

S/referência:

N/referência: 2659/2021/DPS /ACSS

Exmo. Senhor
Dr. Rafael Longo
Autoridade da Concorrência
Av. de Berna, nº 19
1050-037 Lisboa

Assunto: Consulta Pública - Hemodiálise - Autoridade da Concorrência

Vimos por este meio pronunciar-nos no âmbito do processo de consulta pública referido em epígrafe.

Em Portugal, o direito à proteção da saúde está consagrado no art.º 64.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), subordinado a uma matriz de Serviço Nacional de Saúde (SNS), caracterizado fundamentalmente pelo acesso geral, universal e tendencialmente gratuito no momento da prestação ou consumo, financiado através de impostos, ou antes via Orçamento do Estado, assente num sistema fiscal fundado na capacidade contributiva individual e na progressividade da tributação.

A lei fundamental é norma habilitante da Lei de Bases da Saúde (LBS), aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, a qual no n.º 1 da Base 6 prevê o seguinte: *“A responsabilidade do Estado pela realização do direito à proteção da saúde efetiva-se primeiramente através do SNS e de outros serviços públicos, podendo, de forma supletiva e temporária, ser celebrados acordos com entidades privadas e do setor social, bem como com profissionais em regime de trabalho independente, em caso de necessidade fundamentada”*. Acrescentando na Base 25 que, *“quando o SNS não tiver, comprovadamente, capacidade para a prestação de cuidados em tempo útil, podem ser celebrados contratos com entidades do setor privado, do setor social e profissionais em regime de trabalho independente, condicionados à avaliação da sua necessidade”* (n.º 1) e, cumulativamente, com respeito pelas *“normas e princípios aplicáveis ao SNS”* (n.º 2)¹.

¹ Já a anterior Lei de Bases de Saúde, publicada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, previa no n.º 3 da sua BASE XII que o SNS podia *“contratar com entidades privadas a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde sempre que tal se afigure vantajoso, nomeadamente face à consideração do binómio qualidade-custos, e desde que esteja garantido o direito de acesso”*, embutindo-lhe assim o princípio da supletividade e complementaridade da prestação não pública.

Nesta sequência, a dotação orçamental do SNS resulta de uma provisão de recursos públicos destinados a financiar a prestação de cuidados de saúde à sua população utente, independentemente de esta ser diretamente prestada nos serviços e estabelecimentos do SNS, ou em entidades convencionadas com o mesmo, ao abrigo da legislação em vigor.

No caso concreto da prestação de serviços convencionados, esta surge regulada pelo Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, que estabelece o atual regime jurídico das convenções com o SNS².

Nos termos das disposições conjugadas no art.º 1.º e do n.º 1 do art.º 3.º deste diploma legislativo, entende-se por convenções as relações contratuais a celebrar entre o SNS e quaisquer pessoas singulares ou coletivas, com ou sem fins lucrativos, que tenham por objeto a realização de prestações de cuidados de saúde aos seus utentes, no âmbito da rede nacional de prestação de cuidados de saúde, entendida como o conjunto de instituições e serviços que constituem o SNS e as entidades particulares e profissionais liberais, quando articuladas com o SNS, conforme previsto no art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro, na redação atual, que aprova o Estatuto do SNS.

Do seu preâmbulo conclui-se que o atual regime jurídico das convenções inova face ao anterior. Este último contemplava exclusivamente um *“modelo especial de contratação pelo Estado com os operadores privados para a prestação de cuidados de saúde, assente na figura do contrato de adesão, ao qual as pessoas singulares ou coletivas privadas, apenas têm de aderir e preencher os requisitos constantes no clausulado tipo, aprovado por Despacho do Ministro da Saúde”*.

Já o regime jurídico em vigor, concebe *“um modelo mais flexível do ponto de vista dos procedimentos, possibilitando-se que as convenções tenham um âmbito regional ou nacional, e que sejam celebradas mediante contrato de adesão ou após procedimento de contratação específico, sendo ainda permitida a celebração, a título excecional, de convenções que abranjam um conjunto integrado e ou alargado de serviços”*.

Nesta medida, o Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, materializa *“um novo modelo (...) mais consonante com a atual realidade de prestação de cuidados de saúde (...) com respeito pelos princípios da complementaridade, da liberdade de escolha [do prestador pelo utente], da transparência, da igualdade e da concorrência”*.

² Há ainda a relevar o regime excecional das convenções, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de outubro, que define as formas de articulação do Ministério da Saúde e dos estabelecimentos e serviços do SNS com as Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS).

Em síntese, o novo regime jurídico das convenções, na esteira do anterior, mantém a modalidade de contratação por livre adesão de interessados a um clausulado tipo previamente publicado, e introduz a possibilidade de contratação por concurso público (“*contratação para uma convenção específica*”)³, em ordem aos princípios atrás enunciados e mais bem descritos no art.º 3.º do já mencionado decreto-lei.

Presentemente, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, as áreas assistenciais objeto de convenção são as seguintes: Patologia Clínica / Análises Clínicas, Anatomia Patológica, Cardiologia, Medicina Nuclear, Eletroencefalografia, Endoscopia Gastroenterológica, Medicina Física e de Reabilitação, Otorrinolaringologia, Pneumologia e Imunoalergologia, Neurofisiologia, Radiologia e Psicologia, bem como de Diálise e no âmbito do Sistema Integrado de Gestão de Inscritos para Cirurgia (SIGIC).

As duas últimas caracterizam-se por serem de âmbito regional, dado que a parte pública contratante será uma das cinco Administrações Regionais de Saúde (ARS), vinculando todos os utentes da sua área geográfica de intervenção, conforme sobressai do n.º 3 do art.º 3.º do regime jurídico das convenções. Distinguem-se, em geral, das convenções nacionais porque, entre outros aspetos, os utentes são referenciados diretamente pelos cuidados de saúde hospitalares da rede pública do SNS, para as entidades prestadoras convencionadas, como sucede no caso da diálise.

Já as convenções nacionais, de acordo com o n.º 2 daquele preceito legislativo, afetam o universo da população utente do SNS e destinam-se, essencialmente, à prestação de Meios Complementares de Diagnóstico e Terapêutica (MCDT), prescritos no âmbito dos Cuidados de Saúde Primários (CSP), ou melhor dito, cuja referenciação provém dos médicos de família. É o caso das convenções da área da Patologia Clínica / Análises Clínicas, Medicina Nuclear, Endoscopia Gastroenterológica, Medicina Física e de Reabilitação, Radiologia, entre outras. Nestas relações contratuais a ACSS, IP é a parte pública contratante e vincula a totalidade das ARS.

Isto posto, e atentas as “*Recomendações da AdC para eliminação de barreiras desnecessárias à abertura de clínicas de hemodiálise*”, e no que incumbe à responsabilidade da ACSS, IP, importa esclarecer o seguinte:

³ Na previsão do n.º 1 do art.º 4 do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro.

- **Recomendação 1: publicação atempada do clausulado tipo**

Nos termos do atual regime jurídico das convenções, a celebração de novas convenções é precedida de uma das modalidades previstas no n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro:

- a) Procedimento de contratação para uma convenção específica;
- b) Procedimento de adesão a um clausulado tipo previamente publicado.

Decorre do n.º 2 da mesma disposição que a decisão sobre a modalidade de procedimento a adotar é exercida pelo membro do Governo responsável pela área da Saúde, sob proposta da ACSS, IP (tratando-se de convenções nacionais) ou das ARS, IP (no caso das convenções regionais), uma vez auscultada a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), na forma de parecer prévio obrigatório e não vinculativo acerca das “*características do mercado a que se dirige a convenção, nomeadamente quanto aos níveis de concorrência, à área de prestação e à natureza dos serviços*”. Naturalmente que, a proposta submetida à tutela inclui o clausulado da convenção ou o clausulado tipo, consoante a modalidade de procedimento, em que se consubstanciarão as convenções a celebrar. A não ser assim, seria obviamente uma contradição nos termos: promover a contratação de prestação de cuidados de saúde, sem edifício contratual apropriado e válido para a sua concretização.

No contexto das recomendações, a conclusão enunciada pela Autoridade da Concorrência (AdC) no sentido de “*publicar atempadamente o clausulado-tipo para a área de hemodiálise de acordo com o previsto nos artigos 4.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro (regime de convenções de 2013)*”, e “*de forma a reduzir a incerteza jurídica na obtenção das convenções*”, parece já não refletir a realidade atual do SNS nesta matéria.

Desde logo porque o “*clausulado tipo para a prestação de cuidados de saúde na área da diálise*” em vigor, encontra-se publicado pelo Despacho n.º 7001/2002 (2.ª série), de 4 de abril, posteriormente alterado pelos Despachos n.º 4325/2008, de 19 de fevereiro, que o republica, e n.º 4652/2010, de 16 de março. Isto na sequência do despacho de 12/06/2019, do então Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, que autoriza “*a contratação de convenções de cuidados no âmbito da diálise [...] através da adoção da modalidade de adesão a um clausulado tipo, nos termos do Despacho n.º 4325/2008, de 19 de fevereiro, (...) [na redação atual] salvo nas matérias que contrariam o previsto no Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, caso em que se aplicará este último*”. No mesmo despacho, a ACSS, IP é autorizada “*a dar sequência ao processo*”, tendo-se, então, procedido à divulgação da “*abertura das convenções regionais de diálise*”, junto das ARS.

Mais, e conforme estabelecido no n.º 5 do Despacho n.º 9881/2019, de 30 de outubro, foi criado um *mecanismo simplificado de transição de regime jurídico* para o setor da diálise, visando os convencionados já instalados, ou seja, os titulares de unidades de diálise incluídas na rede nacional de prestação de cuidados de saúde⁴. A dita disposição legislativa, basicamente, permitia a estes proprietários a atualização da documentação de suporte à convenção ativa, até 31/03/2020, prazo esse que veio a ser prorrogado até 30/06/2020 fruto da situação pandémica que o país e o mundo atravessam.

Este mecanismo de transição pretendeu assegurar a segurança jurídica das relações contratuais entre o SNS e estes operadores, reservando-lhes um período excecional para apresentação da documentação formalmente exigida nos termos da cláusula 5.ª (“Adesão”) do referido clausulado-tipo, uma vez cumprido o “*procedimento para a contratação de convenções*” consignado no art.º 4 do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, bem como o cumprimento do disposto no art.º 6 (“*Conteúdo das convenções*”) em matéria do clausulado tipo a aplicar.

Tal segurança jurídica configura uma garantia de prossecução em continuidade da atividade dos prestadores convencionados na área da diálise e uma estabilidade da relação contratual com o Estado, sem risco de ajustamentos de termos e condições dessa natureza.

Porém, e não menos importante, é a matéria de impedimentos e incompatibilidades, previstos na Cláusula 4.ª do clausulado tipo e nos n.º 2 e 3 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, que se sintetiza nas restrições, por um lado, do exercício de funções de gestão e da limitação a 10% da propriedade dos estabelecimentos privados aos titulares de vínculo com o SNS, bem como dos respetivos cônjuges, ascendentes e descendentes e, por outro lado, da acumulação de funções de direção ou chefia no setor público e no setor convencionado da saúde.

Trata-se de uma matéria específica do SNS, ou melhor, aplicável às entidades convencionadas, não focado no relatório aqui em análise, mas que nos merece a maior atenção.

- **Recomendação 2: celebração de convenção por deferimento tácito e prazo limite para resposta ao requerente**

Neste âmbito, importa salientar que a contratação de serviços convencionados na *modalidade de adesão a um clausulado tipo previamente publicado*, como atrás se disse, *configura um regime*

⁴ Como aliás, para os convencionados do SIGIC.

especial de contratação do SNS que dispensa a aplicação dos procedimentos previstos no Código dos Contratos Públicos (CCP), designadamente os previstos na fase de habilitação, entre os quais, a prestação de caução antes da celebração do contrato.

De facto, o n.º 1 do art.º 88.º do CCP dispõe que *“No caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração”*. O mesmo é dizer que, sem a prévia prestação de caução não há lugar à celebração do contrato, pelo que, na modalidade de concurso público, a parte cocontratante poderá ter de dispor antecipadamente até 10% do valor do contrato (ou dos pagamentos públicos a efetuar ao abrigo do mesmo), para garantir a respetiva outorga pela parte pública contratante e, já na sua vigência, iniciar a prestação de serviços contratados, conforme resulta dos art.º 88.º e 89.º do referido código.

No entanto, recorde-se, a decisão governamental acerca da modalidade de procedimento a adotar com vista à celebração de convenções, nos termos do n.º 1 e do n.º 2 do art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, não tem obrigatoriamente de recair sobre o *regime especial* da livre adesão a um clausulado tipo previamente publicado. A mesma disposição viabiliza, igualmente, a opção governamental de celebração de convenções precedida de concurso público, no que corresponde *“à aplicação, com adaptações, dos procedimentos previstos no Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro”*, na sua versão atualizada, conforme estabelece o seu n.º 6.

Acresce que não se vislumbra no ordenamento jurídico português a possibilidade de aquisição, seguida de pagamento, de serviços a terceiros, sem manifestação expressa da vontade da parte pública contratante e sem avaliação fundamentada da necessidade (conforme Base 6 da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro). Ainda menos, visando a *“atribuição de convenção por deferimento tácito”*, como recomenda a AdC.

Para mais quando, no caso do setor convencionado da diálise, a própria AdC reconhece que *“o setor da hemodiálise regista um elevado nível de concentração e uma elevada estabilidade da representatividade de cada operador”*, ao mesmo tempo que considera que *“o aumento de concentração é passível de conferir, aos operadores de hemodiálise, maior poder de mercado nos*

mercados geográficos em que operam”, em Portugal continental, num contexto em que a despesa pública anual com estes operadores se aproxima dos 300 Milhões de Euros.

Nestas circunstâncias, não se antecipam as virtudes de prescindir da “*decisão expressa*” da Administração em favor do “*deferimento tácito*”, que restringe a margem de liberdade de decisão.

Finalmente, com respeito aos prazos máximos de resposta ao requerente, considera-se que tal assunto está amplamente previsto nos termos gerais do direito. Mais, o clausulado tipo em vigor, no seu n.º 4 da Cláusula 5.ª já determina que: “*A decisão de aceitação ou rejeição do aderente pela ARS deve ser proferida no prazo máximo de 90 dias, após a completa instrução do processo com todos os documentos*”.

- **Recomendação 3: eliminação de barreiras à entrada e expansão de operadores no mercado de diálise**

No ponto anterior expusemos que a celebração (não, “*a atribuição*”) de convenções na modalidade de adesão a um clausulado tipo previamente publicado, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do art.º 4.º do regime jurídico das convenções é, *per se*, um *regime especial* de aquisição de serviços que afasta a aplicabilidade da contratação por concurso público de acordo com o disposto no CCP. E que, por sua vez, se traduz para a parte cocontratante numa efetiva economia processual, numa mais imediata entrada em atividade no âmbito da rede convencionada do SNS, e numa forma menos onerosa em termos de custos processuais e eventuais prestações de cauções. O SNS beneficia da prestação de cuidados de saúde desta tipologia aos utentes referenciados, numa lógica de supletividade e complementaridade.

A par disto, a AdC vem, ainda, propor a eliminação do n.º 5 da Cláusula 5.ª do já aludido clausulado tipo que prevê o seguinte: “*A aceitação ou rejeição do aderente basear-se-á, de entre outros factores, na avaliação da correcta rentabilização dos meios existentes e da boa articulação entre instituições de saúde públicas e privadas*”. A AdC refere que não é claro o que se entende por “*avaliação da correcta rentabilização dos meios existentes*” e considera que “*a rejeição de um pedido de adesão com base em fatores relacionados com a rentabilização dos meios existentes ou da capacidade instalada, consubstancia uma barreira desnecessária*”, mais acrescentando que tal “*redunda numa tomada de decisão já estabelecida no âmbito do atual regime de convenções aquando da decisão do tipo de procedimento a implementar no âmbito geográfico da convenção*”.

Ora, a ACSS, IP não considera a *decisão de convencionar* como uma irremediável escassez de oferta pública de cuidados de saúde, nem um excesso ilimitado de procura, ou sequer, uma *margem* de necessidades não satisfeitas deixadas a cargo do setor convencionado do SNS. Antes pelo contrário.

O *princípio da complementaridade*⁵ assenta e privilegia o acesso dentro dos Tempos Máximos de Resposta Garantida (TMRG)⁶ aos cuidados de saúde de que os utentes do SNS necessitam, na perspetiva de que a rede pública de prestação de cuidados de saúde não os possa realizar oportunamente. Exemplo disso são os processos de rentabilização da capacidade instalada no SNS para a realização de MCDT nos hospitais do SNS, na sequência das prescrições efetuadas nos Agrupamentos de Centros de Saúde (ACES), bem como todas relações contratuais celebradas entre entidades públicas integradas no SNS no âmbito da Gestão Partilhada de Recursos no SNS (GPR_SNS), conforme disposto na alínea h) do art.º 3.º da Portaria n.º 147/2017, de 27 de abril, que regula o Sistema Integrado de Gestão do Acesso dos utentes ao SNS (SIGA SNS) e no Despacho n.º 3796-A/2017, de 4 de maio do então Ministro da Saúde, que determina que “*as instituições do SNS devem, com respeito pelos princípios da transparência, igualdade e concorrência, fomentar a rentabilização dos equipamentos e dos recursos humanos do SNS, limitando a subcontratação a entidades externas aos casos em que a capacidade instalada estiver esgotada*” e que o eventual “*recurso a entidades externas ao SNS para a prestação de cuidados de saúde deve ser precedido da consulta à plataforma GPR_SNS, de modo a analisar a oferta disponível no SNS*”.

O mesmo se aplica ao programa SIGIC que, passado o tempo regulamentar de espera por cirurgia programada, remete ao utente inscrito para cirurgia uma nota de transferência ou cheque cirurgia, a fim do respetivo programa terapêutico se realizar no setor convencionado, antes de atingir o TMRG.

Mais, pensar que o “*o racional aproveitamento da capacidade instalada no sector público*” passa, inevitavelmente, pela “*celebração de convenções face à falta de capacidade do SNS para suprir as suas necessidades*”, contradiz o *caráter supletivo* do setor privado e social, na resposta, em tempo, às necessidades dos utentes referenciados pelo SNS.

Não significa, portanto, que os prestadores convencionados estejam em risco ou sob ameaça, muito pelo contrário, conforme demonstra a sua representatividade no total de atos/procedimentos realizados

⁵ A alínea b) do n.º 1 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro, que estabelece o regime jurídico das convenções do SNS, define o princípio da complementaridade como condição para a celebração de convenções, “*destinando-se a sua celebração a colmatar as necessidades do SNS quando este, de forma permanente ou esporádica, não tem capacidade para as suprir*”.

⁶ Definidos pela Portaria n.º 153/2017, de 4 de maio.

a cada ano. Contudo, está na disponibilidade do SNS a decisão de financiamento das prestações de cuidados de saúde aos seus utentes, à luz da CRP, e no respaldo da legislação aplicável, parte dela já exposta anteriormente (LBS, regime jurídico das convenções, regulamentação dos TMRG).

Ainda sob esta recomendação, a AdC recomenda à ERS que, aquando da emissão de *“parecer prévio não vinculativo (...) atendendo às características de mercado, nomeadamente quanto aos níveis de concentração, à área de prestação e à natureza dos serviços”* (cfr. n.º 2 do art.º 4.º do regime jurídico das convenções), considera que devem ser *“ponderados os efeitos da expansão da oferta decorrentes da abertura de uma nova clínica e enquadrados os efeitos de aumento de concentração que resultam da abertura de novas clínicas, de forma a não colocar obstáculos desnecessários à entrada e expansão de operadores”*.

Importa, então esclarecer que a ERS é, primeiramente, chamada a emitir um parecer prévio como instrumento de apoio à decisão acerca da modalidade de procedimento (livre adesão ou concurso público) a adotar pelo membro do Governo responsável pela área da saúde, ou seja, em momento anterior à regulamentação de nova convenção – como sucedeu na área da diálise.

E posteriormente, ao abrigo do n.º 6 da Cláusula 5.ª do clausulado tipo em vigor, a ERS deve emitir parecer com *“uma avaliação em matéria de concorrência”* – ou seja, antes de celebrada a convenção regional entre a ARS, IP e o requerente de adesão à convenção. O mesmo se aplica sempre que haja uma mudança de instalações (incluindo um aumento de postos de tratamento disponíveis), conforme prevê o n.º 1 da Cláusula 14.ª do mencionado clausulado tipo.

Da conjugação dos n.º 5 e 6 da Cláusula 5.ª, a decisão ou rejeição expressa do requerimento de adesão àquele clausulado tipo, para além de se ter de basear *“entre outros factores, na avaliação da correcta rentabilização dos meios existentes e da boa articulação entre instituições de saúde públicas e privadas”* deve ainda considerar *“avaliação em matéria de concorrência”* produzida pela ERS, respetivamente.

Este é mais um fundamento face ao qual não se alcança a vantagem da proposta da AdC em introduzir a figura do deferimento tácito dos requerimentos de adesão, atento o dever das ARS territorialmente competentes, de ponderar a avaliação da concorrência elaborada pela ERS, na unidade territorial a que se destina certa convenção, seja para *“abertura de novas clínicas”* por novos operadores ou por operadores já instalados nessa localização, ou para *“aquisição de clínicas existentes”*.

Note-se ainda que, quanto “à cessão da exploração da unidade de diálise, ao trespasse, à transferência da titularidade ou à cessão de quotas, bem como à cessão da posição contratual”, de acordo com o n.º 2 da Cláusula 14.ª do clausulado tipo, estas “carecem de aceitação pelo primeiro outorgante”.

- **Recomendação 4: utilização de portal e/ou formulário único que reúna os procedimentos de licenciamento e os pedidos de convenção a cargo da ACSS e ARS e da ERS**

Segundo o diploma orgânico da ACSS, IP⁷, esta “tem por missão assegurar a gestão dos recursos financeiros e humanos do Ministério da Saúde (MS) e do Serviço Nacional de Saúde (SNS), bem como das instalações e equipamentos do SNS, proceder à definição e implementação de políticas, normalização, regulamentação e planeamento em saúde, nas áreas da sua intervenção, em articulação com as Administrações Regionais de Saúde, I. P., no domínio da contratação da prestação de cuidados” (cfr. n.º 1 do art.º 3.º).

Por sua vez, o diploma orgânico das ARS, IP⁸ define que “As ARS, I. P., têm por missão garantir à população da respectiva área geográfica de intervenção o acesso à prestação de cuidados de saúde, adequando os recursos disponíveis às necessidades e cumprir e fazer cumprir políticas e programas de saúde na sua área de intervenção” (cfr. n.º 1 do art.º 3.º).

Já a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (LQER), aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, versão atual, reconhece como entidades reguladoras a AdC e a ERS, conforme previsto nas alíneas c) e i) do n.º 3 do art.º 3.º da lei citada, respetivamente, prevendo-se nos termos do n.º 1 do art.º 1 do seu Anexo, o exercício de “funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência respeitantes às atividades económicas dos setores privado, público, cooperativo e social”.

O Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, que procede à adaptação dos estatutos da ERS ao regime estabelecido na LQER, determina no n.º 1 do art.º 4 dos Estatutos que esta “exerce funções de regulação, de supervisão e de promoção e defesa da concorrência respeitantes às atividades económicas na área da saúde dos setores privado, público, cooperativo e social”.

Vem ainda o Decreto-Lei n.º 127/2014, de 22 de agosto, na versão atualizada, que estabelece o regime jurídico a que ficam sujeitos a abertura, a modificação e o funcionamento dos estabelecimentos

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 35/2012, de 15 de fevereiro, na sua redação atual.

⁸ Publicado pelo Decreto-Lei n.º 22/2012, de 30 de janeiro, versão atualizada.

prestadores de cuidados de saúde, cometer à ERS “*para além do papel de fiscalizadora, o papel de licenciadora*”.

Neste enquadramento, é ainda importante salientar que o n.º 2 do art.º 38.º do Estatuto do SNS, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro, na redação atual, prevê que “*as unidades privadas de saúde estão sujeitas a licenciamento e fiscalização, nos termos de legislação própria*”, designadamente a que acabámos de referir.

Nesta sequência, refira-se que o licenciamento dos estabelecimentos ou unidades de cuidados de saúde, nos termos da legislação em vigor, é *condição necessária, mas não suficiente*, para a contratação pública no âmbito do Ministério da Saúde, de quaisquer prestações de saúde a privados e a entidades da economia social. O mesmo é dizer que, atenta a súmula legislativa atrás descrita, certo estabelecimento ou unidade de saúde na esfera do setor privado ou social, não tem necessariamente de ser contratado pelo SNS para realizar atos em saúde à sua população utente, ou melhor dito, de integrar a *rede nacional de prestação de cuidados de saúde* na aceção do art.º 2.º do Estatuto do SNS.

Na perspetiva da parte pública contratante, o licenciamento na ERS mais do que um requisito de forma para apresentação de candidatura a uma convenção, é uma garantia de qualidade da prestação de cuidados de saúde e de segurança dos utentes referenciados.

A referida licença de funcionamento consiste, portanto, numa salvaguarda de saúde pública de utentes e terceiros na execução continuada do contrato de convenção, atento o disposto, designadamente, nos art.º 5.º e seguintes no Decreto-Lei n.º 127/2014, de 22 de agosto.

- **Recomendação 5: manual de boas práticas de hemodiálise**

Esta matéria é da competência da Direção Geral da Saúde (DGS), motivo pelo qual a ACSS, IP não se pronuncia.

- **Recomendação 6: transporte de utentes de diálise**

A colocação de doentes referenciados para hemodiálise em unidades periféricas de diálise está na competência das ARS, à semelhança da requisição e pagamento dos transportes de utentes não urgentes, com expressa salvaguarda da gratuidade desse transporte nas deslocações entre o seu domicílio e a respetiva unidade de diálise.

Mais ainda, e de acordo com o n.º 3 da Cláusula 3.ª do clausulado tipo vigente, sempre que ocorra a mobilidade de utentes, por sua livre iniciativa, para a área geográfica de outra ARS, o financiamento do

encargo com o transporte de e para a unidade de diálise previamente referenciada pela ARS de origem, está igualmente assegurado pelo orçamento do SNS.

Para além disso, está em vigor o Regulamento de Transporte de Doentes, publicado em Anexo à Portaria n.º 260/2014, de 15 de dezembro, na sua redação atual, de aplicabilidade transversal ao sistema de saúde português em que se inclui o SNS, em matéria de transporte de doentes urgentes, emergentes e não urgentes por via terrestre.

E, nessa perspetiva, não se vislumbra a necessidade de criar, dentro deste, um regime especial e positivamente discriminatório, face ao universo de utentes do SNS e às outras especialidades médico-assistenciais, diretamente aplicável aos utentes de diálise crónica em tratamento em clínicas privadas, de forma a acolher “a opção de reembolso para os doentes que assegurem o próprio transporte”, e que na prática se traduz num benefício em saúde, de natureza pecuniária e unilateral, em prol de um amplo e vago interesse de “maior grau de escolha dos doentes em relação à clínica onde realizam o tratamento de hemodiálise”, referido pela AdC.

Não obstante o exposto, importa destacar que, também em matéria de transporte de doentes, poderão sempre ser introduzidas melhorias na comunicação entre utentes e unidades de diálise com as ARS e a ACSS, matéria em que as recomendações da AdC serão devidamente consideradas.

- **Recomendação 7: indicadores de qualidade e de resultados dos tratamentos de diálise**

Trata-se de um tema enquadrado no âmbito da Comissão Nacional de Acompanhamento da Diálise (CNAD), na alçada da DGS, conforme estipulado na Cláusula 18.ª do clausulado tipo em vigor, entre outros enquadráveis em matéria de acompanhamento.

Ainda sobre este aspeto, há a referir que pelo Despacho n.º 2289/2020, de 10 de fevereiro, foi constituída nova Comissão⁹ para um mandato de 3 anos, em cuja agenda se incluem nos termos das alíneas c) e d) do seu n.º 1, respetivamente, matérias como a “*melhoria contínua dos sistemas de informação de suporte à governação clínica e dos meios tecnológicos de comunicação em Saúde*”, e a avaliação de “*ganhos em saúde deste modelo de governação clínica, numa perspetiva de melhoria contínua da qualidade*”, e que se encontram atualmente em curso.

A ACSS, IP entende, também aqui, que por se tratar de competências da DGS e de uma comissão a funcionar sob a sua autoridade, nada mais tem a acrescentar.

⁹ A referida legislação determina que na CNAD inclui um representante da ACSS, IP.

Conclusão:

A AdC, após a realização de estudo de *“análise às condições de concorrência na prestação de cuidados de hemodiálise em Portugal”*, colocou em discussão pública a versão preliminar do relatório, disso informando a ACSS, IP.

Através do referido estudo, a AdC *“apresenta um conjunto de recomendações ao Governo, destinadas a promover a concorrência no setor da hemodiálise em Portugal, em benefício dos doentes renais crónicos”*.

A ACSS, IP, de acordo com o seu diploma orgânico, enquanto instituto público *“integrado na administração indireta do Estado”* que *“prossegue as atribuições do Ministério da Saúde”*, tem a missão de, entre outros, *“proceder à definição e implementação de políticas, normalização, regulamentação e planeamento em saúde, nas áreas da sua intervenção, em articulação com as Administrações Regionais de Saúde, I. P., no domínio da contratação da prestação de cuidados”*. E, neste âmbito, estão incluídas convenções entre o SNS e entidades do setor privado e social, com vista à prestação de cuidados de saúde à sua população utente, sempre que na rede pública de prestação de cuidados de saúde, tal qual definida no Estatuto do SNS, não disponha de capacidade para a sua realização, designadamente, dentro dos TMRG.

A configuração dos contratos de convenção com entidades privadas e da economia social, incluindo para a área já convencionada da diálise, é regulada pelo regime jurídico das convenções, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro. Este diploma legislativo constitui a ACSS, IP e as ARS, IP como partes públicas contratantes, consoante o âmbito da convenção seja nacional ou regional, respetivamente, bem como as fases pré-contratuais e os termos a fixar em sede de *acordo de convenção*.

Esclarece-se que as convenções para a prestação de cuidados de diálise são outorgadas pelas ARS, IP, em que se insere a localização da unidade ou estabelecimento.

Em matéria de concorrência, a AdC no seu relatório considera que **“o setor da hemodiálise regista um elevado nível de concentração e uma elevada estabilidade da representatividade de cada operador”**. E que, em resultado disso **“o aumento de concentração é passível de conferir, aos operadores de hemodiálise, maior poder de mercado nos mercados geográficos em que operam”**. Referindo, pelo meio, que *“estas características são, usualmente, associadas a mercados com uma dinâmica concorrencial limitada”*.

A confirmá-lo, a AdC conclui que, à data de 30/03/2020:

- **“os quatro operadores privados no mercado com o maior número de unidades de hemodiálise em Portugal Continental eram a NephroCare (40), a Diaverum (26), a DaVita (9) e a B. Braun (5) (...) [e] englobam cerca de 81% do total de unidades de hemodiálise [convencionadas] em Portugal Continental”;**
- **“a nível nacional, estes quatro operadores foram responsáveis pelo tratamento de cerca de 88% dos doentes (excluindo o setor público)”;**

Ou, na perspetiva do SNS, o setor público dispõe de 24 unidades de diálise, correspondente a cerca de 20% do total, e tratou cerca de 12% dos doentes em hemodiálise. Salientando ainda que, excluindo o setor público, 4 operadores concentram perto de 81% do total de unidades de diálise¹⁰, através das quais são tratados perto de 88% dos doentes em hemodiálise¹¹.

A AdC considera, ainda, que **“a concorrência entre clínicas de hemodiálise realiza-se, assim, por via de fatores não-preço, nomeadamente a localização das clínicas e a qualidade dos cuidados prestados aos doentes renais, tomando o preço como um dado adquirido no mercado” (...). Não obstante a existência de um preço regulado, as clínicas de hemodiálise, através das entidades representativas do setor, podem exercer um determinado grau de influência nos preços convencionados**. Todavia, tal conclusão não nos reconduz à temática da formação de preços num mercado altamente concentrado e com posição potencialmente dominante dos principais operadores económicos instalados.

Em matéria de promoção da concorrência, a proposta da AdC vai no sentido de, **“por um lado, eliminar barreiras desnecessárias e desproporcionais à entrada de novas clínicas de hemodiálise e, por outro lado, promover a escolha dos doentes relativamente às clínicas de hemodiálise”**. Segundo conclui, **“a localização das clínicas é a principal variável de concorrência entre clínicas de hemodiálise”** e que **“na abertura de uma nova clínica de hemodiálise, as variáveis de concorrência mais importantes consideradas pelos operadores são a localização e a capacidade da nova clínica”**.

¹⁰ Distribuição da concentração, em número de unidades de hemodiálise: NephroCare (40), Diaverum (23), DaVita (9) e B. Braun (5). Ou, melhor dito, há 2 operadores de mercado que controlam perto de 63% do total de estabelecimentos convencionados para tratamento de utentes em hemodiálise.

¹¹ A representatividade, em termos de doentes renais crónicos tratados no setor convencionado da diálise, é a seguinte: NephroCare – 43%; Diaverum – 30%; DaVita – 10%; e, B. Braun – 4%. Quer dizer: cerca de 73% dos tratamentos de hemodiálise no setor convencionado são prestados pelos primeiros 2 operadores económicos.

Acerca das barreiras à entrada atrás enunciadas, entende-se, em primeira instância, que a celebração de convenções para a prestação de cuidados de saúde aos utentes do SNS, incluindo na área da diálise, deve centrar-se nas necessidades em saúde apuradas do ponto de vista do cidadão utente, aliás em linha com o regime jurídico das convenções e com a Lei de Bases da Saúde, e não, como propõe a AdC, no “*ponto de vista dos operadores*”.

Depois, se a decisão de investimento de empresas (com fins lucrativos) e entidades da economia social (sem fins lucrativos), incluindo a de localização de uma clínica de hemodiálise no território continental, é um ato de gestão puramente privado, não se entende como tal se poderá traduzir num efeito concorrencial neste mercado concentrado em que apenas 4 operadores detêm uma quota conjunta de 88% de atividade realizada.

No que respeita ao licenciamento, considera-se que a licença de funcionamento dos estabelecimentos de saúde emitida pela ERS é, na perspetiva no Estado-prescritor e do Estado-financiador, da maior importância para a execução continuada do contrato de convenção, já que o licenciamento em causa é uma salvaguarda de saúde pública de utentes e terceiros, pela garantia de prestação de cuidados de saúde em segurança e com qualidade para o utente tratado.

No que se refere à liberdade de escolha do prestador pelo utente, considera-se vaga a justificação apresentada pela AdC, mesmo “*considerando o controlo já existente da qualidade dos cuidados de hemodiálise*”, no contexto deste mercado da saúde fortemente caracterizado pela assimetria de informação e por um forte papel de agência, cuja prestação engloba um amplo conjunto de prestações de cuidados de saúde a *montante* e a *jusante* do tratamento dialítico.

A AdC nada diz relativamente a impedimentos e incompatibilidades dos profissionais vinculados ao SNS, devidamente previsto no clausulado tipo em vigor e no regime jurídico das convenções, designadamente quanto às restrições do exercício de funções de gestão e da limitação a 10% da propriedade da sociedade comercial convencionada, incluindo os respetivos cônjuges, ascendentes e descendentes, bem como quanto à acumulação de funções de direção ou chefia no setor público e no setor convencionado, sem prejuízo de outras.

Reforça-se que o regime jurídico das convenções já prevê um *regime especial* de contratação destes serviços a operadores privados, na forma de livre adesão a um clausulado tipo previamente publicado, comparativamente à modalidade alternativa de concurso público prevista no CCP.

Mais, desconhece-se o enquadramento legal que permita defender a contratação imediata de unidades de diálise previamente licenciadas pela ERS, só porque “a abertura de novas clínicas implica investimentos entre 1 e 2,5 milhões de euros, conforme a dimensão das clínicas, e que o tempo de espera exige capacidade financeira das clínicas”, bem como “a possibilidade de rescisão da convenção após 5 anos foi (...) como um fator de incerteza jurídica face aos investimentos dos operadores”.

Por fim, importa reforçar que as entidades do Ministério da Saúde que têm competências na área da diálise desenvolvem a sua atividade no sentido de garantir o acesso, em tempo oportuno, dos utentes aos cuidados de saúde necessários, prestados com qualidade e segurança, não privilegiando critérios de avaliação que consideram as decisões de investimento que resultam de atos de gestão privados, que parecem favorecer uma proteção do investimento inicial e a permanente exploração continuada de atividade, neste caso, totalmente suportada por financiamento público.

Mais uma vez agradecendo a oportunidade de nos pronunciarmos sobre uma matéria de elevado interesse e relevância para os utentes do SNS, reforçamos a nossa disponibilidade para esclarecimentos adicionais.

Com os melhores cumprimentos,

A Presidente do Conselho Diretivo

Márcia Raquel
Inácio Roque

Digitally Signed by Márcia Raquel
Inácio Roque
DN: C=PT, O=Administração Central
do Sistema de Saúde IP, CN=Márcia
Raquel Inácio Roque
Reason:
Date: 2021-01-22T16:22:19.447 UTC

Márcia Roque