

2018

Data: 20/04/2018
Processo: 588/2018

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

I. Fundamentação

No quadro do presente processo foram identificadas algumas ilegalidades no procedimento que culminou na adjudicação do contrato.

Em primeira linha, a concentração de todos os atos decisórios do procedimento, num único momento (em 21-12-2017) configura o desrespeito de um conjunto de normas (cf. artigos 40.º, n.º 1, *a*), 56.º, 57.º e 73.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), que ainda que não gere uma carência absoluta de forma legal (como sucedeu no caso objeto do acórdão n.º 33/2013-12.DEZ-1ª S/SS em que, além do mais, o decidido se reportava a situações passadas) constitui uma grave violação das garantias procedimentais.

Por outro lado, subsiste o problema que determinou a recomendação proferida no processo n.º 3324/2017, por decisão de 19-12-2017. O contrato sujeito a fiscalização prévia apresenta-se relacionado com, pelo menos, 6 outros contratos com o mesmo objeto, relativos a períodos sucessivos — e os valores de € 166.118 (6-1-2017), € 166.118 (1-2-2017), € 498.354 (1-3-2017), € 498.354 (1-6-2017), € 332.236 (1-9-2017) e € 331.820 (31-10-2017) —, em que o mesmo adjudicatário foi sempre selecionado por ajuste direto e para o justificar foi invocada urgência imperiosa.

Em termos factuais, a entidade adjudicante naqueles procedimentos alegou um nexos causal do procedimento adotado com a pendência neste tribunal de um processo n.º 1089/2016 que seria determinante da invocada urgência imperiosa — «o outro processo de visto, *in casu* o Processo n.º 1089/2016 continua pendente nesse Exm.º Tribunal, sendo certo, que o mesmo não consente a produção de quaisquer efeitos sem essa *retro* mencionada autorização».

Contudo, como se destacou na decisão proferida, em 19-12-2017, no processo n.º 3324/2017, o n.º 2 da cláusula 2.ª do contrato objeto de fiscalização no processo n.º 1089/2016 implica que o mesmo se extinguiu em 31-12-2016 (pois, a condição para que pudesse prolongar os respetivos efeitos para além dessa data, comprovadamente, não se verificava, não tendo sido emitida portaria de extensão para os encargos plurianuais até 31-12-2016 e a emissão superveniente afigura-se irrelevante para a caducidade do contrato entretanto ocorrida).

Esta constatação é independente da suspensão do referido processo, pois a pendência da instância de fiscalização prévia não tem a virtualidade de produzir qualquer efeito jurídico material, nomeadamente de modificação ou reprimenda de um contrato já extinto.

Por outro lado, a suspensão do processo n.º 1089/2016 (ou mesmo a eventual decisão final nesse processo) não interfere com o pleno poder jurisdicional deste tribunal na apreciação dos requisitos de procedimentos contratuais objeto de processos de fiscalização prévia instaurados supervenientemente.

Confrontada com os referidos factos no processo n.º 3324/2017, a entidade requerente não apresentou qualquer argumento que os infirmassem, pois a circunstância de alegadamente se aguardar a publicação de portaria de extensão de encargos, não alterava a extinção do contrato por força do n.º 2 da respetiva cláusula 2.ª (e a existência de uma tabela de preços de serviços do SNS não interfere com as normas legais imperativas em sede de contratação pública).

Nos presentes autos, a entidade fiscalizada veio alegar que:

«Não será supérfluo aqui recordar que, nesses mesmos quatro primeiros processos de visto esse douto Tribunal foi realmente sensível aos inesperados constrangimentos no que diz respeito a demora na receção da Portaria de Extensão de Encargos Plurianuais, sendo seguro que, os mesmos processos foram plenamente chancelados sem uma qualquer recomendação.

«Neste circunstancialismo, este Centro Hospitalar ficou com a legítima expectativa que a Portaria de Extensão que foi pedida à Exma. Tutela e que foi objeto de várias insistências, poderia, ainda, ter um efeito útil, até porque, até dezembro de 2017 nunca nos foi transmitido que não valia a pena aguardar por esse diploma autorizador.»

Nesse segmento, impõe-se destacar que a inutilidade superveniente da eventual portaria (que veio a ser publicada em 16-1-2018), não decorreu da decisão proferida no processo n.º 3324/2017 mas da cláusula acima referida do contrato que constituiu causa de pedir do pedido formulado no processo n.º 1089/2016. Sem embargo, já apresenta relevância para efeitos de ponderação pelo TdC o contexto operativo referido pela entidade fiscalizada:

«Tudo isto sem nunca olvidar que, anteriormente foram efetivamente promovidas pelo CHAlgarve diversas insistências junto da Exma. Tutela para lograr obter autorização para estes encargos plurianuais, tendo, inclusivamente, sido reformulado e atualizado os montantes para essa autorização plurianual.

«Foi, neste contexto, que se recorreu a este procedimento, reconhecendo-se que, este recente CHUA não dispõe também, dos onerosos equipamentos destinados à realização de sessões simples e/ou complexas de radioterapia (i), nem tão-pouco dos especializados recursos humanos que são necessários para o efeito (ii).

«No rigor, podemos asseverar que, inexistem justamente entidades do denominado perímetro público nesta periférica Região que possam disponibilizar e, garantir estes específicos serviços de radioterapia, sendo que, os licenciamentos para estes caros equipamentos foram conferidos e exclusivamente à adjudicatária.



«Para ainda, melhor enquadramento desta tão singular prestação de serviços de radioterapia, importa referir que, o montante desta despesa pública esta já legalmente tabelado e, foi aqui estritamente observado neste procedimento.

«Ora, foi neste preciso e relatado quadro que, se recorreu ao único prestador de serviços de radioterapia existente nesta Região, que dispõe dos únicos equipamentos licenciados, que detém o pessoal médico especializado e, que tem permitido, assim, acautelar e garantir a continuidade dos imprescindíveis tratamentos de radioterapia a que são submetidos os nossos prezados pacientes até à conclusão do Concurso Público Internacional lançado para 2018 e que pretende corresponder à primeira recomendação do Tribunal de Contas que nos foi endereçada.

«Será pertinente deixar muito bem salvaguardado que, este novo CHUA procura respeitar sempre todas as recomendações recebidas e, por isso mesmo, ao ter rececionado a primeira advertência mencionada no quarto parágrafo desta nossa resposta, tratou de despoletar um novo procedimento de contratação pública para 2018 totalmente aberto que garante esta importante prestação de serviços ao longo deste ano económico com respeito absoluto pela tabela de preços vigente.

«Ademais, o órgão colegial que administra este CHUA recebendo a referida recomendação desse Exmo. Tribunal, auscultou logo os seus serviços de apoio quanto aos procedimentos de contratação pública a promover e, deliberou pela imediata abertura de um Concurso Público Internacional (CPI) para 2018.

«Nessa nossa linha de atuação, a escolha deste concreto procedimento foi sugerida pelos nossos serviços de apoio, até que, estivesse concluso o CPI para 2018 porquanto, inexistente um outro operador no mercado que possa garantir a continuidade dos tratamentos simples e/ou complexos a ministrar aos nossos doentes oncológicos como se disse e, o valor da prestação observa rigorosamente a tabela de preços vigente no SNS como se disse anteriormente e aqui se reforça.»

Como foi bem salientado no relatório do DECOP, a referida argumentação da entidade fiscalizada «não detalha ou comprova especificadamente a verificação de cada um dos requisitos legais previstos na alínea c), do n.º 1, do artigo 24.º, do CCP, na redação aplicável à data dos factos, mormente, o requisito de as circunstâncias invocadas não serem em caso algum imputáveis à entidade adjudicante, e cujo ónus pertence sempre à entidade adjudicante». Contudo, como também foi referido no âmbito do presente processo, tendo o CHUA, EPE conhecimento da recomendação proferida no processo n.º 3324/2017 em momento posterior à data do despacho que decidiu a abertura do procedimento que culminou no contrato objeto dos presentes autos essa circunstância merece ser ponderada para efeitos, nomeadamente, do disposto no artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC.

Os dois vícios acima destacados afiguram-se suscetíveis, em abstrato, de determinar a recusa de visto, no caso a mesma não vai, contudo, ser prescrita, optando-se pela emissão de recomendações ao abrigo das disposições conjugadas do artigo 44.º, n.º 3, alínea c), e n.º 4, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) visando um efeito preventivo conformador da atuação futura da entidade requerente — atendendo, ainda, à circunstância de o atual conselho de administração da entidade fiscalizada ter sido confrontado com a recomendação do TdC proferida no processo n.º 3324/2017 e a superação dos vícios ocorridos no passado, embora exija uma atuação célere não podia ser

lograda no muito curto prazo. Deve, ainda, atender-se ao referido contexto de forma articulada com as necessidades que determinaram a elaboração do contrato.

II. Dispositivo

Em face do exposto, decide-se:

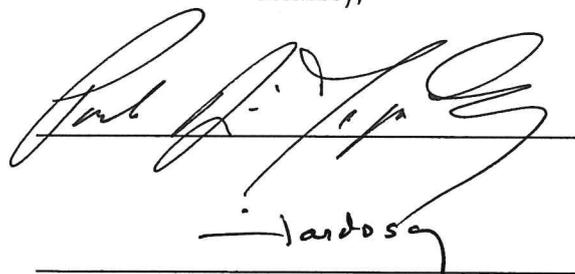
1. Visar o contrato submetido a fiscalização prévia.
2. Recomendar, ao abrigo do disposto no artigo 44.º, n.º 4, da LOPTC, que a entidade fiscalizada em futuros procedimentos deve atender a que:
 - a. O procedimento de ajuste direto compreende diferentes etapas que devem ser claramente distinguidas no plano analítico (atento, nomeadamente, o disposto nos artigos 40.º, n.º 1, *a*), 56.º, 57.º e 73.º do CCP), ainda que existam específicas exigências de celeridade determinantes de uma compressão de intervalos temporais;
 - b. A aceitação para efeitos do disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea *c*), do CCP, de urgência imperiosa, fundamentada causalmente em vicissitudes na organização de procedimento para um período mais alargado impõem uma específica exigência de celeridade da entidade fiscalizada no desenvolvimento de todas as diligências para um procedimento conforme as exigências daquele código, sendo certo que o decurso de mais de um ano desde a extinção do contrato que constituiu causa de pedir no processo n.º 3324/2017 revela que os acontecimentos não podem ser considerados imprevisíveis, e também não se poderá considerar nesse quadro verificado o requisito negativo de «as circunstâncias invocadas não serem em caso algum imputáveis à entidade adjudicante».

*

Emolumentos conforme proposto.

Lisboa, 20 de abril de 2018

(o presente documento foi processado em computador e integralmente revisto pelo relator),



relator

NOTIFICADO EM 23/04/2018
O Procurador-Geral Adjunto



Procurador-Geral Adjunto