



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

DECISÃO N.º 3/FP/2009

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 20 de Fevereiro de 2009, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato de “alojamento para 50 pessoas ao longo de 3 semanas de cada mês, entre Setembro de 2008 e Maio de 2009”, outorgado, em 14 de Novembro de 2008, entre a Região Autónoma da Madeira (RAM), através da Secretaria Regional do Turismo e Transportes (SRTT), e a empresa “Carlos Saraiva – Exploração Turística, S.A.”, pelo preço de € 423 040,00, acrescido de IVA.

I - Os Factos

Com interesse para a decisão a proferir, a análise efectuada ao correlativo processo permite destacar os factos a seguir relatados:

- a) O supra identificado contrato foi celebrado na sequência de consulta prévia a cinco entidades, sujeita ao regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho.
- b) O contrato tem por objecto o fornecimento de alojamento a cerca de 50 pessoas, entre pessoal técnico, actores, etc., da equipa necessária às filmagens da telenovela da TVI, Televisão Independente, identificada no processo com o título “Despertar”.
- c) A “*proposta de patrocínio*” apresentada pela TVI, a 25 de Julho de 2008, configura um documento promocional da referida telenovela com fins comerciais, e dela não se extrai nenhuma ilação susceptível de enquadrar a celebração do contrato, verificando-se, inclusive, que, a partir da análise do seu conteúdo, não é possível estabelecer qualquer relação com a aquisição dos serviços de alojamento.
- d) Não obstante, foi com base nessa proposta que a Senhora Secretária Regional do Turismo e Transportes, a 28 de Julho de 2008, decidiu apoiar a produção da telenovela, invocando o interesse público regional através da explanação dos seguintes considerandos (vide o ofício com a referência n.º 2678/A, de 28 de Julho):
 - A rodagem será efectuada maioritariamente na Ilha da Madeira (durante 3 semanas mensais) e em número mais reduzido de episódios na Ilha do Porto Santo;
 - A TVI é a estação televisiva com o maior *codeshare* de audiências a nível de telenovelas desde 2006;
 - Nos últimos anos, aquela estação tem apostado na produção de novelas de guião português com as filmagens a ocorrerem em território português, o que causa grande impacto no público;
 - A telenovela em causa, face ao seu impacto, converter-se-á, igualmente, num veículo de promoção turística da RAM;



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- A mesma dará continuação ao trabalho de promoção que tem vindo a ser feito pela SRTT, através da realização de diversas acções no mercado nacional e em campanhas promocionais dirigidas ao consumidor final;
 - É uma oportunidade única de, junto do público nacional, mostrar o destino de qualidade e excelência que é a Região.
- e) Para consumir tal apoio, aquela responsável autorizou a abertura de um procedimento de consulta prévia, ao abrigo do artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, a fim de seleccionar uma entidade que fornecesse alojamento à equipa da telenovela, estimado em 8 000 dormidas durante 9 meses de trabalho.
- f) Em concreto, invocou-se que “ (...) a produção da TVI só recentemente informou esta Secretaria Regional que a data do início das gravações, será fim de Setembro início de Outubro; Devido ao facto supra mencionado, por imprevisível, não é possível cumprir os prazos previstos, para a realização do Concurso Público; Por outro lado, torna-se urgente e imperioso lançar um procedimento para assegurar em tempo útil os serviços pretendidos, na medida do estritamente necessário”.
- g) Nessa sequência, foram, através de ofícios enviados, via fax, no mesmo dia 28 de Julho, convidadas as seguintes cinco unidades hoteleiras: *Pestana Carlton Madeira, Porto Bay, Cliff Bay, Porto Mare e CS Resort Madeira*, com a indicação de que o critério de adjudicação era o do mais baixo preço.
- h) Das empresas consultadas, apenas o *CS Resort Madeira* e o *Pestana Carlton Hotel* apresentaram propostas de € 423 040,00 e € 682 100,00, respectivamente, tendo o fornecimento sido adjudicado à empresa *CS Resort Madeira*, por despacho da Senhora Secretária Regional do Turismo e Transportes, de 22 de Setembro de 2008.
- i) A SRTT informa que, “Apesar das filmagens, segundo informação da TVI, se terem iniciado a 1 de Outubro de 2008”, o apoio acordado só se efectivou na data contratualizada, ou seja, a partir de 14 de Novembro de 2008.

II - O Direito

A questão a resolver nos presentes autos é a de saber se o factualismo antes exposto permitia a consulta prévia a cinco entidades seguida pela Secretaria Regional do Turismo e Transportes, com invocação do disposto no artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, para a adjudicação dos serviços inseridos no objecto do contrato agora submetido à fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Vem a propósito referir que, em geral, os contratos administrativos de colaboração são precedidos de um procedimento mais ou menos formalizado, cujo acto principal é a adjudicação. Aqui opera uma regra básica: a escolha do tipo de procedimento em função do valor estimado do contrato, de acordo com as indicações dos artigos 80.º e 81.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, reconhecendo a lei a impossibilidade de ser praticado o acto de adjudicação se o procedimento em questão não cobre o valor da despesa. Neste caso, é



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

necessário um novo procedimento, o anterior é irrelevante para a despesa em causa (artigo 82.º do Decreto-Lei n.º 197/99).

No regime do Decreto-Lei n.º 197/99, dispõe o n.º 1 do artigo 80.º que o concurso público é o procedimento obrigatório quando o valor do contrato seja igual ou superior a 25 000 contos (cerca de € 124 699). Como já se disse, o valor do contrato é de € 423 040,00, pelo que não há qualquer dúvida de que a sua celebração carecia de ser precedida de concurso público (ou de concurso limitado por prévia qualificação no quadro normativo do n.º 2 do mesmo artigo 80.º).

E, mais do que isso, de um concurso público (ou concurso limitado por prévia qualificação) com especiais deveres de publicidade no âmbito da União Europeia, porquanto os serviços ora contratados, face ao seu valor, estavam também abrangidos pela previsão dos artigos 191.º e 194.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

Assim sendo, fica claro que, para casos como o dos autos, em que o procedimento para a selecção do adjudicatário é o concurso público, a consulta prévia, com fundamento no artigo 85.º do citado diploma, assume-se como uma excepção à regra que manda escolher o procedimento em função do valor do contrato. E, por se tratar de uma excepção, a lei, quando admite a consulta, rodeia-a de fortes condicionalismos e submete-a a apertados requisitos de verificação cumulativa para que possa validamente ser usada.

O que bem se compreende, pois a entidade adjudicante, através do concurso público, faz apelo à concorrência num ambiente de confiança e transparência, e admite que vários interessados disputem a celebração do contrato, enquanto que na consulta prévia toma a iniciativa de limitar o universo concorrencial em que irá seleccionar o futuro co-contratante, quando convida quem bem entende.

Aqui chegados, impõe-se averiguar de seguida se, no quadro circunstancial decorrente dos factos descritos na parte I da presente decisão e das justificações complementares apresentadas pela SRTT, estão preenchidos os pressupostos de verificação cumulativa permissivos do recurso à consulta prévia com base na previsão do artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99.

Nos termos daquele artigo 85.º, a aquisição de bens e serviços pode ser antecedida de um procedimento por consulta, a pelo menos dois locadores ou fornecedores, *“independentemente do valor, quando, na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis, não possam ser cumpridos os prazos previstos para os processos de concurso ou para os procedimentos por negociação, desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis às entidades adjudicantes”*.

Quanto aos motivos de urgência imperiosa resultantes de acontecimentos imprevisíveis que conduziram à escolha da consulta prévia, a SRTT explicitou que *“no final de Julho (...) foi inesperadamente confrontada pela TVI, que o início das gravações estava previsto para o final de Setembro de 2008, decisão que, por ser imprevisível e alheia a esta Secretaria Regional, teve como consequência o desencadear de um procedimento com a máxima*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

urgência, para que a RAM não perdesse esta oportunidade única de ser o centro nevrálgico da rotação de uma telenovela. A adopção do procedimento por consulta prévia ao abrigo do artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, além de garantir a aquisição dos serviços pretendidos, em tempo útil na medida do estritamente necessário, assegurou ainda a vertente concorrencial da aquisição, como se impunha”.

Num primeiro momento, aquela Secretaria Regional adiantou que, até ao final de Julho de 2008, não tinha havido qualquer contacto, formal ou informal, com a TVI, a fim de discutir o apoio logístico agora contratado. Mais tarde, em resposta ao Despacho n.º 3/FP/2008, de 28 de Janeiro, admitiu que, afinal, “ (...) começou por ser sondada, pela TVI, quanto à sua disponibilidade de princípio para patrocinar a realização de uma novela a ser filmada na Região, tendo sido comunicado, nessa altura, o nosso interesse na realização”, sem, no entanto, mencionar as datas dos contactos então desenvolvidos.

Mais informou que, na sequência dos contactos, ficou a aguardar que a TVI concretizasse o apoio pretendido, o que só veio a acontecer em reunião realizada no dia 25 de Julho de 2008, nas instalações da Secretaria, com representantes daquele canal televisivo. E foi nesta reunião que, “(...) face à impossibilidade de financiar a realização da novela nos termos apresentados na «Proposta de Patrocínio», entregue em mão nesse momento, foi acordado que a colaboração deste organismo se cifraria em apoio logístico, nomeadamente, o alojamento da equipa envolvida na produção”.

Ainda em resposta ao Despacho n.º 3/FP/2008, reafirmou que “(...) a informação recebida naquela reunião, de que as filmagens se iniciariam no fim de Setembro, foi para nós um facto imprevisto e não expectável, e relativamente ao qual não tivemos qualquer interferência ou responsabilidade”.

Desde logo observa-se que não há prova documental no processo que suporte os esclarecimentos prestados acerca dos mencionados contactos prévios, da reunião realizada a 25 de Junho de 2008 e de qualquer acordo firmado com a TVI sobre a promoção do destino Madeira, por conta do encargo assumido com a aquisição dos serviços respeitantes ao alojamento.

De todo o modo, diga-se que é jurisprudência pacífica deste Tribunal o entendimento de que não basta uma qualquer urgência para se poder recorrer, na medida do estritamente necessário, à consulta prévia. Exige-se que a urgência seja imperiosa, isto é, uma urgência categórica, imposta por uma situação a que não possa deixar de se acorrer com rapidez. Trata-se de uma situação de urgência impreterível, significando-se com isto que a prestação não pode ser adiada, sob pena de não ser mais possível realizá-la, ou que a sua não realização imediata venha a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação. Vejam-se, entre outros, o Acórdão n.º 16/06, de 14 de Março, o Acórdão n.º 7/07, de 7 de Maio, o Acórdão n.º 120/07, de 18 de Setembro, e o Acórdão n.º 06/2008.

Do que vem alegado pela SRTT resulta que a urgência invocada para inviabilizar o cumprimento dos prazos e formalidades do concurso público foi a circunstância de, na reunião de 25 de Julho de 2008, ter sido informada, pela TVI, de que as filmagens se iniciariam em finais de Setembro.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Contudo, a própria Secretaria Regional admitiu a existência de contactos da TVI anteriores a 25 de Julho de 2008, e confirmou que, na altura, manifestou interesse em apoiar a realização da telenovela na RAM, a rodar a partir de Outubro ou Novembro de 2008. Este aspecto, mesmo que pairasse alguma indefinição quanto às formas de apoio e ao modo de o concretizar, retira urgência e imprevisibilidade ao que se lhe seguiria.

Por outro lado, anota-se que os elementos do processo nada apontam no sentido de que a TVI condicionou o início das filmagens da telenovela à disponibilização em simultâneo do alojamento, e que a mencionada reunião teve por objectivo definir o tipo de patrocínio, relativamente ao qual competia à SRTT não só discutir os termos e condições do apoio logístico a prestar, como ainda negociar a data do começo das filmagens, tendo em vista respeitar os prazos necessários ao cumprimento das normas legais aplicáveis à aquisição dos serviços em referência.

E essa margem negocial existia, pois, como se viu, a TVI não deixou de dar início à rodagem da telenovela na data prevista só porque, em Outubro e parte de Novembro de 2008, o alojamento dos actores e equipa técnica não estava assegurado, ficando, assim, prejudicada a validade do argumento que acentuava a necessidade de *“garantir a aquisição dos serviços pretendidos, em tempo útil na medida do estritamente necessário”*.

Em suma, o que está aqui subjacente não são motivos de urgência e muito menos de urgência imperiosa, como exige o artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, mas sim a oportunidade de aproveitar o interesse da TVI em que a RAM patrocinasse uma telenovela que aquele canal televisivo pretendia rodar na Região. A partir daqui, porque havia interesse recíproco, a SRTT teria de actuar com o cuidado que a condição de entidade pública impõe na procura das soluções para o patrocínio, tendo, designadamente, em conta o regime aplicável à realização de despesas públicas e à contratação de serviços.

Acresce que, para justificar a adopção do procedimento por consulta, a urgência imperiosa deve resultar de acontecimentos imprevisíveis. E por acontecimentos imprevisíveis, relevantes para efeitos da previsão do artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, e como também é jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas, devem entender-se as situações que surgem de forma inopinada e que um normal decisor, colocado na posição de um real decisor, não seja capaz de prever e de prevenir, antes da abertura do procedimento.

A jurisprudência citada sublinha que a urgência imperiosa tem associada a necessidade de resolver uma situação surgida inesperadamente que, a manter-se, acarretaria prejuízos de dimensão superior aos que advêm da preterição do regime legal aplicável à sua normal solução. Ora, essa situação não corresponde à que emerge dos autos, onde os acontecimentos estavam no domínio de actuação da SRTT, pois já conhecia o interesse manifestado pela TVI de rodar a telenovela na Região e a realização do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação o mais que poderia originar era o adiamento do início das filmagens.

Ainda à luz do regime da consulta, face à urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis, importava garantir o preenchimento dos outros requisitos exigidos pela norma do artigo 85.º: o da impossibilidade de cumprir os prazos necessários à realização dos



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

processos de concurso e o de que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.

Quando o que está em causa é a formação de um acordo, por mútuo consenso, ainda que verbal, para estabelecer os termos e condições do patrocínio, é ilegítimo alegar que não se podem cumprir os prazos do concurso público. Na verdade, a entidade adjudicante teve a possibilidade de intervir na fixação dos tempos necessários à concretização das obrigações assumidas e de fazer uma programação que considerasse a realização desse procedimento. Isto ainda mais quando, entre a data da reunião (25 de Julho de 2008) e a outorga do contrato (14 de Novembro de 2008), decorreram cerca de três meses e meio, período de tempo suficiente para realizar o concurso, mesmo que de âmbito internacional.

Neste plano, há-de convir-se que só circunstâncias que, de todo em todo, escaparam ao seu controlo e que, por isso, não lhe podem ser imputáveis, é que justificariam a adopção da consulta prévia. A não ser assim, então as razões da urgência sempre serão imputáveis à entidade adjudicante.

Em conclusão, no caso dos autos, não se pode subscrever a afirmação da SRTT de que a escolha do procedimento por consulta prévia veio impedir que a Região *“perdesse esta oportunidade única de ser o centro nevrálgico da rodagem de uma telenovela”*, uma vez que a opção tem na sua origem erros de facto e de direito quanto à verificação dos requisitos de que o artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, faz depender, “na medida do estritamente necessário”, a utilização daquele procedimento: o pressuposto da “urgência imperiosa”, o pressuposto de que a mesma “urgência imperiosa” se funda em “acontecimentos imprevisíveis” e o pressuposto de que as circunstâncias invocadas não são, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.

Não estando reunidos os pressupostos exigidos pelo artigo 85.º do Decreto-Lei n.º 197/99, o procedimento pré-contratual seguido não está direccionado à prolação de uma decisão do tipo da que veio a ser tomada, quando, atento o valor dos serviços, se exigia que tivesse sido realizado o concurso público promovido à escala da União Europeia ou o concurso limitado por prévia qualificação, conforme determinam os artigos 80.º, n.ºs 1 e 2, 191.º e 194.º todos do mesmo Decreto-Lei.

A partir do momento em que se adopta um procedimento administrativo diverso do prescrito pela lei, toda a actuação administrativa deve ser questionada. Trata-se de uma ofensa grave às regras estabelecidas pela ordem jurídica, sendo a jurisprudência deste Tribunal unânime no sentido de considerar que o concurso público, quando obrigatório, é elemento essencial do acto de adjudicação.

Neste quadro, enferma de nulidade a adjudicação em crise neste processo, nos termos do disposto no artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), a qual, transmitindo-se ao contrato (cfr. o artigo 185.º, n.º 1, do CPA e o artigo 284.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos), integra o fundamento de recusa de visto enunciado no artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

III – Decisão

Face ao exposto, decide-se, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos Excelentíssimos Assessores, **recusar o visto** ao contrato de “alojamento para 50 pessoas ao longo de 3 semanas de cada mês, entre Setembro de 2008 e Maio de 2009”, outorgado entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional do Turismo e Transportes, e a empresa “Carlos Saraiva – Exploração Turística, S.A.”.

Prazo para a interposição do recurso: 15 dias contados da notificação da presente decisão, nos termos do n.º 1 do artigo 97.º, conjugado com o artigo 109.º, ambos da Lei n.º 97/98, de 26 de Agosto.

São devidos emolumentos, no montante de €20,60.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 20 de Fevereiro de 2009.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)

O ASSESSOR,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

**Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,**

(Orlando de Andrade Ventura da Silva)

Processo n.º 111/2008 – Secretaria Regional do Turismo e Transportes.