aprovadas em Assembleia-Geral;
  - Homologar a dissolução do SUCH, aprovada em Assembleia-Geral;
- gg) O artigo 5º regula as relações do SUCH com os associados, determinando o nº 1 que “[a] concretização dos termos e condições da prestação de serviços previstos no artº 2º pode ser feita através da celebração de protocolos entre o SUCH e cada associado”;
- hh) O nº 3 do artigo 5º estipula que “[o] SUCH, pode ainda, em regime de concorrência e de mercado, prestar serviços a entidades públicas não associadas ou entidades privadas, nacionais ou estrangeiras (...)”, devendo tal atividade, nos termos do nº 4, “ter natureza acessória no contexto da actividade do SUCH não devendo representar um volume de facturação superior a 20% do seu volume



*global anual de negócios apurados no exercício económico anterior (...)*”;

- ii) No orçamento do SUCH para 2011 prevê-se um volume de vendas em 2011, num total de 90,5 milhões de euros<sup>9</sup>;
- jj) O SUCH<sup>10</sup> tem três<sup>11</sup> áreas de atividade:
- SUCH Equipas: constituído por quatro unidades diferenciadas (manutenção, segurança e controlo técnico energia, projetos e obras), oferece a gestão integral dos equipamentos e das instalações, garantindo a monitorização da infeção hospitalar através de equipas técnicas especializadas. Esta área de atividade inclui as unidades de manutenção de instalação de equipamentos hospitalares, projetos e obras, energia (gestão de centrais térmicas, microgeração fotovoltaica, cogeração, auditorias de energia) e segurança e controlo técnico (controlo da qualidade da água, controlo microbiológico, avaliação de sistemas AVAC...);
  - SUCH Ambiente: constituído por três unidades diferenciadas (gestão e tratamento de roupa hospitalar, limpeza hospitalar e gestão e tratamento de resíduos hospitalares) assegura a gestão do ambiente respondendo às suas necessidades logísticas com a partilha de estruturas e equipas na higienização (lavagem, tratamento e fornecimento de roupa, gestão de rouparias, higienização desinfeção e assepsia de instalações hospitalares, recolha interna de resíduos, fornecimento de contentores, transporte, tratamento de resíduos, envio a destino final);

---

<sup>9</sup> Vide ponto III.3.1 – Actividade Global no Plano de Acção e Orçamento para 2011 junto aos autos.

<sup>10</sup> Idem. Vide igualmente documento constante da proposta apresentada pelo SUCH no concurso público internacional de fornecimento de refeições do Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE (processo nº 1532/2011, deste Tribunal).

<sup>11</sup> Na proposta referida na nota anterior, datada de 2 de março de 2011, é apresentado um manual de qualidade (datado de 29 de outubro de 2009) em que são apresentadas **SETE** áreas de negócio do SUCH quando se diz que o campo de atuação do SUCH é diverso, sempre direcionado para a Área da Saúde, abrangendo as seguintes atividades: **Somos EQUIPAS** (Manutenção de Instalações e Equipamentos Hospitalares, Projetos de Obras, Energia e Segurança e Controlo Técnico); **Somos AMBIENTE** (Gestão de Tratamento de Resíduos, Gestão e Tratamento de Roupa e Limpeza Hospitalar); **Somos NUTRIÇÃO** (Alimentação); **Somos CONSULTORIA** (Estratégia e Gestão); **Somos COMPRAS** (Negociação e Logística); **Somos PESSOAS** (Gestão de Recursos Humanos) e **Somos CONTAS** (Gestão Financeira)”. Deve referir-se contudo que as áreas **Somos COMPRAS**, **Somos PESSOAS** e **Somos CONTAS** terão sido integradas nos SPMS – Serviços Partilhados do Ministério da Saúde.



- SUCH Nutrição: assegura a gestão alimentar especializada, restauração e “*catering* hospitalar”, a doentes e pessoal e exploração de estabelecimentos de restauração pública nos hospitais;
- kk) Para 2011, o Plano de Ação e Orçamento refere que o SUCH tem 3309 trabalhadores;
- ll) Os principais indicadores da atividade do SUCH, constantes do seu “*Relatório de Actividades e Contas – Ano de 2010*” são, nomeadamente, os seguintes: 542 clientes, 953 contratos celebrados, 76 instalações de microgeração elétrica fotovoltaica, 22 projetos de obras, 171 contratos de segurança e controlo técnico, 1,5 milhões de horas de limpeza, 12,9 milhões de kg de resíduos processados, 29,4 milhões de kg de roupa tratada, 10,5 milhões de refeições servidas;
- mm) Questionado o CHS sobre se o SUCH participa noutras entidades, referiu aquele o seguinte: “(...) o SUCH não participa em nenhuma entidade. O SUCH participa nas seguintes entidades<sup>12</sup>:
1. *Somos Ambiente, ACE;*
  2. *SUCH-DALKIA, ACE;*
  3. *EAS - Empresa de Ambiente na Saúde, Tratamento de Resíduos Hospitalares, Unipessoal, Lda.*
  4. *Coimbra Inovação e Parque*”
- Salientam que “(...) tal participação nessas entidades (...) só acontece desde “... que se mostre relevante para a prossecução do interesse público a seu cargo (...) [e] sem prejudicar a sua natureza jurídica, (...) salvaguardando a livre concorrência no exercício da actividade destas entidades” (cfr. artigo 6.º dos Estatutos do SUCH), em nada influenciando na relação in house (...) com os seus associados, situando-se, pois, completamente à sua margem”.

Sobre a mesma matéria veio ainda o CHS informar o seguinte<sup>13</sup>:

---

<sup>12</sup> A contradição evidente entre estes dois períodos do texto da resposta talvez se deva a um mero *lapsus scriptae*. Talvez se quisesse dizer “o CHS não participa em nenhuma entidade. O SUCH participa...(...)”.

<sup>13</sup> Vide ofício n.º 659/CA, de 24.11.2011. Trechos selecionados e adaptados da nossa responsabilidade.



# Tribunal de Contas

Nome/designação	% participação SUCH
Somos Ambiente, A.C.E.	80%
SUCH-DALKIA, A.C.E.	50%
EAS - Empresa de Ambiente na Saúde. Tratamento de Resíduos Hospitalares, Unipessoal, Lda.	100 %
Coimbra Inovação e Parque, S.A.	0,32 %

*“SOMOS AMBIENTE, A.C.E. O objeto social deste ACE é construção e a exploração de um centro integrado de valorização energética, reciclagem e tratamento de resíduos hospitalares, industriais, comerciais e animais, para prestação de serviços aos associados e clientes dos agrupados, tendo em vista a melhoria da eficiência dos agrupados através do aproveitamento máximo de sinergias.*

*SUCH-DALKIA — Serviços Hospitalares, A.C.E. O objeto social deste ACE é a produção de energia elétrica, gerir nas condições económicas, técnicas e sociais mais favoráveis as atividades dos membros relacionados com a gestão e exploração de atividades de apoio em hospitais e outros serviços de apoio e instituições de saúde, designadamente o conjunto de serviços técnicos, de manutenção de equipamentos e exploração de lavandaria, incineração de lixos, centrais, transportes, e, ainda, gerir e explorar estas e outras atividades em relação a quaisquer outras entidades com as quais possa vir a contratar em hospitais.*

*EAS — Empresa de Ambiente na Saúde — Tratamento de Resíduos Hospitalares, UNIPESSOAL, Lda. O objeto social desta empresa é o tratamento e valorização de resíduos hospitalares e outros, bem como a prestação de assessoria na área do Ambiente.*

*COIMBRA INOVAÇÃO E PARQUE — Parque de Inovação em Ciência, Tecnologia, Saúde, S.A. O objeto social desta*



*empresa é a exploração de atividades de interesse geral, a promoção do desenvolvimento local e regional e a gestão de concessões, designadamente, a implementação, gestão e administração de parques empresariais, científicos e tecnológicos, o apoio à atividade económica e empresarial em geral, a construção de complexos industriais e a divisão de terrenos com a inclusão de melhoramentos (arruamentos, redes de água, eletricidade, telecomunicações, redes informáticas e outras infraestruturas tecnológicas)”;*

- nn) Questionado sobre as razões que fundamentaram a celebração do protocolo ao abrigo do nº1 do artigo 5º do CCP, e porque não se promoveu um concurso público, face ao seu valor, o CHS referiu o seguinte<sup>14</sup>:

*“A questão central suscitada pelos esclarecimentos desse douto Tribunal (...) resume-se a saber se as relações contratuais entre os associados e o SUCH se situam num plano idêntico ao das relações com terceiros ou se, ao invés, alguma especialidade se verifica que permita concluir que ao processo de formação daqueles contratos não são aplicáveis as regras da contratação pública”.*

Seguidamente o HCS faz uma longa exposição sobre a evolução do SUCH, sobre a sua natureza jurídica, sobre o tipo de relação estabelecida com os associados, sobre os pareceres do Conselho Consultivo da PGR de 1995 e de 2001, sobre a construção da teoria da relação *in house* pelo Tribunal de Justiça europeu, sobre a evolução da jurisprudência comunitária, sobre o acolhimento que lhe foi feito no CCP, sobre a concreta solução neste adotada, e sobre as diferentes posições doutrinárias nesta matéria. E, assim, refere a certo passo:

*“De realçar, porém, que a noção de controlo análogo não pressupõe de forma alguma a existência de uma relação de domínio (...) e nem sequer exige que se trate de “um controlo exactamente idêntico ao que exerce sobre os seus próprios serviços, mas tão só um controlo equiparável a este ou até semelhante” (...), como de resto decorre do significado próprio do qualificativo análogo(...).*

---

<sup>14</sup> Vide fls. 23 e ss do processo. Os trechos reproduzidos a seguir resultam de selecção da nossa responsabilidade.



*A existência de tal controlo análogo terá como consequência a falta de autonomia decisória por parte da entidade controlada.*

*(...)*

*Por outro lado, não reputa necessário que esse controlo seja efectivamente exercido: apesar de o TJCE nunca se ter pronunciado sobre esta questão concreta (...)” bastará a mera susceptibilidade de controle”.*

*Uma última nota a este propósito para referir um requisito “implícito” e (sobretudo) anómalo (...) trazido pelo acórdão Stadt Halle (...) a saber: a necessária inexistência de participações privadas no co-contratante in house.*

*Na base de tal entendimento extremo, também já apelidado de “passo em falso na interpretação do critério do controlo análogo” (...) está um preconceito do TJCE sobre o efeito contaminador que o capital privado possa assumir na condução desse ente instrumental, por aquele (capital privado) ter o lucro como propósito, ainda que a participação desse capital seja meramente residual.<sup>15</sup>*

*(...)*

*É possível, no entanto, avançar um pouco mais, no sentido de afirmar e comprovar que dos novos Estatutos do SUCH se extrai uma marcada tentativa (bem sucedida, aliás) de preenchimento dos requisitos da doutrina in house, quando aplicada às relações contratuais entre aquela entidade e os hospitais seus associados, para os efeitos previstos no artigo 5.º, n.º 2, do CCP<sup>16</sup>.*

*(...)*

*Posto o que consideramos estar suficientemente provada a existência de controlo análogo do SUCH, exercido conjuntamente pelos seus associados, para os efeitos previstos na alínea a), do n.º 2, do artigo 5º, do CCP, quer seja pela adstringência do SUCH aos seus fins estatutários (o que determina que tenha obrigatoriamente que pautar a sua actividade sem ter em vista o lucro, sem prejuízo, evidentemente, de um gestão racional e eficiente), quer seja pelos intensos poderes de controlo que os associados, conjuntamente, têm, não só sobre as decisões macro de gestão (orientações estratégicas) mas também sobre a gestão corrente da actividade ao SUCH exercendo, assim, uma influência*

---

<sup>15</sup> Vide fls. 37 e 38 do processo.

<sup>16</sup> Vide fl. 46 do processo.



*decisiva sobre a actuação desta associação, como expressamente previsto nos "Novos" Estatutos.*

*Do mesmo modo, e de forma a preencher, em especial o segundo requisito de uma relação in house forjado pelo TJCE e vertido na alínea b), do n.º 2, do artigo 5.º, do CCP (a saber, o essencial da actividade do SUCH ter que ser desenvolvido em benefício dos associados).*

*O n.º 4 do artigo 5.º dos novos Estatutos do SUCH prevê expressamente que a prestação do SUCH a entidades terceiras, em regime de concorrência e de mercado, "deve ter natureza acessória no contexto da actividade do SUCH não devendo representar um volume de facturação superior a 20% [porque, como antes referido, de acordo com o entendimento da Comissão Europeia e do TJCE, o adjudicatário deve prestar, pelo menos, 80% da sua actividade em favor da entidade adjudicante; assim, o SUCH apenas pode prestar serviços em ambiente de mercado em até 20% da sua actividade, e sem que isso prejudique os seus fins não lucrativos] do seu volume global anual de negócios apurados no exercício económico anterior, se outro indicador não for geralmente considerado como representativo daquela acessoriedade" — a dimensão quantitativa deste princípio é corroborada pelos factos (...) supra [a saber: o SUCH facturou aos associados no ano económico de 2010 cerca de 85,01% do seu volume global anual de negócios aos associados, portanto apenas 14,99% do seu volume anual (2010) de negócios foi facturado a clientes não associados];*

*Por sua vez, a dimensão qualitativa deste segundo requisito também se encontra verificada, por se encontrar geneticamente ligada à constituição do SUCH, na medida em que está em causa a prestação de serviços aos associados (maxime, hospitais) num regime de auto-produção, porquanto as necessidades do SUCH são, como sempre foram, as necessidades dos associados, não outras;*

*Acresce que "a possibilidade de o SUCH constituir e/ou participar em entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, [pressupõem sempre e em cada caso que seja salvaguardada a] (...) livre concorrência, e sempre que se mostre relevante para a prossecução do interesse público a seu cargo, sem*



que esse facto prejudique a sua natureza e a possibilidade de manter relações directas e não contratuais com os associados".

Em face do exposto, resulta apodíctico que a actividade essencial (quer qualitativa quer quantitativa) do SUCH se enquadra plenamente no quadro legal (cfr. artigo 5.º, 2, alínea b), do CCP) e estatutário do (quase) exclusivo abastecimento e satisfação de necessidades dos seus associados.

Termos em que, analisadas as disposições mais relevantes dos novos estatutos do SUCH, consideramos que as dúvidas suscitadas — sobre a existência de uma relação in house entre o SUCH e os seus associados, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 5.º, n.º 2, do CCP — no âmbito dos anteriores Estatutos se devem considerar ultrapassadas à luz dos novos Estatutos desta associação.

Estão, assim, reunidas as condições para se considerar existir uma relação in house entre os associados e SUCH, no que se refere às aquisições de bens e serviços que se enquadrem nos respectivos fins estatutários — mas só nestes.

É isto que explica que no âmbito das finalidades estatutárias do SUCH, os seus associados possam com este contratar directamente, sem sujeição aos procedimentos pré-contratuais juridico-públicos legalmente tipificados.

Como referido, as regras da contratação pública, designadamente as respeitantes à escolha e tramitação dos procedimentos pré-contratuais, pressupõem para a sua aplicação a necessidade de recurso a contratantes externos, visando igualmente salvaguardar os princípios da concorrência, da imparcialidade e da igualdade de tratamento dos operadores económicos que pretendam contratar com a Administração.

Todavia, quando o SUCH presta serviços aos seus associados, no âmbito dos seus Estatutos, evita-se precisamente o recurso a contratantes externos, sem que essa opção possa ser censurada, porquanto, como atrás já se deixou enunciado, o Direito Comunitário aceita que a Administração faça uso pleno da sua liberdade de auto-conformação e não recorra ao mercado (rectius, não fique sujeita às regras da contratação pública<sup>93</sup>), suprimindo as suas



necessidades "em casa"<sup>17</sup>;

oo) O CHS alega ainda: "(...) *dir-se-á, poderia o CHS ter optado por abrir um procedimento concorrencial legalmente tipificado, ao invés de ter celebrado o presente Protocolo, e, porventura, obter uma redução de custos ainda maior que aquela que conseguiu em negociação directa com o SUCH.*

*Os preços contratados para esta prestação de serviços em caso algum seriam sequer equiparados (e muito menos inferiores) no caso de ter sido (ou vir a ser) aberto um procedimento concorrencial, porque se trata de uma prestação de serviços com natural tendência para um acréscimo de custos, devido ao aumento significativo do custo das matérias-primas e do IVA suportado pelos prestadores de serviços na aquisição daqueles bens.*

*Isso mesmo, de resto, pode o douto Tribunal de Contas constatar pelo histórico da evolução do custo com a prestação de serviços de alimentação, não apenas no CHS, mas em variadíssimas instituições sujeitas ao seu controlo financeiro.*

*Assim, neste cenário (de lançamento de um procedimento concorrencial), o CHS acabaria por ter, efectivamente, um aumento da despesa ou um procedimento deserto (no caso de se estabelecer um preço base que incorporasse o valor da poupança que permitirá obter o presente Protocolo) — especialmente no actual contexto, em que, como se sabe, as margens de rentabilidade dos operadores económicos não são suficientemente "elásticas", de molde a permitir ir ao encontro dos constrangimentos orçamentais das entidades públicas.*

*Termos em que, apenas o SUCH, pelos motivos atrás explicitados, permitiu alcançar o referido patamar expectável de poupança (10,99%)";*

pp) Considerando o disposto na cláusula 23<sup>a</sup> do protocolo, relativamente ao prazo de execução do contrato e à sua renovação/prorrogação, solicitou-se ao CHS que esclarecesse qual o período de renovação/prorrogação do protocolo e por quantos períodos. Respondeu o CHS nos

---

<sup>17</sup> Vide fls. 48 a 50 do processo.



seguintes termos<sup>18</sup>:

*“ (...) a Cláusula 23<sup>a</sup> do Protocolo (mais especificamente os seus n.ºs 2 e 3) tem um alcance preciso, limitando-se a prever o procedimento para a determinação das condições em que o Protocolo poderá ser renovado se houver acordo expresso das partes para o efeito.*

*Reitera-se, ainda, que o CHS não está vinculado a aceitar as condições propostas pelo SUCH, nem tão-pouco se prevê uma renovação automática do Protocolo por qualquer período.*

*Naturalmente que, da parte do CHS, a decisão de renovação do Protocolo, com o mesmo fundamento legal que presidiu à sua celebração (cfr. artigo 5.º, n.º 2, do CCP), será precedida por uma aferição das condições suscetíveis de serem propostas pelos operadores económicos privados, apenas sendo renovado o Protocolo caso as condições então propostas pelo SUCH forem substancialmente vantajosas para o CHS, como sucede no caso em apreço, tal como referido nos anteriores esclarecimentos prestados a esse douto Tribunal.*

*O concreto prazo de uma eventual renovação do Protocolo será determinado por acordo entre as Partes, considerando, designadamente, as economias de escala que possam advir de uma contratação por um período de vigência inferior ou igual (nunca superior) ao atualmente determinado no n.º 1 da Cláusula 23<sup>a</sup>”;*

qq) Suscitada a questão de saber se o SUCH é ou não uma entidade adjudicante, face ao disposto no Código dos Contratos Públicos, o CHS informou:

*“Ainda que a questão possa ser controvertida, cremos que o SUCH poderá ser considerado entidade adjudicante e contraente público, à luz dos artigos 2.º, n.º 2, alínea a), e 3.º, do CCP, por prima facie comungar dos traços caracterizadores típicos de um organismo de direito público.*

*É isto que explica que o SUCH, para a prossecução das suas atribuições, quando necessite de contratar com terceiros (isto é, para satisfação das suas próprias necessidades de funcionamento e organização) tenha que observar as regras da legislação nacional e comunitária em matéria de aquisições de bens e serviços (cfr. artigo 34.º, n.º 4, dos Novos Estatutos do SUCH), por, neste*

---

<sup>18</sup> Trechos selecionados da nossa responsabilidade.



*domínio, a atividade desenvolvida pelo SUCH já se situar num plano totalmente distinto do da satisfação das necessidades dos seus associados, não comungando, aí, daquele substrato cooperativo (de cooperação material e entreajuda) que anima a atividade principal do SUCH. Todavia, e com o devido respeito, não se alcance qual a relevância desta questão formulada pelo douto Tribunal para a aferição da legalidade do Protocolo em apreço à luz da regra prevista no artigo 5.º, n.º 2, do CCP. É que o reconhecimento (ou não) do SUCH como entidade adjudicante (e/ou contraente público) não reveste qualquer interesse para o reconhecimento da presente relação in house, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, do CCP”.*

### **III - O DIREITO**

Salientou o Acórdão recorrido que, face ao disposto no n.º 2 do Código dos Contratos Públicos (CCP), da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos princípios que enformam as regras de contratação pública, em especial os da transparência, da igualdade e da concorrência, não pode considerar-se que a relação entre o SUCH e os seus associados públicos, e, em particular, entre o SUCH e o CHS, seja uma relação “interna” equiparada à que é estabelecida pela entidade adjudicante com os seus próprios serviços e que, conseqüentemente, não pode aplicar-se ao caso a exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, do Código, sendo também claro que não foi estabelecido a favor do SUCH qualquer direito exclusivo de prestação do serviço em causa, nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo 5º do



CCP.

Mais considerou o Acórdão recorrido que, sendo o protocolo em causa um contrato público de aquisição de serviços, contrato celebrado por um Hospital EPE, de valor superior ao referido na alínea b) do artigo 7º da Diretiva n.º 2004/18/CE, previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 5º do CCP, é-lhe aplicável o Código dos Contratos Públicos, incluindo a sua parte II, nos termos do disposto nos artigos 1.º, n.º 2, 2.º, n.º 2, alínea a), e 5.º, n.º 3, alínea b), do referido Código, e que, de acordo com o estipulado no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do mesmo Código, o contrato deveria ter sido precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respetivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia, não tendo sido realizado nenhum destes procedimentos, o contrato não podia ter sido celebrado, pois, a ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, nulidade que pode ser declarada a todo o tempo, origina nulidade do contrato, nos termos do estabelecido no artigo 283.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, sendo a nulidade fundamento da recusa do visto, como estabelece a alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC).

Em função de tais fundamentos, foi recusado o visto ao protocolo ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC.

São várias as questões suscitadas pelo Recorrente, as quais se



## Tribunal de Contas

---

encontram sintetizadas nas conclusões e que passaremos, de seguida, a analisar.

Fundamentalmente discorda o Recorrente da decisão recorrida, por entender que a celebração do Protocolo aqui em causa não estava sujeita a qualquer procedimento pré-contratual legalmente tipificado no CCP, tendo antes cobertura legal através da norma do n.º 2 do artigo 5º do referido Código.

Vejamos:

Dispõe o artigo 5º do CCP:

“1...

**2 – A parte II do presente Código também não é aplicável à formação dos contratos, independentemente do seu objecto, a celebrar por entidades adjudicantes com uma outra entidade, desde que:**

**a) A entidade adjudicante exerça sobre a actividade desta, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; e**

**b) Esta entidade desenvolva o essencial da sua actividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o controlo análogo referido na alínea anterior”.**



## Tribunal de Contas

---

Trata-se da comumente designada contratação *in house*, que tem vindo a ser sedimentada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Exige-se, assim, como requisitos, cumulativos, para a existência de um contrato *in house*, não só que haja um controlo, exercido isoladamente ou em conjunto com outras entidades, pela entidade adjudicante sobre a entidade adjudicatária análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, mas também que a entidade adjudicatária deve desenvolver a parte essencial da sua atividade em benefício da entidade adjudicante.

O Acórdão recorrido é exaustivo na referência que faz quanto à jurisprudência do TJUE sobre contratação *in house*, e criterioso nas conclusões que tira da leitura dos acórdãos citados, sendo aqui de salientar as seguintes, com as quais se concorda inteiramente: as diretivas comunitárias em matéria de contratação pública não são aplicáveis quando uma entidade pública adjudicante pretende celebrar com uma entidade dela distinta no plano formal, e dela autónoma no plano decisório, um contrato oneroso, quando aquela exercer sobre esta um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e quando esta realizar o essencial da sua atividade para aquela ou aquelas entidades que a controlam; o controlo análogo pode ser exercido pelo conjunto de entidades públicas/adjudicantes que, de alguma forma participam na (ou controlam a) entidade adjudicatária do contrato, não tendo de ser exercido só pela entidade pública adjudicante; o controlo exercido pela entidade adjudicante, ou pelo conjunto das entidades públicas/adjudicantes, sobre a entidade



adjudicatária deve ser análogo ao que exerce ou exercem sobre os seus próprios serviços, mas não tem de ser idêntico em todos os pontos, deve revelar que a adjudicatária pode ser considerada uma «estrutura de gestão interna de um serviço público», sobre a qual se exerce uma influência determinante, tanto sobre os objetivos estratégicos, como sobre as decisões importantes desta entidade; dado que o objetivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos é a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros, a não aplicação das regras comunitárias só pode ser como resultado de uma interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se; de entre as circunstâncias pertinentes a ter em conta cumpre considerar, designadamente, em primeiro lugar, a detenção do capital da entidade adjudicatária, em segundo lugar, a composição dos órgãos de decisão desta e, em terceiro lugar, a extensão dos poderes reconhecidos ao seu conselho de administração e a participação, ainda que minoritária, de capitais privados na entidade adjudicatária do contrato exclui de qualquer forma que a entidade adjudicante possa exercer sobre aquela um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.

Em termos de doutrina, há que referir, conforme se diz no Acórdão n.º 106/2009, de 11 de maio, da 1.ª Secção, em subsecção, deste Tribunal, citando Bernardo Azevedo, que *“Na expressão de R. Perin/D. Casalini para que se possa concluir por uma relação de controlo*



*análogo entre a Administração adjudicante e uma qualquer entidade dela distinta, sob o plano formal, é mister que, à primeira caiba um «penetrante poder de indirizzo» ou, segundo Riccard Ursi, um «adstringente poder de direcção» sobre a actividade da entidade sujeita ao seu poder de controlo (organização in house), um poder que lhe permita exercer uma influência determinante (e não apenas dominante), sobre os objectivos estratégicos e as decisões vitais, a tomar pela organização in house”.*

Em anotação ao artigo 5º, n.º 2, do CCP, em “Código dos Contratos Públicos, anotado e Comentado, 3ª edição, 2010”, refere Jorge Andrade da Silva que “o n.º 2 exclui da submissão àquele regime os chamados contratos in house, meramente internos ou quase-internos, por serem celebrados entre uma entidade pública e outra que é seu prolongamento, seu instrumento, e cuja actividade, por isso mesmo, a primeira controla, existindo, entre aquela e esta, uma relação de dependência jurídica, por tal forma que se não se possa falar, relativamente à entidade dependente, da existência de vontade própria”; ocorre uma espécie de «contrato consigo mesmo», envolvendo uma «auto-prestação», porquanto é celebrado com uma entidade que constitui uma extensão da entidade adjudicante. Nesse caso, em última análise, a entidade adjudicante, para obter o bem ou a prestação de um serviço, recorre aos seus próprios meios, auto-satisfazendo as necessidades a que tem de prover.

*Neste género de contratos se devem incluir, entre outros, os celebrados entre o Estado e as entidades que se integram na chamada administração indirecta ou mediata”.*



Por seu lado, dizem Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente, em Código dos Contratos Públicos – Volume I – Regime de Contratação Pública, 2009, a fls. 102: *“Controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços é um controlo análogo ao controlo hierárquico administrativo, já que é esse tipo de controlo que uma entidade exerce sobre os seus próprios serviços – neste sentido, de que o controlo análogo deve ser entendido como um controlo efectivo idêntico ao exercido no âmbito de uma relação hierárquica administrativa.*

*O preenchimento do requisito do controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços, no nosso entendimento, faz-se assim por analogia com o controlo hierárquico exercido sobre os serviços internos de uma qualquer entidade administrativa, pela indagação da verificação de faculdades e de poderes análogos aos que se constituem ao abrigo de uma relação hierárquica administrativa.*

*Entendemos assim que se verificará o critério do controlo análogo ao exercido sobre os próprios serviços, previsto no artigo 5., n.º 2, alínea a), do Código, sempre que da situação em concreto resulte, sem margem para dúvidas, que a entidade adjudicante tem sobre a entidade adjudicatária poderes análogos ao poder de direcção, tal como administrativamente configurado, no âmbito de uma relação hierárquica administrativa, podendo emitir ordens às quais a entidade adjudicatária terá, necessária e inelutavelmente, que se subordinar. Isto é, a entidade adjudicatária não se poderá negar à realização daquelas tarefas ou incumbências, não sendo, para esse efeito, necessário o seu consentimento, nem importando a sua vontade. Circunstância que em*



## Tribunal de Contas

---

*nosso entender levará a excluir todas as situações de influência que não se subsumam no controlo análogo ao controlo resultante do poder de direcção, como sejam as situações de influência dominante, as quais já não integrarão o conceito de operações in house”.*

Sobre a problemática da contratação *in house* elucidativos são os Acórdãos deste Tribunal n.ºs 106/2009/SS, de 11 de maio; 151/2009/SS, de 22 de Setembro; 159/2009/SS, de 29 de Outubro; 1/2010/PL, de 19 de Janeiro; 6/2010/SS, de 25 de Fevereiro e 35/2010/PL, de 17 de Dezembro.

Em tal jurisprudência, e no que concerne à densificação do conceito de “controlo análogo”, existe unanimidade, que aqui reiteramos, pela inadmissibilidade da exceção *in house* sempre que a adjudicatária seja participada por capitais privados, ou naquelas situações em que, em termos estatutários, exista tal possibilidade, ou quando as entidades que integram a entidade adjudicatária tenham finalidade lucrativa, e que a existência de um controlo análogo exige que a entidade adjudicante exerça uma influência determinante (e não apenas dominante) quer sobre os objetivos estratégicos, quer sobre as decisões importantes do adjudicatário.

É, pois, neste quadro que iremos, de seguida, analisar a natureza jurídica do SUCH, os seus estatutos e organização.

Conforme é referido no Acórdão recorrido, o SUCH foi criado pelo



## Tribunal de Contas

---

Decreto-Lei n.º 40668, de 24 de novembro de 1965, assumindo a natureza de pessoa coletiva de utilidade pública administrativa.

Nos termos do n.º 1 do artigo 7º dos atuais Estatutos “*Podem ser associados do SUCH as entidades pertencentes ao sector público e social que prestem cuidados de saúde ou desenvolvam outras actividades relacionadas com a promoção e a protecção da saúde, incluindo os serviços e instituições do Ministério da Saúde ou integrados no Serviço Nacional de Saúde, bem como de outros ministérios*”.

Ora, ficou provado que “*O SUCH tem como associados 88 entidades públicas e particulares, entre as quais se contam serviços da administração direta do Estado, institutos públicos, entidades públicas empresariais, e instituições particulares de solidariedade social (IPSS); as IPSS são 23, contando-se 20 irmandades e santas casas da misericórdia, a União das Misericórdias Portuguesas, a Confraria de Nossa Senhora da Nazaré e a Fundação Aurélio Amaro Diniz e o CHS é um desses 88 associados*” (**factos 2. t), u) e v)**).

Concorda-se igualmente quando se diz no Acórdão recorrido que as irmandades ou santas casas das misericórdias integram-se no setor cooperativo e social e, nos termos do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, são instituições particulares de solidariedade social que “*escolhem livremente as suas áreas de actividade e prosseguem autonomamente a sua acção*” (artigo 3º, n.º 1), “*o Estado aceita, apoia e valoriza o contributo das instituições na efectivação dos direitos*



## Tribunal de Contas

---

*sociais” (artigo 4º, n.º 1) e “o apoio do Estado e a respectiva tutela não podem constituir limitações ao direito de livre actuação das instituições”.*

De relevar ainda o facto de estarem também sujeitas à ordem jurídica canónica (artigo 69º, n.º 1), podendo ser extintas, quer pelo ordinário diocesano, quer pelos tribunais (artigo 71º, n.º 1).

Daí que o Acórdão recorrido, fundamentadamente, perante a existência de 23 associados do SUCH não públicos, os quais atuam com grande autonomia, inclusivamente com estreita ligação à ordem canónica, tenha considerado, e bem, que o SUCH não poderá ser visto como um mero prolongamento das estruturas das entidades públicas ou uma relação interna equiparada à que é estabelecida pela entidade adjudicante com os seus próprios serviços, não se configurando, assim, que as entidades adjudicantes públicas tenham um controlo análogo ao que têm sobre os seus próprios serviços.

O teor do artigo 8º, n.º 1, dos estatutos (cfr. **facto 2. s**)), ao referenciar dever exercer-se por parte dos associados um controlo análogo ao que detêm sobre as suas próprias Instituições, não se apresenta com qualquer relevância, tratando-se de mera afirmação para se adequar à letra da norma do n.º 2 do artigo 5º do CCP, sem que os estatutos no seu conjunto consagrem tal situação.

Acresce que o SUCH constitui uma grande organização de natureza empresarial (cfr. **factos 2. ii) a mm**)), funcionando com ampla autonomia relativamente aos seus associados, sendo certo que segundo o n.º 3 do artigo 5º dos Estatutos *“pode, em regime de*



*concorrência e de mercado, prestar serviços a entidades públicas não associadas ou entidades privadas, nacionais ou estrangeiras...”, devendo tal actividade, nos termos do n.º 4, “ter natureza acessória no contexto da actividade do SUCH, não devendo representar um valor de facturação superior a 20% do seu volume global anual de negócios apurados no exercício económico anterior” (cfr. **facto 2. hh**)).*

Quem assegura a gestão corrente do SUCH é o Conselho de Administração, o qual submete anualmente à Assembleia Geral o plano de actividades, o orçamento, o relatório e contas e a estratégia de prestação de serviços e da respetiva contrapartida remuneratória (cfr. **facto 2. ee**)).

O Conselho de Administração é constituído por nove membros (Presidente, Vice-Presidente, 3 Vogais executivos e 4 Vogais não executivos), sendo o Presidente e o Vice-Presidente nomeados pelo Ministro da Saúde e os Vogais são eleitos pela Assembleia Geral, em lista proposta pelo Presidente do Conselho de Administração (cfr. **factos 2. bb**) e **cc**)), tendo a União das Misericórdias Portuguesas sido eleita vogal não executiva do Conselho de Administração (cfr. **facto 2. dd**)).

Nestas circunstâncias, é manifesto que quem realmente gere quotidianamente o SUCH é o seu Conselho de Administração, que inclusivamente prepara e condiciona as questões que submete à Assembleia Geral, sendo esta composta por um universo de 88



## Tribunal de Contas

---

entidades, com a conseqüente dispersão e volatilidade dos poderes, como bem aponta o Acórdão recorrido, sendo que o Conselho de Administração pode integrar, e efetivamente integra, entidades não públicas, com a possibilidade de influenciar relevantemente a respetiva gestão, independentemente da sua posição minoritária.

Pelo exposto, acompanhamos, na íntegra, o Acórdão recorrido quando refere que *“o SUCH na sua concreta dimensão e na sua concreta dinâmica de funcionamento – com relevo para o papel desempenhado pelo Conselho de Administração – não pode considerar-se como um mero prolongamento das entidades públicas adjudicantes que dele são associadas. Entre o SUCH e os seus associados não existe uma relação de dependência em que se elimina a autonomia de vontade daquele e permita considerar que os instrumentos contratuais celebrados não o foram por terceiro. O SUCH não se subordina aos associados e a cada um dos associados: o SUCH negocia com os associados. E os instrumentos contratuais celebrados são um encontro de vontades autónomas”*.

A afirmação do Recorrente de uma eventual contradição entre a vontade do legislador ao permitir que os hospitais criassem serviços de utilização comum e a sujeição a qualquer procedimento de formação de contratos públicos, não tem razão de ser visto que o legislador teve necessidade de adequar a legislação de contratação pública às diretivas Comunitárias e jurisprudência do TJUE.

Quanto à questão suscitada pelo Recorrente no que toca aos pareceres



## Tribunal de Contas

---

n.ºs 1/95, de 9 de Março de 1995 e 145/2001, de 7 de Novembro de 2002, emitidos pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República na vigência das Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE, igualmente carece de razão, já que o primeiro reporta-se ao Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de Julho, e o segundo aos Decretos-Leis n.ºs 55/99, de 2 de Março, e 197/99, 8 de Julho, sendo certo que, entretanto, foram publicadas as directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE a restringir a possibilidade de atribuição direta de contratos entre entidades públicas, surgiu nova e importante jurisprudência do TJUE, foi publicado o CCP e os próprios estatutos do SUCH foram alterados.

Ou seja, os pressupostos que determinaram a elaboração dos referidos pareceres, foram substancialmente alterados, perdendo os mesmos toda a atualidade.

Também não tem razão o Recorrente quando pretende justificar uma eventual existência de controlo análogo com o facto de o SUCH não pautar a sua atividade com vista à obtenção do lucro, pois, não basta a ausência do lucro para subsumir-se à situação de controlo análogo, sendo certo que este pressuposto não teve qualquer peso na recusa do visto.

Não se vislumbra qualquer contradição, como pretende o Recorrente, quando se diz no Acórdão recorrido que *“as decisões sejam juridicamente tomadas pela Assembleia Geral”* e que *“é Conselho de Administração que juridicamente e de facto, as prepara e condiciona”*.



Na verdade, logo de seguida o Acórdão dá sentido a tais afirmações quando refere que *“E um dado da maior relevância para atestar que efetivamente quem controla o SUCH é o seu Conselho de Administração, resulta do seguinte: compete à Assembleia Geral eleger os vogais não nomeados do Conselho de Administração. Mas compete ao Presidente do Conselho de Administração propor as listas de vogais a eleger pela Assembleia Geral.*

*Seguindo a própria argumentação do CHS que afirma que « a existência de tal controlo análogo terá como consequência a falta de autonomia decisória por parte da entidade controlada», perante estes factos, poderemos afirmar que o SUCH padece de autonomia decisória?*

*Não parece...*

*No plano fáctico não pode igualmente afirmar como faz o CHS que existem «intensos poderes de controlo que os associados, conjuntamente, têm, não só sobre as decisões macro de gestão (orientações estratégicas) mas também sobre a gestão corrente da actividade ao SUCH exercendo, assim, uma influência decisiva sobre a actuação desta».*

*Tais conclusões que apontam para o real poder que o Conselho de Administração tem na organização, é aliás reforçada por dois aspectos:*

- a) O elevado número de associados: 88 no total, sendo 65 entidades adjudicantes;*
- b) A estrutura de votos consagrada nos estatutos de que se deu também conta acima, na matéria de facto, na alínea aa) do n.º 2.*



*Esta estrutura de votos aponta para uma grande dispersão e volatilidade dos poderes no âmbito da Assembleia Geral.*

*Note-se que no Acórdão n.º 30/17.dez.2010/1ª S/PL, proferido no Recurso Ordinário n.º 6/2010 (Processo n.º 1825/2009), se deu como provado, na matéria de facto que, à época, «o SUCH tinha, na verdade, apenas 99 associados, correspondendo o número 138 ao cômputo total dos votos detidos por esses associados em sede de Assembleia Geral.*

*Aqueles dois factos – elevado número de associados e estrutura de votos – apontam para uma dispersão de poderes no âmbito da Assembleia Geral que naturalmente contribui para o reforço dos poderes de facto do Conselho de Administração, apoiado nos poderes que lhe são dados nos estatutos. Isto é: os poderes fácticos do Conselho de Administração são muito superiores aos seus poderes jurídicos.*

*Aliás, diga-se que esta conclusão não é, em nada, inovadora: há mais de quarenta anos que a sociologia das organizações o demonstra, nos estudos realizados nas organizações de média e grande dimensão.*

*Relembre-se que na própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu é dada relevância à dimensão dos poderes do Conselho de Administração como circunstância pertinente a ter em conta na aferição se na relação entre entidade adjudicante e entidade adjudicatária se verifica o pressuposto do «controlo análogo»”.*

Por último, o Recorrente defende que se encontra preenchido o requisito previsto na parte final do n.º 1 do artigo 5º do CCP, por se evidenciar a existência legal de serviços comuns legalmente autorizados estabelecendo um contexto específico de contratação que



determina, adicionalmente, a aplicabilidade daquele normativo.

Dispõe o n.º 1 do artigo 5º do CCP que **“A parte II do presente Código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão nem sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação”**.

Referem, a propósito deste preceito legal, Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente, a p. 66 da obra atrás citada, que:

*“Por opção do legislador (artigo 5º, n.º 1), ficam fora da aplicação da Parte II do Código todos os contratos administrativos que não pressupõem tipicamente um apelo à concorrência do mercado – embora obviamente se lhes aplique a respectiva Parte III.*

*Exemplo disso são os contratos (celebrados intuitu personae) através dos quais uma entidade adjudicante atribua um subsídio ou uma subvenção a um particular (expressamente excluídos da aplicação da Parte II do Código no respectivo artigo 5º, n.º 4, alínea c). Outros exemplos que se podem dar de contratos deste tipo são os dos contratos-programa e de acordos de cooperação de natureza sectorial ou plurissectorial entre administração central e os municípios (cf. Decreto-Lei n.º 384/87, de 24 de Dezembro) e entre a administração central e as freguesias (Decreto-Lei n.º 219/95, de 30 de Agosto), o do contrato de investimento estrangeiro (cf. Decreto-Lei n.º 321/95, 28 de Novembro e Decreto Regulamentar n.º 2/96, de 16 de Maio), o do*



## Tribunal de Contas

---

*contrato de investimento para projectos de natureza estruturante (cf. Decreto-Lei n.º 246/93, de 8 de Julho) e o dos contratos de desenvolvimento para financiamento das instituições do ensino superior (cf. Lei n.º 113/97, de 19 de Setembro e Decreto-Lei n.º 103/98, de 21 de Abril).*

*Todos estes contratos, com fins de intervenção económica, integram a categoria dos chamados contratos (administrativos) de atribuição, ou seja, aqueles que «têm por causa-função atribuir uma certa vantagem ao co-contratante da Administração» e em que «a prestação da Administração é que é essencial e caracterizadora e as do administrado são apenas a contrapartida, ou uma consequência, ou uma condição da vantagem recebida» (Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, pp. 421 e 422)».*

E Alexandra Leitão, sobre a mesma problemática, em “Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. N.º C-480/06 do TJUE)”, publicado na Revista de Contratos Públicos, n.º 2 (Maio-Agosto 2011), refere que: “No Direito português, o artigo 5.º, n.º 1, do CCP consagra, de alguma forma, a excepção que agora o TJUE veio a admitir, na medida em que considera excluídos da Parte II do Código os «contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objecto abranja prestações que não estão ou não sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação».

*Esta exclusão não se subsume na contratação in house providing, uma*



*vez que esta está prevista no n.º 2 do mesmo artigo 5.º, pelo que comporta um outro conjunto de situações, entre as quais se incluem, designadamente, os contratos de cooperação interadministrativa.*

*De facto, o artigo 5.º, n.º 1, do CCP aplica-se a todos os contratos interadministrativos que sejam forçosamente celebrados intuitu personae, quer pela natureza infungível das prestações, quer porque a sua celebração resulta de uma lógica cooperativa e não de mercado.*

*Pode discutir-se se aquele preceito abrange também contratos que contenham prestações típicas dos contratos previstos no n.º 1 do artigo 6.º do CCP, apesar de este artigo estabelecer que, sempre que contenham prestações desse tipo, a celebração dos contratos está sujeita às regras da Parte II do CCP mesmo quando ambas as partes sejam entidades adjudicantes do artigo 2.º, n.º 1. Por sua vez, quando se trate de uma entidade adjudicante do n.º 2 do artigo 2.º, a Parte II do Código também só se aplica quando celebram esses contratos, seja qual for a natureza do adjudicatário.*

*Parece-me que tem de se fazer uma interpretação restritiva do artigo 6.º, n.º 1, estabelecendo uma distinção entre, por um lado, contratos que abranjam prestações típicas de uma empreitada de obras públicas, de uma concessão de obras públicas, de uma concessão de serviços públicos, de uma locação ou aquisição de bens móveis e de uma aquisição de serviços e, por outro lado, os próprios contratos que no seu todo possam ser qualificados como tal.*

*Por outras palavras: um contrato de aquisição de serviços não cabe, em princípio, na previsão do n.º 1 do artigo 5.º, mas um contrato que, apesar de conter prestações típicas de um contrato de aquisição de serviços, não seja, no seu todo, subsumível naquele tipo contratual está*



*excluído da aplicação das regras da Parte II do Código se os requisitos do n.º 1 do artigo 5.º de verificarem em concreto”.*

Ora, no caso sub judice, temos que as prestações objecto do contrato (fornecimento de alimentação) têm natureza fungível, havendo, no mercado, inúmeros operadores económicos capazes de as prestar, e o próprio SUCH fornece serviços, em regime de concorrência e de mercado, a entidades públicas não associadas e a entidades privadas, sendo de afastar qualquer natureza intuitu personae visto se tratar de entidades distintas, perfeitamente autónomas, nada havendo na lei que aponte nesse sentido, que imponha uma contratação intuitu personae.

Assim, o contrato poderia ter sido celebrado com qualquer outro operador, num contexto da mais ampla concorrência, não se vislumbrando, pois, qualquer possibilidade de a situação se subsumir à previsão do n.º 1 do artigo 5º do CCP.

Pelo exposto, improcedem todas as Conclusões da alegação do Recorrente, impondo-se manter na íntegra o Acórdão recorrido.

Com efeito, não podendo o protocolo (contrato de aquisição de serviços) celebrado subsumir-se à figura de contratação *in house*, nos termos do artigo 5º, n.º 2, do CCP, e inexistindo aqui qualquer outra exceção à aplicação das regras de contratação pública, em função do seu valor (cfr. artigo 5º, n.º 3, alínea b), do mesmo Código) é-lhe aplicável a parte II do Código, cujo artigo 20º, n.º 1, alínea b), impõe



# Tribunal de Contas

---

que o contrato seja precedido de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, com publicação dos respetivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia.

Assim não aconteceu, sendo que a ausência do concurso, obrigatório no caso sub judice, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, nos termos do artigo 133º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

Nulidade que pode ser declarada a todo o tempo e origina a nulidade do contrato (artigo 283º, n.º 1 do CCP), e constitui fundamento da recusa do visto, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 44º da LOPTC (Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, alterada pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, 55-B/2004, de 30 de Dezembro, 48/2006, de 29 de Agosto, 35/2007, de 13 de Agosto, 3-B/2010, de 28 de Abril, 61/2011, de 7 de Dezembro e 2/2012, de 6 de Janeiro).

## **IV - DECISÃO**

**Pelos fundamentos expostos, os Juízes da 1ª Secção, em Plenário acordam em:**



# Tribunal de Contas

---

- a) **Julgar improcedente o recurso, mantendo, na íntegra, a decisão de recusa do visto;**
  
- b) **Fixar ao Recorrente emolumentos nos termos do artigo 16º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de Maio.**

Lisboa, 03 de julho de 2012

Manuel Mota Botelho (Relator)

Helena Ferreira Lopes

José Luís Pinto Almeida

Fui presente

(O Procurador-Geral Adjunto)

(José Vicente)