

Secção – 1ª S/SS
Data: 24/09/2018
Processo: 1996/2018

TRANSITADO EM JULGADO EM
16/10/2018

RELATOR: Alzira Antunes Cardoso

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Subsecção da 1.ª Secção:

I – RELATÓRIO:

1. O *Município das Caldas da Rainha* submeteu a fiscalização prévia a minuta do denominado “*Protocolo*” a celebrar entre aquele município e o *Montepio Rainha D. Leonor, IPSS – Associação Mutualista*, tendo por objeto “*a delimitação das condições de colaboração do MONTEPIO com o Município na utilização do HOSPITAL TERMAL e BALNEÁRIO NOVO, bem como fornecimento da ÁGUA MINERAL NATURAL*”, para vigorar pelo prazo de cinco anos, renovável por iguais períodos, desde que qualquer uma das partes a tal não se oponha, comunicando tal facto por escrito, com seis meses de antecedência, relativamente ao termo do protocolo ou ao termo das renovações, com o valor estimado de 1.631.860,28 € para o período de vigência inicial (cinco anos)¹.

2. Para melhor instrução do processo foi a referida minuta objeto de devolução ao Município das Caldas da Rainha para prestação de esclarecimentos.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

– DE FACTO:

¹ O “Protocolo” é renovável por iguais períodos sem limite, mas é omissa na previsão da totalidade da despesa e dos encargos financeiros da responsabilidade do município.

3. Com relevo para a presente decisão, e para além do já inscrito no precedente relatório, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

3.1. Em 2 de Dezembro de 2015, o Estado Português, tendo em vista a sua recuperação, salvaguarda e valorização, cedeu a utilização do denominado Hospital Termal e respetivo Balneário ao Município das Caldas da Rainha, para o desenvolvimento de atividades turísticas e culturais, a par da sua fruição pública em benefício da população residente e visitantes, pelo prazo de setenta anos;

3.2. A título de compensação financeira o Município das Caldas da Rainha comprometeu-se a efetuar obras de recuperação e adaptação do imóvel, obrigando-se a realizar o investimento de 2.567 M€ (dois milhões quinhentos e sessenta e sete mil euros) acrescidos de IVA, e a pagar uma renda ao Estado de 85.000,00€/ano desde o 25.º ano até ao 65.º, de 100.000,00€/ano do 65.º ano ao 69.º e no 70.º de 200.000,00€/ano;

3.3. Ficou autorizado a ceder o uso do imóvel a terceiros, mediante prévia autorização da Direção-Geral do Tesouro e Finanças entregando ao Estado, no caso de tais cedências serem geradoras de benefícios económicos diretos, o montante correspondente a 25% daqueles benefícios, após dedução do valor pago a título de renda anual (ponto x, do Auto de Cedência e Aceitação);

3.4. E, em 09 de Janeiro de 2018, o Estado Português atribuiu ao Município das Caldas da Rainha a concessão de exploração da água mineral natural, a que corresponde o número de cadastro HM-14 e a denominação de "Caldas da Rainha", pelo prazo de cinquenta anos, prorrogável por prazo não superior a 20 anos, pagando a autarquia uma compensação anual, calculada com base na água mineral extraída de captações autorizadas na área da concessão, sendo o valor determinado nos termos da fórmula indicada no número dois da cláusula sétima do respetivo contrato;

3.5. Na reunião realizada em 16 de abril de 2018, a Câmara Municipal das Caldas da Rainha aprovou a minuta do "Protocolo" a celebrar com o Montepio Rainha Dona Leonor, IPSS – Associação Mutualista, tendo por objeto *"a delimitação das condições de colaboração do MONTEPIO com o MUNÍCIPIO na utilização do HOSPITAL TERMAL e BALNEÁRIO NOVO, bem como o fornecimento da ÁGUA MINERAL NATURAL"*, e deliberou remeter a mesma à Assembleia

Municipal “para efeitos de autorização prévia para a assunção de compromissos plurianuais, prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro”;

3.6. A Assembleia Municipal das Caldas da Rainha, em reunião de 19 de junho de 2018, deliberou “aprovar a deliberação da Câmara”, de 16 de abril de 2018;

3.7. O “Protocolo” que o Município das Caldas da Rainha pretende celebrar com o Montepio Rainha D. Leonor, IPSS – Associação Mutualista, compreende o seguinte objeto e atividades:

«Cláusula 6.ª

Da colaboração com o Montepio

1. Pelo presente PROTOCOLO e no âmbito da colaboração com o MUNICÍPIO, deve ser assegurada pelo MONTEPIO, a gestão que se mostrar necessária à implementação e exercício das seguintes atividades no HOSPITAL TERMAL e BALNEÁRIO NOVO:

- a) Colaboração com o MUNICÍPIO na prestação de cuidados de saúde na área de hidrologia médica para fins de prevenção, terapêutica, medicina física, reabilitação, fisioterapia, manutenção da saúde e termalismo, incluindo a parte administrativa;
- b) Dar colaboração e o apoio que se mostrarem adequados, ao desenvolvimento de um centro de estudo e investigação termal, sob o patrocínio do MUNICÍPIO, em parceria com este e, eventualmente, outras entidades aderentes.

(...)

4. Cabe ao MUNICÍPIO, por si e com a colaboração do MONTEPIO, efetuar as diligências necessárias junto das entidades competentes, de modo a obter apoio e autorização do Serviço Nacional de Saúde para as atividades a executar no Hospital Termal e Balneário Novo»;

Cláusula 7.ª

Da utilização

1. No âmbito da colaboração com o MUNICÍPIO, o MONTEPIO deverá garantir uma utilização prudente do HOSPITAL TERMAL E BALNEÁRIO NOVO, no âmbito das atividades referidas no número 1, alínea a) da cláusula anterior, nomeadamente:

- a) Neles permitindo unicamente o exercício das atividades referidas no número 1 da cláusula anterior;

- b) *Gerindo, de forma sensata e rigorosa, todos os custos, suportados pelo MUNICÍPIO, respeitantes a pessoal da administração, segurança, auxiliares, técnicos de balneoterapia e médicos tudo no quadro do exercício das atividades mencionadas no número 1, alínea a) da cláusula anterior;*
 - c) *Em colaboração com o MUNICÍPIO, assegurar a prática de um regime de abertura permanente, com horários adequados ao exercício das atividades referidas no número 1, alínea a) da cláusula anterior, à época do ano, tendo em conta a procura por parte dos utentes e às solicitações de natureza turístico-promocional que, pontualmente, forem assinaladas (...);*
 - d) *Assegurar a existência e funcionamento que permitam velar pela guarda, segurança e conservação de pessoas e bens;*
 - e) *Em colaboração com o MUNICÍPIO, observar e fazer observar pelos utentes as disposições legais, regulamentares ou contratuais respeitantes à utilização e exploração das instalações e serviços;*
 - f) *Assegurar a execução das determinações das demais autoridades administrativas em matérias das suas atribuições.*
2. *O MONTEPIO entregará trimestralmente ao MUNICÍPIO, um relatório de atividade e contas relativas às atividades desenvolvidas no âmbito do n.º 1 da alínea a) da cláusula anterior na vertente termal do HOSPITAL TERMAL e BALNEÁRIO NOVO”;*

3.8. Nos termos da cláusula 8.^a, sob a epígrafe “Da limpeza e Vigilância”, «*No âmbito da colaboração com o MUNICÍPIO, a gestão e supervisão das operações de limpeza e manutenção, bem como a vigilância e segurança do HOSPITAL TERMAL e BALNEÁRIO NOVO, ficam a cargo do MONTEPIO.*»;

3.9. No que respeita ao financiamento dos custos das atividades protocoladas, a cláusula 9.^a, sob a epígrafe “Responsabilidades Financeiras”, tem a seguinte redação:

«1. Todos os custos inerentes ao funcionamento do HOSPITAL TERMAL e do BALNEÁRIO NOVO, cuja gestão é feita em parceria com o MONTEPIO, nos termos do presente protocolo, são da responsabilidade do MUNICÍPIO, do mesmo modo que lhe pertencem a totalidade das receitas que nessas atividades venham a ser geradas.

2. É da responsabilidade do MUNICÍPIO, ouvido o MONTEPIO, o Diretor Clínico e o Diretor Técnico, a definição do preçário nas diversas dimensões aplicáveis, a que ficará subordinada a

prestação de serviços inerentes ao funcionamento e exploração do HOSPITAL TERMAL e do BALNEÁRIO NOVO.

3. O MONTEPIO obriga-se a entregar ao Município, trimestralmente, conjuntamente com o relatório referido na cláusula 7ª, n.º 2, até 15 de abril, 15 de julho, 15 de outubro e 15 de janeiro de cada ano, evidência dos resultados obtidos com a exploração do HOSPITAL TERMAL e BALNEÁRIO NOVO, nos termos do Art.º 6º, n.º 1, alínea a) durante os períodos atrás referidos fazendo entrega dos ganhos que, eventualmente, se tenham verificado, sem prejuízo da manutenção dos fundos de maneio e de caixa que venham a ser determinados.

4. O MUNICÍPIO obriga-se a concertar com o MONTEPIO um orçamento anual que contemple designadamente, a previsão da totalidade dos custos necessários ao funcionamento do HOSPITAL TERMAL e do BALNEÁRIO NOVO, devendo o MONTEPIO, enquanto entidade gestora, elaborar documento mensal, a solicitar a transferência antecipada das quantias necessárias para custear as atividades referidas no Art.º 6.º, n.º 1, alínea a) do presente PROTOCOLO, devidamente discriminado e justificado.

5. No primeiro ano e com a devida antecedência em relação à data que for marcada para o início qualquer das atividades a operar no Hospital Termal e/ou BALNEÁRIO NOVO, o MONTEPIO obriga-se a acordar com o MUNICÍPIO os conteúdos dos quadros de pessoal que haja necessidade de contratar para o efeito, especificando a forma contratual e o estatuto remuneratório, devendo as verbas necessárias ao pagamento das correspondentes remunerações constar do orçamento mencionado no número anterior.

6. De acordo com o que for solicitado pelo MONTEPIO, no quadro do orçamento supramencionado, as quantias necessárias ao pagamento de remunerações integrarão as transferências periódicas a realizar pelo MUNICÍPIO, previstas no nº4 da presente cláusula.»;

3.10. *Por seu turno, o Montepio IPSS, nos termos da cláusula 7.ª, n.º 1, alínea b), gere “de forma sensata e rigorosa, todos os custos, suportados pelo MUNICÍPIO, respeitantes a pessoal da administração, segurança, auxiliares, técnicos de balneoterapia e médicos tudo no quadro do exercício de atividades mencionadas no número 1, alínea a) da cláusula anterior”;*

3.11. *Cabendo ao MONTEPIO recrutar, contratar e suportar os encargos com o pessoal necessário ao exercício das atividades referidas na cláusula 6.ª, n.º 1, alínea a), nomeadamente administrativos, técnicos de balneoterapia e das demais especialidades (cláusula 14.ª n.º 1);*

3.12. Transferindo o MUNICÍPIO para o Montepio, IPSS as verbas necessárias ao pagamento das despesas com pessoal "incluindo indemnizações" (cláusula 14.^a n.º 2);

3.13. Cabe ainda ao Município custear, entre outras:

a) As análises físico-químicas e bacteriológicas da água nos termos e prazos constantes dos programas anuais definidos pela DGEG (cláusula 12.^a n.º 2, alínea b));

b) A totalidade dos custos e encargos com desinfeção da água termal (cláusula 12.^a alínea e));

c) As despesas com os consumos de eletricidade, água da rede pública, gás ou quaisquer outros consumos, inerentes à utilização do Hospital Termal e Balneário e às atividades ali desenvolvidas;

3.14. O Município coloca à disposição do Montepio, IPSS a água mineral natural necessária para as atividades a desenvolver no âmbito do “Protocolo”, podendo o Município eventualmente utilizá-la para fins próprios e fornecimento a terceiro, consultando previamente o Montepio, e salvaguardando o caudal necessário ao funcionamento do hospital termal (cláusulas 10.^a e 11.^a);

3.15. A minuta do “Protocolo” submetida à apreciação da Assembleia Municipal do Município das Caldas da Rainha tem um Anexo com identificação das rubricas orçamentais em que assenta a transferência de verbas para o Montepio IPSS, e ainda a previsão dos respetivos montantes com a seguinte repartição anual:

ANOS	2018	2019	2020	2021	SEGUINTE
VALOR	116.860,28	290.000,00	350.000,00	350.000,00	525.000,00

3.16. De acordo com o referido Anexo as indicadas verbas a transferir no âmbito do protocolo constam do orçamento e plano da Câmara Municipal com a seguinte designação: “Transferências Associações – Saúde”;

3.17. O Município das Caldas da Rainha juntou um documento intitulado "ESTIMATIVA DE ENCARGOS PARA EFECTIVAÇÃO DO PROTOCOLO COM O MONTEPIO RAINHA D. LEONOR PARA O DESENVOLVIMENTO DO TERMALISMO 2018", datado de 04.08.18, no qual procede à especificação e cálculo das despesas apenas para o ano de 2018, limitando-se a estimativa para os anos seguintes a invocar o seguinte: *"Para os de 2019 e 2020, em face do esperado acréscimo da procura que resultará numa maior utilização dos equipamentos e conseqüente aumento dos custos de manutenção e funcionamento da estrutura de prestação de tratamentos, estima-se que a despesa cresça cerca de 20% ao ano, estabilizando a partir do segundo ano (2020):*

Total despesa para 2019 = 290.000,00€

Total despesa para 2020 e seguintes = 350.000,00€";

3.18. De acordo com os respetivos estatutos o Montepio Rainha D. Leonor, IPSS – Associação Mutualista *"tem como fins gerais, na prossecução dos princípios mutualistas, o desenvolvimento e promoção de atividades de proteção social nos domínios da segurança social, da saúde, educação, cultura e qualidade de vida, nomeadamente através da concessão de benefícios nessas áreas aos seus associados e no normal desenvolvimento da sua atividade à população em geral";*

3.20. Foi solicitado ao Município das Caldas da Rainha que se pronunciasse sobre a natureza jurídica do Protocolo (minuta), *"clarificando qual a relação contratual que o mesmo configura", tendo respondido o seguinte:*

«Relativamente à natureza jurídica do Protocolo em análise, trata-se de um Protocolo de Colaboração no âmbito da recuperação, salvaguarda e valorização dos equipamentos, bem como o desenvolvimento de atividades inerentes, incluindo a atividade termal, para fruição pública em benefício da população residente e visitantes, desenvolvida pelo Município, em parceria com uma IPSS, ao abrigo do disposto no ponto X do auto de cedência celebrado com o Estado Português, conjugado com o previsto na alínea g) do n.º 2 do artigo 23.º e alínea t) do número I, do artigo 33.º, ambos Regime Jurídico das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro.»;

3.21. Em relação a eventuais contrapartidas a pagar ao Montepio, IPSS, foi-lhe pedido para informar:

- a. *Qual a contrapartida [remuneração] a pagar pelo Município das Caldas da Rainha ao cocontratante, evidenciando, ainda que de forma estimada, os respetivos pagamentos, anuais e o total, da responsabilidade da autarquia;*
- b. *Se a totalidade das receitas geradas pela gestão e exploração dos referidos equipamentos de saúde, incluindo da água mineral natural, pertencem ao município;*

3.22. Tendo respondido o seguinte:

«a) Informa-se que o Município das Caldas da Rainha apenas assume as despesas refletidas no documento intitulado "ESTIMATIVA DE ENCARGOS PARA EFECTIVAÇÃO DO PROTOCOLO COM O MONTEPIO RAINHA D. LEONOR PARA O DESENVOLVIMENTO DO TERMALISMO 2018" já enviado a esse Tribunal, do qual resulta:

- *Ano de 2018: € 116.860,28;*
- *Ano de 2019: € 290.000,00;*
- *Ano 2020 e seguintes: € 350.000,00/ano;*

b) Informa-se que a Totalidade das receitas geradas pela gestão e exploração dos referidos equipamentos de saúde, incluindo da água mineral natural, pertencem ao Município, sendo que nos termos do ponto X do auto de cedência e aceitação celebrado com o Estado Português, deve ser entregue a este, através da Direção Geral do Tesouro e Finanças o montante correspondente a 25%, dos benefícios após a dedução do valor pago pelo Município a título de renda anual»;

3.23. O Município das Caldas da Rainha foi ainda questionado quanto ao procedimento adotado para a escolha do cocontratante, nos seguintes termos:

«5. Explícite qual foi o processo de seleção da Montepio Rainha D. Leonor, IPSS – Associação Mutualista, esclarecendo se, para o efeito, foi adotado um procedimento de contratação nos termos do Código dos Contratos Públicos na versão atual, remetendo cópia das respetivas peças procedimentais, relatórios de avaliação de propostas e deliberação de adjudicação.

6. Na sequência do ponto anterior, e caso os serviços de saúde e de fornecimento de água mineral abrangidos pela minuta do Protocolo tenham sido atribuídos diretamente à referida entidade sem observância das regras do CCP:

a. Como considera dispensada a aplicação de tal diploma legal, concretizando qual ou quais os respetivos preceitos legais que consagrem tal dispensa, pronunciando-se, a título complementar, como entende que as prestações contratuais respetivas não são suscetíveis da concorrência de mercado;

b. Esclareça os motivos que, concretamente, fundamentaram a seleção da indicada entidade, e a respetiva adequação aos princípios gerais da atividade administrativa e da contratação pública, remetendo-se para o estabelecido no artigo 5.º-B, do CCP»;

3.24. *Tendo respondido o seguinte:*

«O presente Protocolo de Colaboração não foi precedido de qualquer processo de seleção (...)

Esclarece-se que com o presente Protocolo de Colaboração com o Montepio Rainha D. Leonor, IPSS - Associação Mutualista, pretende o Município assegurar a reabertura e dar continuidade às atividades termais, visando assim, o cumprimento do deliberado pela Assembleia Municipal em 15 de Julho de 2014, aquando da aprovação da minuta do auto de cedência do Hospital Termal, na qual se encontra expresso que o Município se comprometeu a "...promover a reabertura do Hospital Termal gerido por uma entidade de cariz municipal ou por uma IPSS com experiência na gestão e prestação de cuidados de saúde, de forma a permitir o acesso a todos os cidadãos aos cuidados de saúde termal, garantindo a autonomia da sua gestão e mantendo os serviços hoje a serem prestados pelo C. H.O. a funcionar no Hospital Termal, como por exemplo o serviço de Medicina Física e Reabilitação e o de Reumatologia.

Acresce que, é reconhecido ao Montepio Rainha D. Leonor, uma elevada experiência na área dos cuidados de saúde, conforme referido anteriormente, sendo a sua colaboração fundamental para a prossecução do serviço público que o Município se propôs assegurar aquando da assinatura do aludido auto de cedência.

É entendimento do Município que as regras da contratação pública não se aplicam ao Protocolo de Colaboração em apreço, porquanto, não estamos no âmbito da concorrência de mercado, uma vez que a recuperação, salvaguarda e valorização dos equipamentos, bem como o desenvolvimento de atividades inerentes, incluindo a atividade termal, para fruição pública em benefício da população residente e visitantes, é desenvolvida pelo Município, em parceria com uma IPSS, ao abrigo do disposto no ponto X do auto de cedência celebrado com o Estado Português, conjugado com o previsto na alínea g) do n.º 2 do artigo 23.º e alínea t) do número 1, do artigo 33.º, ambos Regime Jurídico das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro.

Em conclusão, a prossecução do serviço público na área da hidrologia médica para fins de prevenção da doença, terapêutica, reabilitação e manutenção da saúde, será bem melhor assegurado com a colaboração de instituição com experiência e qualificação na área da prestação de cuidados de saúde e sem fins lucrativos.

Assim, o Montepio Rainha D. Leonor, pela elevada experiência e qualificações na área da prestação de cuidados de saúde e sendo a única instituição sediada na Cidade com estas valências, reúne, assim, condições de colaborar com o Município nas atividades e os objetivos referidos, através da partilha de sinergias a que se alia o facto de ser uma IPSS»;

3.25. Foi ainda solicitado ao Município para:

“8. Não obstante a remessa do documento com a estimativa dos encargos que decorrem da minuta do Protocolo para a autarquia:

a. Informar qual o montante anual dos encargos (custos) do município até ao termo de vigência do Protocolo, bem como o montante total;

b. Informar se os custos com pessoal médico e não médico são da responsabilidade exclusiva do município.

(...)

10. Informar se foi efetuado um estudo que contemple a estimativa das receitas que decorrem da exploração dos referidos equipamentos e fornecimento de água mineral, remetendo a respetiva cópia. Em caso negativo, e face a um Protocolo com tão extenso prazo, como considera que as deliberações dos órgãos municipais que o aprovaram se encontram fundamentadas, face aos princípios da economia, eficiência e eficácia previstos no artigo 18.º, da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, para que se remete.

11. Ainda nos termos do mencionado preceito legal, explicitar se a assunção dos compromissos que decorrem da minuta do Protocolo foi antecedida da estimativa das incidências orçamental e financeira líquidas ano a ano e em termos globais, fundamentando e demonstrando, se tal considerado, a dispensa da aplicação do previsto no n.º 3, do artigo 18.º, daquele diploma, para que se remete.

12. Demonstre que os encargos plurianuais foram expressamente autorizados pela Assembleia Municipal respetiva, nos termos do art. 22.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, e do art.º 6.º, n.º 1, alínea c) da Lei nº 8/2012, de 21 de fevereiro, remetendo cópia da proposta deliberativa submetida aos órgãos municipais.”;

3.26. Tendo o Município respondido o seguinte:

«Questão 8 a)

O montante anual previsto para os primeiros cinco anos de vigência do Protocolo é o constante no ponto 7.a). O montante total dos encargos até ao termo de vigência do Protocolo, não são, no nosso entendimento, suscetíveis de quantificar na totalidade, face às

vicissitudes que, eventualmente, poderão ocorrer durante a vigência máxima prevista e que poderá atingir o prazo de (70) setenta anos². Optámos por considerar os primeiros 5 anos, período inicial previsto na cláusula 5ª do Protocolo.

Questão 8 b)

Informa-se que os custos com pessoal médico e não médico são da responsabilidade exclusiva do Município.

Questão 10

Remete-se cópia do estudo efetuado que contempla a estimativa das receitas que decorrem da exploração dos referidos equipamentos.

Questão 11

Informa-se que a assunção de compromissos que decorrem da minuta do Protocolo foi antecedida da estimativa das incidências orçamental e financeira líquida para o ano e em termos globais, conforme ficha do compromisso com o n.º sequencial 32045.

Efetivamente, a economia, a eficiência e a eficácia consistem na utilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público, na promoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa e na utilização dos recursos mais adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar.

Ora, no caso em apreço a eficiência traduz-se na capacidade de prestar serviços de termalismo de elevada qualidade, despendendo a menor quantidade de recursos tendo em consideração a especialização de décadas na área da saúde do Montepio Rainha D. Leonor - Associação Mutualista.

Os meios Humanos e os conhecimentos técnicos disponibilizados pelo Montepio Rainha D. Leonor - Associação Mutualista são garantia adicional para a eficácia quanto ao objetivo final de prestar serviços de elevada qualidade.

É nossa convicção que os padrões de qualidade garantidos à solução é economicamente bastante favorável.

As termas das Caldas da Rainha com todo o dinamismo que potenciou no passado e que futuramente se prevê fomentar, terá um impacto na economia local, regional e até nacional com o desenvolvimento do turismo termal.

² O prazo de 70 anos tem por referência o ponto ii. do “Auto de Cedência e de Aceitação” celebrado entre o Estado Português e o Município.

O investimento que foi realizado e que eventualmente será necessário realizar suportado com os meios financeiros do município terá um impacto por via direta e indireta de décadas, contudo é nossa convicção que as receitas no futuro irão cobrir o impacto financeiro do aludido investimento.».

– DE DIREITO:

4. Estando assentes os elementos de facto supra descritos, cumpre, com base neles, apreciar as questões que o contrato em presença suscita.
- A) **Sujeição da minuta do protocolo celebrado entre o Município das Caldas da Rainha e o Montepio, IPSS a fiscalização prévia do Tribunal de Contas:**
 5. Como questão prévia importa saber se a minuta do protocolo em causa está sujeita a fiscalização prévia.
 6. Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, estão sujeitas a visto: *“As minutas dos contratos de valor igual ou superior ao fixado nas leis do Orçamento nos termos do artigo 48.º, cujos encargos, ou parte deles, tenham de ser satisfeitos no ato da sua celebração”*.
 7. Em relação ao valor não se suscitam dúvidas quanto à sujeição da minuta em causa a fiscalização prévia.
 8. Já quanto ao segundo requisito exigido pela citada disposição legal, perante a falta de clareza, carácter genérico e imprecisão de algumas das cláusulas do *“Protocolo”* quanto aos direitos e obrigações de ambas as partes, foi pedido ao Município das Caldas da Rainha, para esclarecer se seriam suportados encargos pelo município, quantificando-os, no ato da celebração do *“Protocolo”* definitivo.
 9. Na sequência do pedido de esclarecimento que lhe foi dirigido veio dizer que *“... é expectável que ocorram encargos no ato de celebração do Protocolo definitivo cujo montante máximo está previsto na informação de compromisso remetida ao Tribunal ...”*.

10. A fiscalização prévia do TdC constitui uma competência própria deste órgão cuja intervenção nessa sede é provocada (dependente de impulso exógeno) e tipificada, por referência a uma tabela legal que compreende um âmbito subjetivo (entidades) e objetivo (atos e contratos) delimitador do que está sujeito a fiscalização prévia. Enquadramento estabelecido, nomeadamente, pelas disposições conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c) e 46.º a 48.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8³.
11. No plano processual, a competência do TdC de fiscalização prévia é conformada pelo princípio do pedido, cujo exercício compete às entidades sujeitas subjetivamente a essa fiscalização, nos termos do artigo 81.º, n.ºs 1 e 4, da LOPTC.
12. Assim, tendo em conta os esclarecimentos prestados, o acima referido quanto ao teor da minuta do “Protocolo”, tendo em conta que atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC, e as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC, cabe à entidade fiscalizada o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, não compreendendo o processo de fiscalização prévia qualquer investigação direta do Tribunal, e tendo ainda em conta os princípios da cooperação, boa fé processual e os critérios que se devem observar em caso de dúvida, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º e 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (aplicáveis *ex vi* do artigo 80.º da LOPTC), aceita-se a posição da entidade fiscalizada quanto à submissão da minuta a fiscalização prévia.

B) Natureza jurídica e sujeição do protocolo à parte II do Código dos Contratos Públicos

13. Defende o Município das Caldas da Rainha que as regras da contratação pública não se aplicam ao “Protocolo” em apreço, por ter por objeto prestações que não estão nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.
14. Ou seja, defende que estamos perante contratação excluída, prevista no n.º 1, do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos, a que não é aplicável, nos termos da citada disposição legal, a parte II do referido Código.

³ Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

15. Entendemos que não lhe assiste razão.

Vejamos:

16. Encontram-se parcialmente excluídas da aplicação do CCP, por estarem apenas isentos da aplicação da Parte II, um conjunto de relações jurídicas que o legislador não submeteu a uma disciplina equivalente à da formação dos demais contratos públicos.
17. Beneficiam desta exclusão parcial os “*contratos cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis 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 formação*” (cf. artigo 5.º, n.º 1, do CCP⁴).
18. O legislador identifica como razões válidas para a submissão à concorrência de mercado a natureza ou características das prestações, a posição relativa das partes ou o contexto da sua formação.
19. Tendo presente a finalidade do legislador de preservar ao máximo a intangibilidade do princípio da concorrência, o conteúdo do n.º 1 do artigo 5.º deve ser interpretado conjugadamente com o artigo 6.º, n.º 1, e com o artigo 16.º, n.º 2.
20. Assim, quando estejam em causa prestações fungíveis que possam ser prestadas por uma pluralidade de interessados, existindo diversos operadores qualificados para realizar essa prestação contratual, deve promover-se a concorrência entre eles⁵.
21. A razão de ser da norma do referido n.º 1 do artigo 5.º do CCP, partindo da conexão indissociável entre as regras relativas à contratação pública e as regras relativas à defesa e promoção da concorrência, é a de que, onde não existir nem puder existir concorrência, não há por que aplicar o CCP.

⁴ Alterado e Republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto de 2017.

⁵ Vide, João Henriques Pinheiro, Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação – Faculdade de Direito da Universidade De Coimbra, fevereiro/2011.

22. Com efeito, de acordo com aquela estatuição normativa, a não aplicação da parte II do CCP depende de o contrato a celebrar:
- a) Ser celebrado por entidades adjudicantes;
 - b) O seu objeto abranger prestações que não estão nem são suscetíveis de estar submetidas à concorrência do mercado, designadamente:
 - i) em razão da sua natureza ou das suas características;
 - ii) da posição relativa das partes no contrato;
 - iii) ou do contexto da sua própria formação.
23. Antes de entrar na análise do conteúdo do “protocolo” cuja minuta foi submetida a fiscalização prévia, que como adiante melhor se explicitará, não obstante a sua designação, é um contrato oneroso e sinalagmático, importa tecer algumas considerações, sobre a distinção entre “preço contratual”, “valor do contrato” e “benefício económico”, dado que tal distinção assume enorme relevância na interpretação do CCP.
24. Tendo por base o artigo 97.º do CCP, pode afirmar-se que o *preço contratual* corresponde ao preço a pagar pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato.
25. Por outro lado, o conceito de *preço contratual* abrange todo o período de execução do contrato, incluindo as eventuais renovações. Se o contrato a outorgar for submetido a um regime de renovações, o preço contratual inclui não só o período de vigência inicial, mas também as remunerações devidas à adjudicatária pelos períodos de renovação.
26. Sintetizando, o preço contratual inclui quaisquer pagamentos que o adjudicatário possa receber da entidade adjudicante durante a execução normal do contrato outorgado. Introduzimos nesta análise o conceito de execução normal para melhor identificar outras prestações contratuais com expressão patrimonial que o legislador, através do n.º 3 do artigo 97.º do CCP, expressamente, excluiu do conceito de preço contratual.
27. O conceito de *benefício económico* influencia o conceito de valor do contrato, e por força desta relação ambos os conceitos têm uma função extremamente importante na escolha do procedimento adjudicatório.

28. Estabelece o n.º 1 do artigo 17.º do CCP que o valor do contrato a celebrar corresponde ao valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adotado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto.
29. Especifica o n.º 2 do mesmo preceito que o benefício económico integra:
- a) o preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros (preço contratual);
 - b) o valor de quaisquer contraprestações a efetuar em favor do adjudicatário;
 - c) e ainda o valor das vantagens que decorram diretamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.
30. Em razão da onerosidade que lhes está associada, os contratos públicos são contratos dos quais resultam contrapartidas para ambas as partes.
31. Inclui-se, inclusive, no conceito de contrato público, o denominado *contrato sem valor* (a que se refere o atual n.º 9, do artigo 17.º, do CCP), o qual se caracteriza, entre outros aspetos, por ser oneroso, isto é, por ter uma dimensão patrimonial ou económica e cujas prestações são suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (apesar de a letra do conceito - contrato sem valor - apontar para ausência de valor económico⁶), relativamente aos quais não é possível determinar o benefício económico do adjudicatário seguindo os critérios estabelecidos nos números 1 a 8 do citado artigo 17.º do CCP.
32. Regressando à análise da minuta submetida a fiscalização prévia, não obstante as partes a tenham intitulado “Protocolo”, atento o seu conteúdo não oferece dúvidas de que consubstancia um contrato público, oneroso e sinalagmático, vinculando-se as partes ao cumprimento das prestações no mesmo previstas através da celebração do dito “Protocolo”.
33. E ao contrário do defendido pelo Município das Caldas da Rainha estão em causa prestações fungíveis e suscetíveis de ser submetidas à concorrência.

⁶ Vide, Pedro Matias Pereira e Rui Mesquita Guimarães, “Os Contratos Sem Valor”, no Código dos Contratos Públicos, Boletim de Ciências Económicas, Vol. LVII, Tomo III, 2014, págs.2663 a 2695.

34. Como contrapartida das prestações que o Montepio, IPSS se obriga a realizar, o Município obriga-se a suportar a totalidade dos custos das atividades a desenvolver, efetuando a transferência, antecipada, dos custos estimados.
35. O Montepio, IPSS assegura a gestão dos serviços, em nome e por conta do Município, ficando a cargo deste, a totalidade dos custos com as atividades a desenvolver em benefício da população residente e visitantes.
36. O que permite, ao Montepio, IPSS sem risco ou encargos, totalmente assumidos pelo Município, colaborar na prestação de um serviço aos visitantes e à população residente em geral, incluindo os seus associados.
37. Como acima se referiu, ainda que as partes o tenham intitulado de “Protocolo”, analisado o seu conteúdo, envolve prestações que não são típicas de um único contrato, mas que no essencial, consubstanciam a aquisição pelo Município de vários serviços a prestar pelo Montepio, IPSS e essa aquisição é feita contra o pagamento de um valor.
38. Com efeito, como já referido, o Município obriga-se a transferir para o Montepio, IPSS, mensal e antecipadamente as quantias necessárias para custear as atividades a desenvolver no âmbito do “Protocolo”.
39. É certo que no texto da minuta do protocolo não se qualifica o valor a transferir para o Montepio como um preço.
40. E prevê-se que caso, eventualmente, as atividades a desenvolver venham a gerar “*ganhos*”, serão entregues ao Município, “*sem prejuízo dos fundos de maneiio e de caixa que venham a ser determinados*”.
41. Porém, como se escreveu, em situação similar, no Acórdão n.º 17/2012, da 1.ª Secção deste Tribunal, em subsecção, proferido em 1.06.2012:
«(...) o que se paga - tratando-se de uma associação sem fins lucrativos – é natural que seja calculado em função do dispêndio que a associação vai fazer para prestar os serviços. Há, pois, uma relação entre o que se adquire e o valor financeiro que se entrega.»
42. Assim, o “Protocolo” em apreço identifica-se como um verdadeiro contrato de aquisição onerosa de serviços.

43. E, ao contrário do defendido pelo Município das Caldas da Rainha não tem por objeto prestações que não estejam ou não sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação.
44. O citado n.º 1 do artigo 5.º afirma pela negativa aquilo que no n.º 1 do artigo 16.º do mesmo CCP se afirma pela positiva: *“Para a formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar sujeitas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adotar”* um dos procedimentos previstos na parte II do código.
45. Ora, desta norma resulta que basta haver uma prestação que seja suscetível de ser colocada à concorrência para obrigar à formação do contrato nos termos da parte II do CCP.
46. E nos termos do n.º 2 do mesmo artigo 16.º. *“consideram-se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações típicas abrangidas pelo objeto, independentemente da sua designação ou natureza, dos contratos ali indicados, entre eles o “contrato de aquisição de serviços”.*
47. Em síntese, as prestações que o Montepio, IPSS se obriga a prestar no âmbito do “Protocolo” a celebrar, têm natureza fungível, sendo que sem pôr em causa a sua capacidade e experiência, há no mercado outras entidades quer de finalidade lucrativa, quer mesmo não lucrativa, capazes de as prestar pelo que a melhor proposta deverá ser apresentada e selecionada no âmbito de um procedimento concorrencial, dado que não se vislumbra qualquer possibilidade de a situação se subsumir à previsão do citado n.º 1 do artigo 5.º do CCP.

C) Das ilegalidades verificadas, suscetíveis de fundamentar a recusa de visto

48. Não se verificando nenhuma das exceções previstas no n.º 1 do artigo 5.º do CCP, deveria ter sido observado o Código dos Contratos Públicos, incluindo a parte II, ou seja, atento o seu valor e estando a entidade adjudicante abrangida pelo artigo 2.º, o protocolo deveria ter sido precedido de concurso público ou concurso limitado com prévia qualificação, com publicação dos respetivos anúncios no Jornal Oficial da União Europeia (cf. artigos 1.º, n.º 2, 2.º n.º 1, alínea c) e 20.º, n.º 1, alínea a), todos do CCP).

49. A ausência do concurso, obrigatório no caso, equivale à preterição total do procedimento legalmente exigido, facto que determina a nulidade do protocolo cuja minuta foi submetida a fiscalização prévia, nos termos dos artigos 161.º, n.º 2, alínea l), do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e 283.º, n.º 1, do CCP.
50. E, nos termos do estabelecido nos artigos 4.º, n.º 2, da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro e 59.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, são nulas as deliberações dos órgãos do município que determinem ou autorizem a realização de despesas não permitidas por lei.
51. Acresce que o protocolo é omissivo na referência aos seguintes elementos que devem formar o clausulado de um contrato público:
- a. A definição do prazo de execução das prestações objeto do protocolo [artigo 96.º, n.º 1, alínea e), do CCP];
 - b. A indicação da deliberação da Assembleia Municipal que autoriza a despesa plurianual [artigo 96.º, n.º 1, alínea h), do CCP].
52. Sendo que, nos termos do artigo 96.º, n.º 7, do CCP, *“são nulos os contratos a que falte algum dos elementos essenciais referidos nas alíneas a) a i) do n.º 1”* do mesmo preceito.
53. Por outro lado, a estimativa em que se terá baseado a autorização concedida pela Assembleia Municipal não apresenta quaisquer dados relativos à estimativa de receitas. Estimativa que consta apenas do documento intitulado “Fundamentação Económico-Financeira”, não datado, nem assinado, junto na sequência da devolução da minuta pelo DECOP.
54. E, o documento em que se baseou a deliberação da Câmara Municipal e a posterior deliberação da Assembleia Municipal não procede à estimativa da globalidade da despesa do protocolo até ao termo de vigência do mesmo, e à sua repartição por cada ano económico.
55. As referidas deliberações, bem como o próprio protocolo e respetivo Anexo não previram a totalidade dos encargos plurianuais, o que ocorre por falta de previsão de um termo de vigência no instrumento em apreço, facto que impossibilita, de todo, o cálculo global da despesa plurianual, ainda que de forma estimada.

56. Assim, além da já mencionada nulidade, a documentação junta não permite considerar autorizados todos os encargos plurianuais para efeitos dos artigos 22.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, e artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, na sua atual redação, dada a falta de previsão de um termo máximo de vigência do contrato, o que impossibilita o cálculo da totalidade da despesa.
57. Acresce que o documento que contém a estimativa das despesas do protocolo não integrou os custos com as remunerações do Diretor Clínico e Diretor Técnico, conforme reconhecido pelo Município no esclarecimento prestado na sequência da devolução, daí resultando também que não foram contabilizadas todas as despesas.
58. Por outro lado, a despesa que foi autorizada não se mostra em conformidade com os seguintes princípios e regras orçamentais previstos na Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, que aprovou a *nova* Lei de Enquadramento Orçamental:
- O princípio da especificação da despesa a que se refere o artigo 17.º da LEO, dado que tal como esta se encontra registada nas informações de cabimento e de compromisso orçamental juntas, o Município das Caldas da Rainha transfere periodicamente para o Montepio, IPSS uma verba global necessária à gestão das atividades previstas na cláusula 6.º, n.º 1, alínea a), classificada e designada como “Transferências Associações – Saúde”, e não por tipo de despesa especificamente associada [ex.: pagamento de remunerações; vigilância e segurança];
 - Os princípios da economia, eficiência e eficácia [consagrados no artigo 18.º, n.º 1 e 2, da LEO], ou seja, a racionalidade financeira do Protocolo, dado que nos termos da cláusula 9.ª, n.º 4, a transferência das verbas pelo Município depende da prévia concertação com o cocontratante. Isto é, no limite, o município obriga-se a transferir e a colocar à disposição do cocontratante os montantes por este solicitados, facto que poderá desconsiderar os encargos calculados pela autarquia no documento de estimativa acima aludido. E, por outro lado, o protocolo, sendo omissivo na previsão de indicadores de gestão não permite avaliar os resultados do cocontratante, nem impor referenciais para a utilização eficiente de recursos;
 - Os órgãos do Município não procederam à estimativa das incidências líquidas orçamentais e financeiras, ano a ano, e em termos globais [exigida pelo artigo 18.º, n.º 3, da LEO], dado que a estimativa que terá sido apreciada por aqueles órgãos incluiu apenas os impactos orçamentais do ponto de vista da despesa, e a referida estimativa não integrou toda a despesa do projeto nem calculou a totalidade dos seus encargos.

59. Por último, estando, como acima se conclui, a celebração do protocolo sujeito ao CCP, o município também não apresentou a avaliação custo/benefício, a que se referem as alíneas *a)* a *g)* do n.º 3 do artigo 36.º, do referido Código.

60. As apontadas nulidades, bem como a violação direta das indicadas normas financeiras (constantes dos artigos 22.º, n.º 6, do Decreto Lei n.º 197/99, de 8 de junho, 6.º, n.º 1, alínea *c)*, da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro, 17.º e 18.º da LEO, e 36.º n.º 3, alíneas *a)* a *g)*, do CCP), constituem fundamento de recusa de visto, nos termos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 3, do artigo 44.º da LOPTC.

III – DECISÃO:

Pelo exposto, e ao abrigo do artigo 44.º, n.º 3, alíneas *a)* e *b)*, da LOPTC, decide-se recusar o visto à minuta submetida a fiscalização prévia.

Emolumentos devidos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 66/96, de 31/5 (Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas).

Lisboa, 24 de setembro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Alzira Antunes Cardoso - Relator)

(Fernando Oliveira Silva)

(Mário Mendes Serrano)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
