

A propósito do recente Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de Outubro: a escolha dos parceiros do Estado para prestações do Estado Social - em particular o caso das IPSS na área da saúde

Regarding the recent Decreto-Lei n.º 138/2013, from October 9th: the choice of private partners to provide Welfare State services - in particular the case of charities in the health area

DOMINGOS SOARES FARINHO

VOL. 1 Nº 1 JANEIRO 2014

WWW.E-PUBLICA.PT

A PROPÓSITO DO RECENTE DECRETO-LEI N.º 138/2013, DE 9 DE OUTUBRO: A ESCOLHA DOS PARCEIROS DO ESTADO PARA PRESTAÇÕES DO ESTADO SOCIAL - EM PARTICULAR O CASO DAS IPSS NA ÁREA DA SAÚDE

REGARDING THE RECENT DECRETO-LEI N.º 138/2013, FROM OCTOBER 9TH: THE CHOICE OF PRIVATE PARTNERS TO PROVIDE WELFARE STATE SERVICES - IN PARTICULAR THE CASE OF CHARITIES IN THE HEALTH AREA

DOMINGOS SOARES FARINHO*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
soaresfarinho@fd.ulisboa.pt

Sumário: A prestação de serviços sociais é assegurada pelo Estado, pelo Mercado clássico e pelo designado Terceiro Sector. Em regra, o Estado, quando não assegura estes serviços directamente, contrata empresas, associações, fundações ou entidades de natureza religiosa. Quer no direito interno, quer no direito da união europeia existe há muito um entendimento quase unânime acerca da não aplicação das regras de contratação pública a este tipo de prestações sociais, por diversas razões. A propósito da recente aprovação de um diploma legal dirigido especificamente à prestação de serviços de saúde por IPSS, a principal categoria institucional para qualificar actividades beneficentes, procura questionar-se a dogmática do direito da contratação pública no quadro dos designados serviços sociais de interesse geral, ou seja, as prestações do Estado Social.

Palavras-chave: Decreto-Lei n.º 138/2013; sector da saúde; parceiros do Estado; instituições particulares de solidariedade social; concorrência

Abstract: The provision of social services is ensured by the State, by the Market and by the so-called Third Sector. As a rule, when the State does not provide these services directly, it hires companies, associations, foundations or organizations of a religious nature. Either in domestic law or in the law of the European Union there is an almost unanimous understanding of not applying the public procurement rules to this type of public services, for several reasons. Regarding the recent adoption of a statute directed specifically to the provision of health services by IPSS, the main institutional category that qualifies charitable activities, the paper seeks to question the dominant opinion concerning procurement law under the designated social services of general interest, ie, the services of the welfare state.

Keywords: Decree-Law 138/2013; health sector; private partners; charities; competition

1. Enquadramento; 1.1. A natureza do parceiro privado: o estatuto de IPSS; 1.2. O sector das parcerias: o Sistema Nacional de Saúde (SNS); 1.3.

IPSS e SNS: parcerias público-privadas de Terceiro Sector; 1.4. Direito da União Europeia: os Serviços Sociais de Interesse Geral (SSIG); 1.5. As duas questões fundamentais das parcerias do Estado: eficácia da Administração Pública, igualdade entre privados; 2. Formas de articulação; 2.1. Devem aplicar-se aos SSIG procedimentos concursais ou outras formas de garantia da concorrência?

1. Enquadramento

Recentemente, em 9 de Outubro deste ano, foi publicado o Decreto-Lei n.º 138/2013, que tem por objecto, nos termos do n.º 1 do seu artigo 1.º, a definição das “formas de **articulação** do Ministério da Saúde e dos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde (SNS) com as instituições particulares de solidariedade social (IPSS), enquadradas no regime da Lei de Bases da Economia Social, aprovada pela Lei n.º 30/2013, de 8 de maio” (negrito nosso). No prómio do n.º 1 do artigo seguinte o legislador preceitua que “[a]s IPSS intervêm na atividade do SNS mediante a realização de prestações de saúde traduzidas em **acordos...**” (negritos nossos). Pode dizer-se que o Decreto-lei referido vem, para a área da saúde, sistematizar e actualizar o quadro legal das parcerias público-privadas contratuais, tomadas em sentido lato, entre o sector público e parte do sector privado não lucrativo - as IPSS - configurando-se, por isso, a vários títulos, como um regime especial da maior importância e que importa desde já assinalar. Note-se que, nos termos do n.º 5 do artigo 2.º as formas de articulação previstas nas alíneas do n.º 1 do mesmo artigo “não prejudicam outros modelos de contratualização das IPSS com fins de saúde, nos termos estabelecidos noutros diplomas legais”. Há, pois, a registar uma fragmentação do regimes jurídicos cuja racionalidade sistemática importa apurar, e que aparece sustentado na natureza do parceiro privado e na especificidade do sector envolvido.

Acresce a este objecto, por força do n.º 2 do artigo 1.º, “o regime de devolução dos hospitais das misericórdias, que por força do Decreto-Lei n.º 704/74, de 7 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 14/80, de 26 de fevereiro, e do Decreto-Lei n.º 618/75, de 11 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 519-G2/79, de 29 de dezembro, foram integrados no setor público e são atualmente geridos por estabelecimentos ou serviços do SNS”. Trata-se de um regime histórico, na medida em que hospitais das misericórdias eram, à data da sua integração no sector público, o principal sistema hospitalar existente em Portugal e que durante quase 40 anos tem permanecido sob controlo estatal. A devolução, como veremos, configura-se como uma modalidade especial de uma das formas de parcerias público-privada prevista no diploma.

1.1. A natureza do parceiro privado: o estatuto de IPSS

Dois aspectos fundamentais recortam o âmbito deste diploma e dos problemas dogmáticos que coloca. Em primeiro lugar há a referir a natureza dos parceiros

do Estado que são objecto do referido Decreto-lei. Como decorre do n.º 1 do artigo 1.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social¹, são instituições deste tipo todas aquelas que, cumulativamente,:

- a) não tenham finalidade lucrativa;
- b) sejam criadas por iniciativa dos particulares;
- c) tenham o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça;
- d) não sejam administradas pelo Estado.

As IPSS são, pois, uma criação da ordem constitucional de 1976 - a primeira versão dos Estatutos data de 1979² - que visa reconhecer juridicamente a existência de um Terceiro Sector com fins sociais (atente-se no catálogo exemplificativo do n.º 1 do artigo 1.º do EIPSS) e o papel específico que este tem na efectivação de direitos sociais e, complementarmente, na prossecução de interesses públicos conexos.

Embora não esgotem todo o terceiro sector³, as IPSS são em Portugal uma categoria que agrega uma parte importante deste sector e, sobretudo, que o agrega de modo relacional, isto é, no contexto das relações entre a prossecução do interesse público e de interesses sociais coincidentes. Este aspecto é decisivo para compreendermos o diferente tratamento que ao longo dos anos tem sido dado às relações entre Estado e Terceiro Sector, em especial IPSS, por confronto com as relações entre o Estado e o sector lucrativo.

1.2. O sector das parcerias: o Sistema Nacional de Saúde (SNS)

Como se explica logo no n.º 1 do artigo primeiro do Decreto-lei n.º 138/2013, o quadro jurídico em causa só se aplica às parcerias entre o Estado e as IPSS no âmbito do SNS. Isto é, o diploma legal em causa, recorta, de entre os fins possíveis para as IPSS, um campo específico para o seu âmbito objectivo. De resto, a saúde como fim das IPSS vem prevista na alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º do EIPSS, surgindo o SNS como uma concretização desse âmbito que não

1. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 15 de Fevereiro.

2. Trata-se do Decreto-lei n.º 519-G2/1979, de 29 de Dezembro, que aprovou o Estatuto das Instituições Privadas de Solidariedade Social.

3. Estamos aqui a considerar uma noção de Terceiro Sector abrangente, que incluía todas as instituições que prossigam interesses privados sociais e cujo património e rendimentos sejam utilizados exclusiva ou predominantemente para a prossecução dos fins institucionais. Cf. JACQUES DEFOURNY, Introduction in *The Emergence of Social Enterprise*, London, 2001, p. 3; ainda assim a noção jurídica utilizada é mais abrangente do que várias concepções do Terceiro Sector, cf. TACO BRANDSEN, The Third Sector and public services in *The Third Sector in Europe - Prospects and Challenges*, London, 2008, p. 106 e ss; FRANCESCO MANFREDI/ MIRELLA MAFFEI, Co-Governance and co-production - From the social enterprise towards the public-private co-enterprise in *The Third Sector*, p. 184 e ss.

exclui outro tipo de parcerias, como o próprio n.º 5 do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 138/20013 indica. Apenas um domínio aparece excluído especificamente do âmbito das parcerias reguladas: aquelas que abrangem a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados, nos termos do n.º 6 do artigo 2.º do Decreto-lei.

Por outro lado, existe um precedente jurídico de tratamento específico das parcerias na área da saúde, iniciado com a aprovação do Decreto-lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, que com o Decreto-lei sob análise encontra mais um exemplo, desta feita dirigido às parcerias com IPSS.

É certo que o diploma de 2002 utiliza um conceito restrito de parceria pública-privada, limitando-a apenas aos casos que envolvam “uma ou mais das actividades de concepção, construção, financiamento, conservação e exploração dos estabelecimentos integrados ou a integrar no Serviço Nacional de Saúde, com transferência e partilha de riscos e recurso a financiamento de outras entidades” (cf. n.º 2 do artigo 2.º). O conceito jurídico de parceria pública-privada que aqui estamos utilizando é mais amplo, referindo-se a qualquer modo de prossecução conjunta do interesse público, por entidades públicas e privadas.

Note-se ainda que o actual diploma vigente, que dispõe de forma geral sobre as parcerias entre o Estado e entidades privadas - o Decreto-lei n.º 111/2012, de 23 de Maio -, aplica-se a parcerias entre o Estado e IPSS, desde que verificadas as condições aí previstas. No n.º 3 do artigo 2.º preceitua-se expressamente que “[o] presente diploma é igualmente aplicável a todas as parcerias em que o equivalente ao parceiro na público seja uma empresa pública, uma cooperativa ou uma instituição privada sem fins lucrativos”, como é o caso das IPSS. Contudo, com a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 138/2013, deve considerar-se derogado o diploma de 2012 em relação a tudo o que seja contrariado pela nova regulação das PPP entre Estado e IPSS no âmbito do SNS. O sector da saúde ganha, assim, um novo quadro jurídico de regulação de parcerias público-privadas contratuais, especial em relação ao recente quadro geral aprovado.

1.3. IPSS e SNS: colaboração público-privada de Terceiro Sector

O relacionamento jurídico entre sector público e Terceiro Sector assume diversas configurações. Encontramos parcerias institucionais e contratuais, e, no âmbito deste segundo tipo encontramos diversas formas distintas de modelar a relação jurídica estabelecida. No caso das parcerias institucionais podemos detectar algumas experiências de co-instituição de fundações por parte do Estado e de fundações privadas, mas elas são raras⁴. A principal forma de articulação entre sector público e Terceiro Sector é, inequivocamente, a parceria contratual. Note-se, contudo, a divergência terminológica que distingue este tipo de parceria, do

4. Um exemplo é a Fundação de Arte Moderna e Contemporânea — Coleção Berardo, instituída pelo Decreto-Lei n.º 164/2006, de 9 de Agosto, e que conta com a Fundação Berardo como uma das co-instituidoras privadas, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do diploma instituidor.

mesmo tipo de parceria contratual, mas celebrado com entidades privadas do sector lucrativo. No primeiro caso encontramos os termos “delegação de serviço público”, no segundo “concessão de serviço público”. Para o primeiro tipo de parcerias as formas referidas são o “acordo”, o “protocolo” ou a “convenção”, para o segundo tipo de parcerias o termo preferido é “contrato”. Servirá esta diferença terminológica para indicar uma diferença de natureza ou de regimes? Dificilmente no que diz respeito à natureza das parcerias, pois, embora o fim das pessoas colectivas privadas varie, estamos sempre cuidando de permitir a prossecução superveniente do interesse público por particulares. É essa a natureza única de parcerias contratuais entre Estado e privados, sejam estes do segundo ou do terceiro sectores. Porém, a diferente proveniência do parceiro privado, com os seus fins distintos, pode servir de razão para a conformação de regimes distintos para a parceria, que acautelem a prossecução do interesse público à luz dos restantes interesses específicos em presença.

No direito português, como noutros direitos comparados, a razão de ser para a distinção prendeu-se, durante muito tempo, com o confronto claro entre a existência de um mercado, no caso do segundo sector, e a ideia da inexistência de um mercado similar para as instituições do Terceiro Sector. Assim, as parcerias entre Estado e instituições que operam no mercado justificam um quadro normativo distinto daquele que deve ser aplicável às parcerias entre Estado e entidades não sujeitas ao mercado.

Este esboço, que durante muitos anos explicou a distinção entre as relações do Estado com o mercado, por um lado, e com as designadas instituições sociais, carece, contudo de ser aperfeiçoado. Com efeito, a doutrina tem notado dois aspectos cruciais sobre o Terceiro Sector:

a) As instituições sociais operam num contexto com regras próprias, mas que partilha com o mercado clássico muitas dessas regras. Nomeadamente, os princípios da concorrência, da transparência e da eficácia são comuns a ambos os meios de actuação do segundo e Terceiro Sectores, levando alguns autores a falar, quanto a este último, da existência de um mercado de economia social⁵. De facto, não restam dúvidas, de que mesmo entidades não-lucrativas concorrem pela captação de utentes para os seus serviços (ou, pelo menos, podem depender de uma maior ou menor captação de tais utentes para efeitos de angariação de fundos). A diferença, como é sabido, reside apenas no destino final dos rendimentos obtidos pela actividade das instituições do segundo e Terceiro Sectores. Em tudo o resto, tais instituições podem não se distinguir, havendo, por isso, quem fale, não num mercado social contraposto ao mercado clássico, mas num único mercado onde convivem instituições lucrativas e não lucrativas, sob a égide do princípio da concorrência⁶.

b) Como consequência do ponto anterior, a questão da determinação do regime jurídico aplicável às parcerias entre o Estado e o segundo sector e entre o Estado e o Terceiro Sector assume-se, correctamente, como uma distinção entre

5. Cf. JACQUES DEFOURNY, Introduction, p. 4.

6. Cf. JOE SAXTON/MHAIRI GUILD, *It's competition but not as we know it*, October 2010, disponível em: <http://nfpsynergy.net/its-competition-not-we-know-it-october-2010>

parcerias entre o Estado e instituições sujeitas à concorrência e entre o Estado e instituições não sujeitas à concorrência. O conceito de *mercado concorrencial* é, pois, o conceito operativo fundamental para discutirmos o universo das parcerias, sejam institucionais ou contratuais, entre o Estado e qualquer outra instituição. A natureza lucrativa ou não lucrativa das entidades parceiras do Estado, ou seja, a sua proveniência do segundo ou Terceiro Sectores não pode ser razão para aplicar ou desaplicar as regras da contratação pública, desde logo de fonte europeia.

1.4. Direito da União Europeia: os Serviços Sociais de Interesse Geral (SSIG)

O Direito da União Europeia trouxe um importante contributo à teorização dogmática das relações jurídicas entre Estado e sector privado, na modalidade de segundo ou Terceiro Sectores. O modo como as questões são colocadas afasta-se, porém, da tradição doutrinária portuguesa e cremos que, devido ao potencial de confusão que tal pode pôr em causa, uma palavra mais é devida. Marcello Caetano distinguia a “gestão indirecta” em delegação ou concessão, ensinando que a primeira “respeita a serviços sociais ou culturais” e é confiada a “ certa entidade privada de utilidade pública” e que a segunda tem “por objecto serviços económicos” e é confiada a “uma empresa privada”⁷. Para este autor, a distinção entre a forma de parceria público-privada assentava, pois, na natureza dos serviços a prestar, tanto quanto na natureza e na forma da entidade privada que prestaria os serviços. Nas últimas três décadas, a influência do direito da união europeia fez-se sentir, entre outros modos, através da segmentação do tratamento jurídico por sectores. As típicas áreas que integram o Terceiro Sector - segurança social, saúde, educação, cultura - e que são também as áreas que compõem o Estado Social, receberam no direito da União Europeia um tratamento específico. Hoje essa segmentação é bem visível e encontra-se referida e fundamentada em inúmeros documentos da União Europeia, tendo sido normativamente vertido em vários Regulamento e Directivas.

No que diz respeito a parcerias público-privadas entre o Estado e o Terceiro Sector o que vem a revelar-se importante são, pois, as áreas em que tais parcerias vão incidir, ou seja, a natural propensão para que o objecto de tais parcerias sejam as áreas de interesse comum entre ambos os parceiros. Na linguagem da União Europeia essas áreas de interesse comum podem ser reconduzidas a um conceito específico, os Serviços Sociais de Interesse Geral.

No que diz respeito aos SSIG, as regras de contratação pública aplicam-se apenas muito moderadamente, no caso dos contratos de prestação de serviços, por força do artigo 21.º da Directiva 2004/18/CE. No direito português, a transposição cuidou apenas dos serviços de saúde, daí resultando o regime da alínea f) do n.º 4 e do n.º 7 do artigo 5.º do CCP. Ou seja, é excluída a aplicação do Código, com a excepção das normas respeitantes à habilitação e à caução. No caso dos contratos de concessão, não existindo ainda Directiva específica⁸, apenas os princípios

7. Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, Vol. II., 10.ª edição, p. 1071 e ss. Também Freitas do Amaral vai neste sentido. Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, Vol. I, 2006, 3ª edição, p. 802.

8. Dizemos ainda uma vez que existe uma proposta de nova Directiva sobre as conces-

gerais são aplicáveis, sob certas condições.

Dada a exclusão operada pela Directiva, que levou à exclusão operada pelo CCP, poder-se-ia pensar que pouco resta no domínio das SSIG para as regras da contratação pública, mas é importante sublinhar que aos Serviços Sociais de Interesse Geral, onde os Serviços de Saúde se encontram, é aplicável:

a) As normas que obrigam a que as especificações técnicas sejam estabelecidas de acordo com a Directiva no início do processo de adjudicação e que obrigam a que os resultados do processo de adjudicação sejam publicados (apenas para os contratos de prestação de serviços);

b) os princípios básicos do TFUE, como sejam a transparência e a obrigação de tratar os operadores económicos de forma igual, sem discriminação, se e na medida em que os serviços em questão são de interesse transfronteiras (aplicável aos contratos de prestação de serviços e às concessões⁹);

Quanto a este último aspecto, que é hoje deixado ao escrutínio dos Estados, a proposta de nova Directiva sobre Contratação Pública fixa um limiar a partir do qual se presume que há interesse transfronteira, prevendo-se um valor de 500 000 EUR para a aplicação de um novo regime específico de contratação pública de serviços sociais (artigos 74.º a 76.º do projecto¹⁰). No próprio preâmbulo pode ler-se:

“a avaliação do impacto e da eficácia da legislação da UE em matéria de contratos públicos demonstrou que os serviços sociais, de saúde e de educação têm **características específicas** que os tornam **inadequados** para a aplicação dos procedimentos normais de adjudicação de **contratos públicos de serviços**. Estes serviços são normalmente prestados num contexto específico que varia significativamente entre Estados-Membros devido às **diferentes circunstâncias administrativas, organizativas e culturais**. Esses serviços têm, por natureza, uma dimensão transfronteiras muito limitada, pelo que os Estados-Membros devem dispor de uma **ampla margem discricionária na organização da escolha dos respetivos prestadores**. A proposta concretiza esta ideia criando um regime específico para os contratos públicos relativos a esses serviços, com um limiar mais elevado, de 500 000 EUR, e impondo apenas o respeito pelos princípios fundamentais da transparência e da igualdade de tratamento. Uma análise quantitativa dos valores dos contratos para esses tipos de serviços adjudicados a operadores económicos estrangeiros mostrou que os contratos de montante inferior a esse valor não apresentam normalmente interesse além-

sões, cf. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/COM2011_897_en.pdf

9. Quanto à aplicação dos princípios referidos aos contratos de concessão com interesse transfronteiras cf. os acórdãos TJUE, Processo C-324/98 Telaustria [2000] Coletânea I-10745, n.º 62; Case C-231/03 Coname [2005] ECR I-7287, n.ºs 16-19 e Processo C-458/03 Parking Brixen [2005] Coletânea I-8585, n.º 49.

10. O projecto da nova Directiva sobre contratação pública pode ser consultado aqui: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:PT:HTML>

fronteiras”¹¹ (negritos nossos).

Por outro lado, havendo agora uma proposta para uma Directiva sobre concessões, aí se prevê um limiar muito mais elevado, de 5 milhões EUR, para que as suas regras sejam aplicadas aos contratos de concessão de serviços sociais. Em todo o caso, como veremos abaixo, os acordos referidos no Decreto-lei n.º 138/2013 configuram contratos de prestação de serviços e não de concessão.

Resulta de tudo quanto escrevemos acima que de acordo com o actual quadro legal europeu e nacional, o Estado não tem que submeter a escolha do parceiro privado na área da saúde a qualquer procedimento pré-contratual concursal, podendo escolher livremente dadas as “diferentes circunstâncias administrativas, organizativas e culturais” que se verificam nos Estados.

1.5. As duas questões fundamentais das parcerias do Estado: eficácia da Administração Pública, igualdade entre privados

Qualquer actividade administrativa de prossecução de interesse público está constitucionalmente obrigada a procurar a eficácia (cf. n.º 2 do artigo 267.º da CRP), o que implica planear o modo como tal prossecução pode ser feita da melhor maneira. Esta actividade de planeamento e de avaliação, tendente a assegurar a eficácia do Estado é um ponto crucial no desempenho da actividade da Administração Pública contemporânea, mas nada tem que ver com a aplicação das regras aplicáveis à contratação pública, uma vez que é uma questão que precede a opção pelo recurso ao mercado.

Com efeito, o primeiro momento da actividade de planeamento da prossecução de um determinado interesse público permitirá determinar se o Estado o fará por meios próprios ou se optará por recorrer ao mercado, onde se encontrar entes privados lucrativos e não-lucrativos. Apenas depois de ter determinado, juridico-politicamente, a preferência pela prossecução *in-house* ou através de *contracting out*, poderá colocar-se a questão de saber se algum regime específico de contratação pública é aplicável e qual. Tratam-se de questões que visam responder a preocupações distintas. No primeiro caso o que se pretende é assegurar a eficácia da Administração Pública, no segundo caso, o que se pretende é assegurar que o recurso ao mercado, por parte do Estado, não é factor de perturbação, diminuindo a eficiência dos mercados e reduzindo (ou eliminando) a concorrência.

É certo que as regras da contratação pública, uma vez escolhido o mercado como forma de assegurar, directa ou indirectamente, a prossecução de um dado interesse público, contribuem para a eficiência da actuação da Administração Pública, mas este ponto já terá que ter ficado assente, fundamentado e demonstrado, num momento anterior, aquando da opção entre a prossecução própria ou o recurso

11. Cf. proposta de nova Directiva sobre contratação pública, pág. 11, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:PT:pdf>

ao mercado. Não devemos tomar a árvore pela floresta e entender, por defeito, o mercado como o espaço natural da prossecução do interesse público, e as regras da contratação pública como garantias de eficiência de toda a actividade pública. Essa é uma decisão política, com contornos jurídicos, económicos e outros, que precede o recurso ao mercado. Uma vez assente a utilização do mercado, a eficiência da prossecução do interesse público é uma consequência da necessidade de assegurar que a presença pública não o distorce: a preocupação primária é, pois, com os mercados, ao contrário do primeiro momento que destacámos em que a preocupação primária é com o interesse público.

Esta distinção é particularmente iluminada pelo Decreto-lei n.º 138/2013. O diploma legal esclarece-nos, a partir do seu objecto, sobre a opção tomada no âmbito da primeira questão que levantámos. Sobre a prossecução dos fins de interesse público do SNS serem desempenhados pelo Estado ou (também) por privados, resulta claro que a opção é por também alargar a prossecução de tal interesse público a privados, especificamente a IPSS. Sendo essa uma opção política - que deve, contudo, ser juridicamente justificada, face à exigência constitucional de eficácia da Administração Pública -, o legislador prevê o que designou como um “procedimento prévio à contratualização” (cf. epígrafe do artigo 6.º) onde se obriga que a entidade pública contratante elabore um estudo prévio que “avalie a economia, eficácia e eficiência do acordo, bem como a sua sustentabilidade financeira” (cf. n.º 1 do artigo 6.º). Deve entender-se que, caso este estudo demonstre que os indicadores referidos são melhores quando à prossecução pelo próprio Estado, o acordo não pode ser celebrado. Nesta medida, apesar de surgir num diploma que já pressupõe a possibilidade de parceria público-privada com IPSS no âmbito do SNS, o estudo referido pretende responder à primeira questão que apresentámos, a de assegurar a eficácia do Estado, independentemente da forma público ou privada de prosseguir o interesse público.

Por contraposição, sendo realizado este estudo, o legislador entende, tal como decorre da Directiva 2004/18/CE e do CCP, que não é aplicável a Parte II deste Código (cf. n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-lei). Como vimos no ponto anterior, tal não significa que não se apliquem regras de contratação pública. Significa apenas que não se aplicarão aquelas que estão previstas na Parte II do CCP. Importa, pois, para cada forma de articulação prevista no novo diploma legal, perceber qual o regime jurídico das parcerias entre Estado e IPSS no âmbito do SNS.

2. Formas de articulação

Nos termos do n.º 1 do EIPSS, as IPSS prosseguem os seus fins através da “concessão de bens e da prestação de serviços” e desde logo o legislador previu duas hipóteses de articulação entre Estado e IPSS, dado o contributo destas para a “efectivação dos direitos sociais” (cf. o n.º 1 do artigo 4.º do EIPSS)¹²:

12. Note-se que esta previsão tem respaldo constitucional, na medida em que no n.º 5 do artigo 63.º obriga o Estado a apoiar e a fiscalizar as IPSS. Note-se que, em ambos os casos, quer

i) a cooperação, através de *acordos de cooperação*, previstos no n.º 2 do artigo 4.º do EIPSS, em que o Estado apoia as IPSS e estas prestam o seu contributo no quadro dos seus fins estatutários;

ii) a gestão de instalações e equipamentos pertencentes ao Estado, através de *acordos de gestão*, nos termos do n.º 3 do artigo 4.º do EIPSS.

De acordo com o diploma legal que é objecto da presente análise as formas de articulação entre o Estado e as IPSS no âmbito do SNS podem revestir as seguintes “modalidades”, nos termos das alíneas do n.º 1 do artigo 2.º: *acordos de gestão, acordos de cooperação*, e *convenções*. É imediata a ligação entre o disposto no EIPSS de 1983 e o disposto no Decreto-lei de 2013, que estamos analisando. Apenas as *convenções* não surgem imediatamente no EIPSS. Note-se que em qualquer uma destas modalidades de cooperação qualquer IPSS pode ser chamada a prosseguir o interesse público, variando apenas *o modo* como o faz. Assim, apesar da variedade de modalidades encontramos uma unidade dilemática no que toca à posição da IPSS no âmbito da satisfação do interesse público: em todos os casos o Estado escolhe uma ou mais IPSS, de entre todo o seu universo, para assegurar, nos mesmos termos que entidades públicas, os fins do SNS. As IPSS escolhidas adquirem assim um estatuto especial e contrapartidas que podem assegurar a sua viabilidade face a outras IPSS que actuem na mesma área geográfica e funcional. Deste modo, a unidade dilemática que identificamos pode exprimir-se na questão seguinte:

2.1. Devem aplicar-se aos SSIG procedimentos concursais ou outras formas de garantia da concorrência?

A questão que importa colocar sobre as formas de articulação previstas no decreto-lei sob análise é a de saber se, não obstante o regime legal vigente, e em tempos de revisão das Directivas sobre contratação pública, não deveria aplicar-se às PPP no âmbito de Serviços Sociais de Interesse Geral procedimentos concursais ou outros que assegurassem de forma mais segura a concorrência no mercado social, neste caso, entre IPSS.

Nos termos da própria Comissão Europeia, o que existe hoje para o sector social é “a light regime for social services”¹³. No caso em apreço, seja sob a forma de acordos de gestão, seja sob a forma de acordos de cooperação, esse regime é extremamente leve, uma vez que tendo o legislador português recortado o âmbito objectivo das parcerias sob o âmbito do SNS, exclui-se a existência de interesses transfronteiras (algo que será alterado se for introduzido limiar de presunção de interesse transfronteiras de 500 000 EUR proposto no projecto

na norma constitucional, quer na norma do EIPSS, a parceria surge justificada pelo contributo das IPSS para a prossecução de interesses públicos cometidos ao Estado mas que são também prosseguidos, enquanto interesses sociais, por este tipo de instituições particulares.

13. Cf. 3rd Biennial Report on Social Services of General Interest, pág. 19, disponível em: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10183&langId=en>

de nova Directiva¹⁴). Assim, o parceiro público pode escolher directamente a IPSS que pretender, não sendo possível controlar, independentemente do valor do contrato, a escolha de uma determinada IPSS e a rejeição de quaisquer outras que tivessem interesse no contrato.

Sem se por em causa as históricas especificidades do sector social em Portugal, que naturalmente justificam uma distinção das regras de estabelecimento de parcerias e de recurso ao mercado (social), seria importante que Portugal seguisse (ou antecipasse) o exemplo da União Europeia e introduzisse, a par dos mecanismos destinados a assegurar a qualidade e a flexibilidade do serviço (cf. artigos 4.º, 5.º, 9.º e 10.º do Decreto-lei sob análise), mecanismos que obrigassem, pelo menos a partir de certo valor de serviço, a abrir a escolha ao interesse do mercado.

Note-se que o estudo referido no n.º 1 do artigo 6.º não responde a este desiderato, como já sublinhámos. Ele surge num momento em que o Estado já escolheu determinada IPSS e em que é necessário fazer prova da eficiência do acordo a celebrar face à opção *in-house* e não a outras IPSS que pudessem estar interessadas na prestação dos cuidados de saúde. Aliás, no actual regime, que a nova Directiva visa alterar, não é sequer necessário anunciar a intenção de contratar ou os resultados do procedimento (o que mudará com o artigo 75.º da proposta de nova Directiva). Aliás, no caso de contratos para serviços sociais, o Estado pode opor-se à publicação do anúncio com os resultados (cf. §4 do n.º 4 do artigo 35.º da Directiva 2004/18/CE). Deste modo impede-se que outras IPSS possam oferecer o mesmo serviço em melhores condições, o mesmo é dizer pode permitir-se a preterição de IPSS que oferecessem o serviço de modo mais eficiente.

Para terminar, serve de especial contraponto ao que dissemos supra, o confronto com o regime especial de devolução dos hospitais tomados pelo sector público às misericórdias em 1975. Neste caso, há um recorte histórico e institucional específico que justifica a mera alternativa entre manter tais hospitais no sector público ou devolvê-los ao Terceiro Sector. Essa alternativa é, aliás, particularmente regulada no novo diploma legal, exigindo-se uma diminuição dos “respetivos encargos globais do SNS em, pelo menos, 25% relativamente à alternativa de prestação de serviços pelo sector público, sendo a valorização da produção a realizar de acordo com o modelo de financiamento aplicável aos hospitais E. P. E.” (cf. alínea a) do artigo 14.º do Decreto-lei sob análise). Neste caso, dado tratar-se de uma devolução, a escolha do parceiro privado está justificada, sendo apenas exigível, como sucede, o teste de eficácia *in-house/contracting out*. Porém, nos demais casos, entendemos que uma medida de concorrência, ainda que apenas pela possibilidade de impugnação da escolha directa do parceiro público, devia ser introduzida. Isto é, se o Estado decidiu ir ao mercado da economia social, ainda que recortado pela figura da IPSS, deve assegurar-se que a sua escolha é também sancionada pelos mecanismos

14. Cf. 3rd Biennial Report on Social Services of General Interest, pág. 22, disponível em: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10183&langId=en>

que asseguram a eficiência dos mercados, desde logo, a concorrência (quando ela exista). Como nota a Comissão Europeia, a propósito da proposta de novo regime específico para contratação pública de serviços sociais:

“The new proposal spells out the obligations to ensure transparency: public authorities must publish a contract notice and a contract award notice. In other words, a public authority that intends to outsource a social service must, by means of a contract notice, adequately publicise its intention **so that potential providers from other Member States can express their interest in this contract**. In addition, the public authority must publish the notice of the award decision, once it is taken, to **ensure that any aggrieved party can challenge this decision in the appropriate courts**. As for the principle of equal treatment, the public authority must treat in a non-discriminatory manner all potential providers that have shown interest in the contract”¹⁵ (negritos nossos).

* *Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

15. Cf. 3rd Biennial Report on Social Services of General Interest, pág. 23, disponível em: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10183&langId=en>