



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

31
Zun
14/11
M H

DECISÃO N.º 3/FP/2011

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária de 22 de Fevereiro de 2011, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato-programa de cooperação financeira celebrado, em 29 de Dezembro de 2010, entre a Região Autónoma da Madeira, através da Secretaria Regional de Educação e Cultura, e o CELFF – Centro de Estudos, Línguas e Formação do Funchal, S.A., no montante de € 1 141 000,00.

I – Os Factos

Para efeitos da decisão a proferir no presente processo, dão-se por assentes os seguintes factos:

- a) Nos termos da cláusula primeira do contrato-programa ora sujeito a fiscalização prévia este visa a definição do processo de cooperação financeira entre as partes outorgantes [a Secretaria Regional de Educação e Cultura (SREC) e o CELFF – Centro de Estudos, Línguas e Formação do Funchal, S.A. (CELFF, S.A.)], “(...) a fim de garantir, transitória-mente, a viabilidade financeira e operacional da Escola e dos estabelecimentos de aplicação a ela associados, a saber, os respectivos Hotel, restaurante e o Bar, na medida em que tais estabelecimentos constituem um elemento essencial e único para a valorização profissional nas áreas da Hotelaria e Turismo, quer para uns alunos da EPHTM, quer para activos externos, sendo parte integrante do processo de formação profissional a que a EPHTM se destina”.
- b) Pela Resolução do Conselho do Governo Regional n.º 1504/2009, tomada na reunião daquele órgão a 10 de Dezembro de 2009, ficou aprovada:
- ✓ A cessão de exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira (EPHTM), por um período de quinze anos, prorrogável por iguais períodos;
 - ✓ A abertura de “concurso limitado” (sem qualquer outra referência) para a referida cessão, e do respectivo programa do concurso e caderno de encargos.
- c) Nessa sequência, foi publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 246, no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, 2.ª Série, n.º 242, e no Jornal Oficial da União



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Europeia, S248, de 22, 23 e 24 de Dezembro de 2009, respectivamente, o aviso de concurso limitado por prévia qualificação com vista a cessão de exploração da EPHTM.

d) No objecto da concessão – a cessão de exploração da EPHTM – encontram-se integradas as seguintes actividades, por força da cláusula 5.^a do caderno de encargos:

- ✓ A realização de cursos e acções de formação no sector da hotelaria e turismo;
- ✓ A exploração do Hotel de Aplicação, restaurante e bar;
- ✓ O Centro Novas Oportunidades.

e) Por sua vez, o programa do concurso, no artigo 7.º, e os anúncios tornados públicos, no ponto 12.1, estabeleciam como **requisitos mínimos de capacidade técnica** a experiência curricular do candidato na área da formação profissional em hotelaria, restauração e turismo, e a experiência profissional dos administradores a propor para a gestão da EPHTM.

f) **Não foram exigidos quaisquer requisitos mínimos de capacidade financeira** (vide o ponto 12.2 dos referenciados anúncios).

g) Culminado este procedimento, em 1 de Setembro de 2010 foi outorgado, entre a Região Autónoma da Madeira, através das Secretarias Regionais do Plano e Finanças e de Educação e Cultura, e o CELFF, S.A., o contrato de concessão de exploração da EPHTM.

h) Face a este enquadramento a SREC celebrou o contrato-programa agora submetido a visto com o CELFF, S.A., em 29 de Dezembro de 2010, fundamentado legalmente no artigo 25.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2009/M, de 31 de Dezembro, no n.º 3 da cláusula 9.^a do contrato de concessão e na Resolução do Conselho do Governo n.º 1557/2010, de 13 de Dezembro.

i) O contrato-programa vertente tem como objectivo proporcionar, de acordo com a cláusula segunda, apoio financeiro ao CELFF, S.A., no montante máximo de € 1 141 000,00, “ (...) de forma a que, na prossecução do interesse público associado à concessão da exploração da EPHTM, possa desenvolver na plenitude os objectivos de qualificação profissional (...)” e visa alcançar as seguintes finalidades específicas:

- Garantir o cumprimento das atribuições da EPHTM, agora sob responsabilidade do CELFF, S.A.;



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

32
Muff
4

- Desenvolver os mecanismos necessários para a optimização dos serviços prestados pela EPHTM, e
- Estruturar uma carteira de projectos que respondam às necessidades do mercado regional na área da Hotelaria e Turismo.

II – O Direito

A análise do contrato-programa em apreço faz emergir uma questão que cumpre apreciar e que se prende com a fundamentação legal invocada para a sua concretização.

Desde logo, foi chamado à colação a norma do artigo 25.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2009/M, de 31 de Dezembro, diploma que aprovou o Orçamento da Região Autónoma da Madeira para o ano de 2010, o qual, sob a epígrafe *Concessão de subsídios e outras formas de apoio*, determina o seguinte:

“1. Fica o Governo Regional autorizado a conceder subsídios e outras formas de apoio, a entidades públicas e privadas no âmbito das acções e projectos de desenvolvimento que visem a melhoria da qualidade de vida e tenham enquadramento no plano de desenvolvimento económico e social da Região Autónoma da Madeira, designadamente para:

- a) Construção de habitação social;*
- b) Reabilitação de bairros sociais;*
- c) Apoio à habitação para jovens.*

2. Fica ainda o Governo Regional autorizado a conceder subsídios e outras formas de apoio a acções e projectos de carácter sócio-económico, cultural, desportivo e religioso, que visem a salvaguarda das tradições, usos e costumes, o património regional ou a promoção da Região Autónoma da Madeira.”

Cumprido, em primeiro lugar, caracterizar aquilo que, para efeitos desta norma legal, se poderá enquadrar no conceito de *“subsídios e outras formas de apoio”*.

Em finanças públicas, e de um modo geral, o conceito de subsídio é utilizado para significar desembolsos por parte do Estado (em sentido amplo) que reflectem preocupações de natureza cultural, desportiva, económica, social através de atribuições pecuniárias unilaterais a favor de pessoas singulares ou colectivas sem que estas fiquem constituídas na obrigação de reembolso.

E, de entre os requisitos para a sua atribuição, sobressai que o auxílio do Estado ou de outras entidades infra-estaduais através de subsídios ou participações financeiras e



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

outras atribuições patrimoniais tem sempre presente o pressuposto da promoção do interesse público pela entidade beneficiária.

Ora, numa aproximação imediata, sempre se diria que a comparticipação financeira que agora se trata, tendo por escopo a prossecução do interesse público relacionado com o desenvolvimento do sistema de educação, seria subsumível na previsão do n.º 2 do citado artigo 25.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2009/M, de 31 de Dezembro.

Contudo, parece que isso não basta, impondo-se proceder também à análise deste auxílio no âmbito da relação contratual que lhe subjaz, o que, aliás, fez a própria administração regional quando invocou também como fundamento legal para a celebração do contrato-programa o n.º 3 da cláusula 9.ª do contrato de concessão.

A supra referida cláusula 9.ª do contrato de concessão celebrado em 1 de Setembro de 2010, entre a Região Autónoma da Madeira, através das Secretarias Regionais do Plano e Finanças e de Educação e Cultura, e o CELFF, S.A., no que concerne ao regime de financiamento, estabelece que:

“Um – A concessionária é responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao desenvolvimento de todas as actividades que integram o objecto do presente contrato, de forma a garantir o exacto e pontual cumprimento das suas obrigações.

Dois – Não são oponíveis ao concedente quaisquer excepções ou meios de defesa que resultem das relações contratuais estabelecidas pela concessionária nos termos do número anterior.

Três – A concessionária terá o direito de celebrar com a Região Autónoma da Madeira os contratos de financiamento ao abrigo do Fundo Social Europeu e/ou do Orçamento Regional que estejam previstos na lei e regulamentos em vigor para o apoio ao ensino e formação profissional privados.” (sublinhado nosso).

A cláusula invocada parece expressamente afastar a situação objecto do presente contrato-programa, designadamente a disposição do seu número **um**, que impõe ao concessionário a responsabilidade de assegurar os meios financeiros necessários para garantir o desenvolvimento das actividades que integram o objecto da concessão, que será o mesmo que dizer garantir “ (...) a viabilidade financeira e operacional da Escola e dos estabelecimentos de aplicação a ela associados (...)”, na expressão utilizada no contrato-programa sujeito a visto, quanto ao seu objecto.

E o que fica salvaguardado pelo número **três** são os financiamentos especificamente previstos em lei ou regulamentos para o ensino e formação profissional privados e que serão



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

33
[Handwritten signature and initials]

devidos em virtude desse facto, como será o caso, por exemplo, daqueles que se encontram consagrados no Decreto-Lei n.º 4/98, de 8 de Janeiro, e que estabelece o regime de criação, organização e funcionamento de escolas e cursos profissionais no âmbito do ensino não superior, em especial os elencados no seu artigo 19.º e seguintes.

O que faria deslocar a questão não para a norma invocada pela SREC para fundamentar legalmente a concessão da presente comparticipação financeira – o artigo 25.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2009/M, de 31 de Dezembro, mas sim para a disposição ínsita ao n.º 2 do artigo 26.º do mesmo diploma, que permite a concessão pelo Governo Regional de apoios financeiros “ao abrigo de legislação específica”.

Porém, outra razão de fundo existirá para que se considere a atribuição do subsídio em causa pouco clara e que se prende com o *iter* procedimental que conduziu à celebração do contrato de concessão de exploração da EPHTM. Senão, vejamos:

No âmbito do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, para a formação de contratos de concessão de serviços públicos deve ser adoptado, em alternativa, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação ou o procedimento de negociação, em cumprimento do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 31.º, salvo nos casos em que seja possível o ajuste directo [vide as alíneas d) e f) do n.º 1 do artigo 24.º e n.º 3 do mesmo artigo 31.º] ou o diálogo concorrencial (vide o artigo 30.º).

No caso, o procedimento eleito foi o concurso limitado por prévia qualificação, como já se deu por assente, e é possível inferir do caderno de encargos e do programa do procedimento patenteados e dos anúncios publicados.

O concurso limitado por prévia qualificação segue, no essencial, as regras do concurso público, mas é o único procedimento, dos consagrados no CCP, que permite avaliar a capacidade técnica e financeira dos candidatos, e num momento prévio ao da apresentação das propostas. Daí que este se desenrole em duas fases: a da apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos e a da apresentação e análise das propostas e posterior adjudicação, nos termos do artigo 163.º do CCP.

A fase de qualificação inserida neste procedimento pode assentar em dois modelos: o modelo simples (artigo 179.º) ou o modelo complexo (artigo 181.º). No modelo simples, são qualificados todos os candidatos que preenchem os requisitos mínimos de capacidade téc-



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

nica e capacidade financeira previsto no respectivo caderno de encargos. No modelo complexo de qualificação são qualificados os candidatos segundo o critério da maior capacidade técnica e financeira, não podendo estes ser de número inferior a cinco, salvo se os candidatos que preenchem aqueles requisitos mínimos sejam de número inferior.

A qualificação dos concorrentes de que aqui se fala passa então pela avaliação da sua capacidade técnica e financeira, devendo aquela reportar-se aos requisitos mínimos, adequados à natureza das prestações objecto do contrato a celebrar, e por recurso à descrição de situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos à actividade do candidato que estejam definidos no programa de concurso, tais com, a título de exemplo, a experiência curricular, os recursos humanos ou tecnológicos ao seu dispor, o seu modelo e capacidade organizacionais ou a sua capacidade de adopção de medidas de gestão ambiental, na decorrência do estipulado no artigo 165.º, n.º 1.

Já a capacidade financeira deverá reportar-se à aptidão estimada do concorrente para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários ao integral cumprimento do contrato, em obediência ao disposto no n.º 3 do mesmo artigo 165.º. No caso do modelo simples de qualificação, a capacidade financeira baseia-se, pelo menos, no requisito mínimo traduzido pela expressão matemática constante do anexo IV ao CCP (vide o n.º 2 do artigo 165.º), considerando-se, mas apenas no caso do modelo simples de qualificação, que equivale ao preenchimento deste requisito mínimo a apresentação da declaração bancária conforme modelo constante do anexo VI do CCP, por força da alínea a) do n.º 3 do artigo 179.º.

O CCP confere à entidade adjudicante a faculdade de optar que a qualificação dos candidatos seja efectuada apenas em função da capacidade técnica ou apenas em função da capacidade económica, mas somente quando o anúncio do concurso não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia (vide o n.º 5 do artigo 164.º).

Ora, na situação vertente, o concurso limitado por prévia qualificação com vista à concessão da exploração da EPHTM apresentava uma vocação internacional. Não obstante, a Secção II do programa do concurso determinava que a qualificação assentaria no modelo simples, e em função apenas da capacidade técnica dos candidatos na área da formação profissional em hotelaria, restauração e turismo, não tendo sido solicitados quaisquer requisitos relativos à respectiva capacidade económica.

Foram então exigidos os seguintes requisitos mínimos de capacidade técnica, conforme resulta do artigo 7.º do programa do concurso:



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

34
[Handwritten signature]
M

- ✓ Experiência curricular do candidato na área da formação profissional em hotelaria, restauração e turismo, e
- ✓ Experiência profissional dos administradores a propor para a gestão da EPHTM.

Por se considerar relevante o modo como a Região se dispôs a contratar para efeitos de análise da matéria que se cuida, destacam-se de seguida algumas das cláusulas do caderno de encargos pertinentes.

Desde logo, temos a cláusula 5.^a que engloba no objecto da concessão a cessão de exploração da EPHTM e as actividades de realização de cursos e acções de formação no sector da hotelaria e turismo, de exploração do Hotel de Aplicação, restaurante e bar, e o Centro Novas Oportunidades, e que a define como uma concessão do serviço público em regime de exclusivo relativamente às actividades integradas no seu objecto.

O n.º 1 da cláusula 6.^a, por sua vez, integra na mesma concessão os bens móveis e imóveis afectos à EPHTM e os direitos e obrigações destinados à realização do interesse público subjacente à celebração do contrato.

O regime do risco previsto na cláusula 8.^a, determina que o concessionário assume expressa, integral e exclusivamente a responsabilidade pelos riscos inerentes à concessão durante o prazo da sua duração ou eventual prorrogação, excepto quando o contrário resultar do próprio caderno de encargos ou do contrato, sendo que, em caso de dúvida sobre a limitação ou repartição do risco do concessionário, considera-se que corre integralmente por conta deste.

Quanto ao financiamento, a cláusula 9.^a manda que o concessionário seja responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao desenvolvimento de todas as actividades que integram o objecto do contrato, de forma a garantir o exacto e pontual cumprimento das suas obrigações, não sendo oponíveis ao concedente quaisquer excepções ou meios de defesa que resultem das relações contratuais estabelecidas pelo concessionário naqueles termos.

De acordo com a cláusula 10.^a, a concessão terá o prazo de duração de quinze anos a contar da data da assinatura do respectivo contrato, renovável sucessivamente por períodos de quinze anos, salvo denúncia por qualquer uma das partes com uma antecedência mínima



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

de seis meses relativamente ao fim do período inicial ou qualquer uma das suas renovações.

Em consonância com a cláusula 15.^a, o concessionário assume a obrigação do exercício da actividade lectiva, de acordo como calendário lectivo para os cursos de formação de dupla certificação estipulada pela SREC, e do exercício continuado e sem interrupções da exploração do Hotel de Aplicação.

A mesma cláusula veda ao concessionário a possibilidade de encerramento temporário ou definitivo da EPHTM, salvo casos devidamente justificados e como tal previamente autorizados por escrito pelo concedente.

Mais acresce que, na sua actuação, ao abrigo e nos limites do contrato, o concessionário intervirá no seu interesse e por sua conta e risco, obrigando-se a respeitar e a cumprir, no âmbito e nos termos dos protocolos assinados, os compromissos assumidos com terceiros pela EPHTM, bem como a terminar os cursos e acções de formação iniciados pela EPHTM.

Por força da cláusula 16.^a, o concessionário obriga-se, durante a vigência do contrato de concessão e a expensas suas, a manter o imóvel integrante da concessão em bom estado de conservação e perfeitas condições de utilização e de segurança, diligenciando para que o mesmo satisfaça plena e permanentemente o fim a que se destina.

As tarifas mínimas e máximas pela utilização dos serviços públicos pela utilização dos serviços públicos, designadamente propinas e taxas relativas aos alunos, constam de regulamento tarifário a propor pelo concessionário e a aprovar pelo concedente, nos termos previstos no contrato de concessão, e a fixação dos limites tarifários terá em conta a evolução normal e previsível dos custos produtivos, isto na decorrência do previsto na cláusula 22.^a.

Por último, a cláusula 31.^a determina que o concessionário deverá pagar anualmente ao concedente, pelo objecto do concurso, o valor da renda estabelecido na sua proposta, a saber, € 200 000,00.

É ao convite feito pela administração em determinados termos que o mercado irá responder, ou não manifestando interesse pelo negócio, ou, pelo contrário, apresentando propostas que se conformem com aquela vontade expressa.

Das cláusulas atrás destacadas decorre que houve uma transferência quase integral do risco do contrato para a concessionária, donde que a administração, em cumprimento, aliás,



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

35
[Handwritten signature]

dos ditames legais, deveria ter exigido especiais garantias no que concernia à demonstração da capacidade financeira dos candidatos. Mas não o fez, pelo que se não afigura adequado que venha agora invocar, conforme decorre do terceiro considerando do contrato-programa que “ (...) o suporte financeiro para o funcionamento de tais estabelecimentos não pode, numa fase inicial da concessão da exploração da EPHTM, ficar assegurado pela sua gestão corrente”, porquanto o regime de repartição do risco que teria de ser transposto para o contrato-programa deveria ser exactamente aquele que foi dado a conhecer publicamente, aquando da abertura do concurso limitado por prévia qualificação. E era isso que, efectivamente, reflectia o acordo a que chegaram as partes em 1 de Setembro de 2010.

O que a administração regional agora fez foi alterar, via contrato-programa, as condições previamente contratualizadas numa fase em que já não opera a concorrência. Daqui nasce a dúvida legítima que se prende com o facto de saber se caso esta intenção de possibilidade tivesse sido tornada pública não teria implicado uma alteração no universo de potenciais interessados, em princípio em benefício do interesse público. Tanto basta para que não esteja salvaguardado princípio da concorrência.

Não quer isto dizer que o contrato, uma vez celebrado, seja imutável. Com efeito, o CCP, no seu artigo 312.º, prevê expressamente essa possibilidade, desde que assente num dos seguintes fundamentos:

- ✓ Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que as exigências das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato;
- ✓ Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Todavia, a “ (...) modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato, nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”, conforme manda o artigo 313.º.

A administração regional, no caso, actuou em inobservância do disposto nas normas acabadas de invocar.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Como tão pouco teve em consideração o disposto no n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, diploma que aprova o regime jurídico da concorrência, quando preceitua que “Os auxílios a empresas concedidas por um Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado”.

Pelo exposto, resta concluir que o contrato-programa de cooperação financeira celebrado, em 29 de Dezembro de 2010, entre a Região Autónoma da Madeira, através da SREC, e o CELFF, S.A., é ilegal na medida em que contraria o disposto nos artigos 312.º e 313.º do CCP, bem como no n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, normas cuja natureza financeira, *in casu*, se afigura inquestionável.

Com efeito, a opção jurídica ínsita à outorga do contrato-programa *sub judice*, com o financiamento que tem subjacente, é censurável na medida em que negligencia o interesse público que as normas acima referenciadas pretendem proteger, e preenche os pressupostos de que depende o fundamento para a recusa de visto consagrado na parte final da alínea b) do n.º 3 da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

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-programa em apreço.

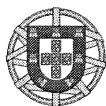
Prazo para a interposição do recurso: 15 dias contados da notificação da presente decisão, nos termos do n.º 1 do artigo 97.º, conjugado com o artigo 109.º, ambos da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

São devidos emolumentos, no montante de € 21,00.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 22 de Fevereiro de 2011.

O JUIZ CONSELHEIRO,

(Alberto Fernandes Brás)



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

A ASSESSORA,

Ana Mafalda Nobrey Affonso
(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

Alberto Miguel Faria Pestana
(Alberto Miguel Faria Pestana)

Fui presente,

Pl. **O Procurador-Geral Adjunto,**

João Luís Rodrigues Gonçalves
(João Luís Rodrigues Gonçalves)

