



ACÓRDÃO Nº 5 /13.MAR.2012 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 17/2011

(Processo nº 124/2010-SRMTTC)

DESCRITORES

1. Recurso de recusa de visto
2. Subsídio
3. Contrato de concessão
4. Excesso de pronúncia
5. Modificação de contrato público
6. Normas financeiras
7. Alteração do resultado financeiro

SUMÁRIO

1. Não há excesso de pronúncia no caso de o Tribunal de Contas se pronunciar sobre um contrato e seu processo de formação, quando nos fundamentos que habilitaram à sua celebração estão disposições constantes de outro contrato e, por essa via, se relacionem e analisem os dois contratos em causa.
2. A decisão a tomar sobre a conformidade legal de um contrato-programa celebrado entre uma entidade concedente e uma concessionária de um serviço público, visando a atribuição de um subsídio, não pode realizar-se sem consideração do que foi estabelecido no contrato de concessão e do quadro normativo em que decorreu o respetivo procedimento de formação.
3. Não é legalmente admissível a atribuição de um subsídio a um concessionário pelo concedente que não estivesse expressamente previsto nos documentos do procedimento de formação do contrato de concessão e depois nas cláusulas deste, exceto quando a atribuição de tal subsídio respeite os fundamentos fixados no artigo 312º e os limites estabelecidos no artigo 313º, ambos do CCP e o que se dispõe no n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.
4. As normas constantes dos artigos 312º e 313º do CCP têm ínsita uma natureza financeira na medida em que a fixação de fundamentos e limites claros para a modificação dos contratos públicos também têm como objetivo a sua estabilidade e a proteção dos recursos financeiros públicos. Por outro lado, a atribuição de subsídios não permitidos por lei, no contexto de execução de um contrato de concessão, configura uma alteração de resultados financeiros.



Tribunal de Contas

5. A violação de normas financeiras ou ilegalidade de que resulte alteração de resultado financeiro é fundamento de recusa de visto ao abrigo das alíneas b) e c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC.

Lisboa, 13 de março de 2012

O Juiz Conselheiro

(João Figueiredo)



ACÓRDÃO Nº 5 /13.MAR.2012 – 1ª S/PL

Recurso Ordinário nº 17/2011

(Processo nº 124/2010-SRMTTC)

I – RELATÓRIO

1. O Governo Regional da Madeira, representado pela Secretaria Regional da Educação e Cultura (doravante também designada por SREC), notificada da Decisão nº 3/FP/2011, de 13 de outubro de 2011, da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, que recusou o visto ao contrato-programa de cooperação financeira celebrado, em 29 de Dezembro de 2010, com o CELFF – Centro de Estudos, Línguas e Formação do Funchal, S.A., no montante de € 1.141.000,00, dela veio interpor recurso.
2. A decisão recorrida procedeu à recusa de visto ao contrato-programa, com base na alínea b) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC¹, explicitando, no essencial, os seguintes fundamentos:
 - a) *“Nos termos da cláusula primeira do contrato-programa (...) este visa a definição do processo de cooperação financeira entre as partes outorgantes (...) “a fim de garantir, transitoriamente, a viabilidade financeira e operacional da Escola e dos estabelecimentos de aplicação a ela associados, a saber, os respectivos Hotel, restaurante e o Bar (...)”;*
 - b) *“[A] SREC celebrou o contrato-programa (...) 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;*
 - c) O contrato-programa insere-se na execução de um contrato de concessão, celebrado entre as mesmas partes, que teve como objeto *“a cessão de exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira*

¹ Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas: Lei nº 98/97, de 26 de agosto, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 87-B/98, de 31 de dezembro, 1/2001, de 4 de janeiro, 55-B/2004, de 30 de dezembro, 48/2006, de 29 de agosto, 35/2007, de 13 de agosto, 3-B/2010, de 28 de abril, 61/2011, de 7 de dezembro e 2/2012, de 6 de janeiro.



- (EPHTM), por um período de quinze anos, prorrogável por iguais períodos”, nela se incluindo “a realização de cursos e acções de formação no sector da hotelaria e turismo, [a] exploração do Hotel de Aplicação, restaurante e bar e [o] Centro Novas Oportunidades”;
- d) O contrato de concessão foi formado mediante concurso limitado por prévia qualificação, com publicação no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira e no JOUE;
- e) O caderno de encargos deste concurso estabeleceu, designadamente, que:
- i. “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”;
 - ii. “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”;
 - iii. “[O] concessionário deverá pagar anualmente ao concedente, pelo objecto do concurso, o valor da renda estabelecido na sua proposta, a saber, € 200 000,00”;
- f) “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, 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;



- g) *“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”;*
- h) *“Não quer isto dizer que o contrato, uma vez celebrado, seja imutável. Com efeito, o CCP², 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.*
- i) *“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”;*
- j) *“A administração regional, no caso, actuou em inobservância do disposto nas normas acabadas de invocar. 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”;*
- k) *”Pelo exposto, resta concluir que o contrato-programa (...) 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”;*

² Código dos Contratos Públicos aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março e alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.ºs 223/2008, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, e pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro.



- l) *“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”.*
3. A SREC, na sua petição, que aqui se dá como integralmente reproduzida, requer que se dê provimento ao recurso e se revogue a decisão recorrida, formulando as seguintes conclusões:

1. *A douta decisão recorrida mistura duas realidades distintas, que não se confundem, constituídas pelo “Contrato de Concessão de Exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira”, por um lado e pelo “Contrato-programa” submetido a fiscalização prévia, por outro.*
2. *A decisão recorrida reconhece, de forma expressa, que o “Contrato-programa” tem fundamento legal válido no disposto no art. 25º do D.L.R. nº 34/2009, de 31 de Dezembro, no entanto, desloca incompreensível e ilegalmente o objecto da apreciação para a sua compatibilidade com o anteriormente celebrado “Contrato de Concessão de Exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira”.*
3. *A decisão sob recurso incorre, assim, em excesso de pronúncia, quando elege como padrão da regularidade do “Contrato-programa”, não a lei, mas o “Contrato de Concessão de Exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira”, o que extravasa, claramente, o âmbito legal da fiscalização prévia definido no art. 44.º, n.º 1, da Lei n.º 97/98, incorrendo em nulidade por excesso de pronúncia, nos termos do art. 668º, n.º 1, al. d) parte final do CPC, ex vi do art. 80º da Lei n.º 97/98.*
4. *Em todo o caso, a decisão recorrida faz ainda uma interpretação errónea do disposto na cláusula 9ª nº1 daquele contrato de concessão, já que o que decorre daquela disposição é, sobretudo que, a partir da outorga da concessão, tem de ser o concessionário a desencadear os procedimentos necessários à obtenção de financiamentos, mas dali não pode retirar-se uma proibição absoluta de este poder beneficiar de apoio financeiro regional noutra sede, o que seria ilegal e envolveria uma discriminação e teria por efeito uma “capitis diminutio” que a concedente não podia impor.*
5. *Como faz ainda a decisão recorrida errada interpretação do nº 3 da mesma cláusula do “Contrato de Concessão”, sem correspondência com*



a sua redacção, já que, ao contrário do que vem sustentado, ali não se exige que a lei ou regulamento, onde está previsto o financiamento indique, especificamente, como objecto, o ensino e a formação profissional privados bastando, como é óbvio, que tal objecto seja passível de enquadramento na respectiva previsão legal ou regulamentar.

6. Ao contrário do que decidiu a decisão recorrida, se o contrato-programa submetido a visto do Tribunal de Contas, onde se prevê o financiamento de actividades de ensino e formação profissional, tem fundamento em diploma legal, como ali se reconhece, é evidente que tem de considerar-se que o mesmo está salvaguardado pela cláusula 9ª, nº 3 do contrato de concessão.
7. De modo que inexistente fundamento para considerar que a Cláusula 9ª do “Contrato de Concessão” afastaria a viabilidade legal do “Contrato-programa” submetido a visto.
8. A decisão recorrida envereda uma análise ao procedimento de formação do “Contrato de Concessão” que, salvo o devido respeito, se mostra descabida, já que tal configura uma relação jurídica distinta, que está fora do objecto da fiscalização prévia em causa nos autos.
9. Uma coisa é a relação jurídica de concessão da exploração da Escola Hoteleira, titulada pelo respectivo contrato e outra, distinta, é a atribuição de um financiamento, por contrato-programa, que encontra uma previsão legal, própria e habilitante, no art. 25º, nº 2 do D.L.R. no 35/2009/M, de 31 de Dezembro, tendo andado mal a decisão recorrida ao considerar que este consubstanciava uma alteração àquele.
10. E ainda pior quando considerou que tal alteração se mostraria ilegal por violação do princípio da concorrência e dos artigos 312º e 313º do CCP.
11. A possibilidade de acesso a financiamento por “contrato programa” fora do âmbito da “concessão” não só encontra fundamento em lei geral e abstracta (D.L.R. no 35/2009/M, de 31 de Dezembro), como foi publicitada com a Resolução nº 1504/2009, de 16 de Dezembro, que determinou a abertura do concurso.
12. Daqui resulta que, em nenhuma circunstância, poderá proceder o argumento plasmado na decisão recorrida de que estaria em causa uma alteração ilícita ao contrato de concessão em fase em que já não opera a concorrência, nem, muito menos, é legítima a dúvida suscitada sobre se tal suposta alteração tivesse sido publicitada, poderia ser alterado o universo de concorrentes.



13. *A decisão recorrida não invoca um único fundamento para sustentar a violação do art. 13º da Lei nº 18/2003 que imputa ao contrato submetido a visto.*
14. *O que se compreende, já que aquele preceito exige não só uma restrição ou afectação efectiva da concorrência, mas que tal ocorra de forma significativa, o que, além de não ter sido demonstrado na decisão recorrida, não ocorre, de todo, no caso dos autos, já que o estabelecimento de ensino explorado pelo CELFF, S.A., é a única Escola Hoteleira na RAM, inexistindo, no mercado regional, qualquer outro agente económico que pudesse ser afectado.*
15. *Acresce que aquele preceito tem de ser interpretado de forma sistemática no quadro do respectivo regime, que inclui, igualmente, o seu nº 2, o que permite concluir que a RAM e Governo regional não são destinatários daquelas normas e que as mesmas configuram, essencialmente, normas de competência, atribuindo à Autoridade da Concorrência um poder, exclusivo e discricionário, para analisar os auxílios e formular recomendações ao Governo.*
16. *Sendo qualquer outra entidade, incluindo o Tribunal de Contas, materialmente incompetente para a apreciação da matéria.*
17. *As normas cuja violação é imputada ao contrato submetido a fiscalização prévia têm, na RAM, idêntica natureza e hierarquia à que constitui o fundamento legal do contrato programa, prevista no D.L.R. nº 35/2009/M, de 31 de Dezembro, não podendo, como tal, sustentar-se, como faz a decisão recorrida, que em rigor haja desrespeito pelas mesmas, mas apenas campos de aplicação distintos.*
18. *Por último, as normas previstas nos artigos 312º e 313º do CPP e 13º da Lei nº 18/2003, não têm, ao contrário do que decidiu a decisão recorrida, natureza financeira, inexistindo, como tal fundamento para a recusa do visto ao abrigo da parte final da alínea c) do nº3 do art. 44º da Lei nº 97/98.*
19. *Caso não se considerasse os argumentos expendidos, atentas as circunstâncias específicas do caso sub judice e a inexistência de recomendações anteriores sobre a matéria sempre se impunha a concessão do visto acompanhada de recomendação, nos termos previstos no nº 4 do art. 44º da Lei nº 97/98.*
20. *A decisão recorrida faz errada aplicação dos artigos 312º e 313º do CCP, que não são aplicáveis, interpreta de forma errónea o disposto no art. 13º da Lei nº 18/2003 bem como o art. 44º, nº3, alínea c) da Lei nº 97/98, violando todos eles.”*



4. O Ministério Público pronunciou-se pela improcedência do recurso, em bem fundamentado parecer.
5. Foram colhidos os vistos legais.

II – FUNDAMENTAÇÃO

6. No recurso interposto não foi impugnada a matéria de facto elencada na decisão recorrida. Dá-se pois por assente tal matéria. Contudo, importa retomar a que é mais relevante para melhor compreensão da presente decisão.
7. A seguinte:
 - a) O contrato-programa consagra a cooperação financeira entre as partes outorgantes a fim de garantir, transitoriamente, a viabilidade financeira e operacional da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira e os estabelecimentos de aplicação associados, nomeadamente o Hotel, restaurante e Bar;
 - b) Tal cooperação traduz-se numa comparticipação financeira no montante de € 1.141.000,00;
 - c) O contrato-programa foi celebrado ao abrigo do **artigo 25.º** do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2009/M, de 31 de Dezembro, da **Resolução** do Conselho do Governo n.º 1557/2010, de 13 de Dezembro, e do n.º 3 da **cláusula 9.ª** do contrato de concessão, celebrado em 1 de setembro de 2010, pelo qual foi atribuída ao CELFF – Centro de Estudos, Línguas e Formação do Funchal, S.A. a cessão de exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira;
 - d) O **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.*”
- e) A **Resolução** do Conselho do Governo n.º 1557/2010, de 13 de Dezembro, autorizou “*a celebração de um contrato-programa entre a Secretaria Regional de Educação e Cultura e a empresa CELFF - Centro de Estudos, Línguas e Formação do Funchal, S.A., tendo em vista a viabilização dos estabelecimentos de aplicação da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo no tocante ao cumprimento das obrigações assumidas pela Região Autónoma da Madeira, e que não estejam abrangidas por financiamentos proporcionados pelo Fundo Social Europeu*” visando conceder àquela empresa “*uma participação financeira que não poderá ultrapassar o montante máximo de 1.141.000,00 (um milhão, cento e quarenta e um mil euros)*”, ao abrigo do disposto no artigo 25.º, do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2009/M, de 31 de Dezembro, e do n.º 3 da cláusula nona do contrato de concessão;
- f) A **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”;
- g) A cláusula 8.ª do mesmo contrato de concessão estabelecia:
“*Um - 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*



resulte do presente contrato e demais documentos contratualmente integrados.

Dois - Em caso de dúvida sobre a limitação ou repartição do risco da concessionária, considera-se que o risco corre integralmente por conta deste”;

- h) O contrato de concessão foi formado mediante concurso limitado por prévia qualificação, com publicação no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira e no JOUE;
 - i) As cláusulas 8ª e 9ª do contrato correspondem ao que se estabeleceu nas cláusulas 8ª e 9ª do caderno de encargos do concurso público internacional.
8. A petição de recurso começa por impugnar a decisão recorrida considerando ter incorrido *“em excesso de pronúncia, quando elege como padrão da regularidade do “Contrato-programa”, não a lei, mas o “Contrato de Concessão de Exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira”, o que extravasa, claramente, o âmbito legal da fiscalização prévia definido no art. 44.º, n.º 1, da Lei n.º 97/98, ”* considerando pois que a decisão é nula, nos termos do artigo 668º, n.º 1, alínea d), parte final, do Código do Processo Civil, por força do disposto no artigo 80º da LOPTC.

Vejamos esta primeira questão exposta pela recorrente.

9. A decisão incidiu claramente sobre o conteúdo do contrato-programa e sobre o seu processo de formação.

E é o contrato-programa sub judicio que expressamente refere que é celebrado ao abrigo do n.º 3 da cláusula 9.ª do contrato de concessão.

Isto é: é o próprio contrato-programa que explicita como um dos seus fundamentos para a sua formação e celebração uma disposição constante no contrato de concessão.

Mas mesmo que não o fizesse é incontestável que a matéria do contrato-programa insere-se claramente no âmbito da execução da concessão que aquele outro contrato disciplina.

Seria absolutamente incompreensível que na apreciação do contrato-programa este Tribunal estivesse impedido de ponderar sobre as conexões que o próprio texto contratual estabelece. E mesmo que o texto não o fizesse, mal andaria a jurisdição financeira se, na análise de um instrumento contratual, se demitisse de



ponderar a sua relação com outros instrumentos contratuais em cujo âmbito de execução inquestionavelmente se insere.

Aceitar a argumentação da recorrente nesta matéria seria uma rendição a um formalismo excessivo e o abandono da procura da verdade substancial e da afirmação do Direito. Seria no fundo não fazer Justiça.

Não procede pois o alegado: não existiu excesso de pronúncia e, por esse motivo, não se pode concluir que a decisão recorrida está ferida de nulidade.

10. Refere ainda a recorrente que a decisão recorrida *“reconhece, de forma expressa, que o “Contrato-programa” tem fundamento legal válido no disposto no art. 25.º do D.L.R. n.º 34/2009, de 31 de Dezembro”*.

Deve afirmar-se que não é isso que, em rigor, se diz na decisão em causa. O que nela se refere é que *“numa aproximação imediata, sempre se diria que a participação financeira que agora se trata, tendo por escopo a prossecução do interesse público relacionado com o desenvolvimento do sistema de educação, seria subsumível³ na previsão do n.º 2 do citado artigo 25.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2009/M, de 31 de Dezembro”*.

Fala-se pois numa *“aproximação imediata”* que depois no desenvolvimento do texto decisório se vem a contrariar, não sendo, portanto, assim *“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”*.

11. **Improcedem pois as conclusões 1ª a 3ª, 8ª e 9ª - esta na parte em que defende a completa separação entre este contrato-programa e o contrato de concessão que lhe é conexo - da petição de recurso.**

Mas continuemos.

12. O contrato de concessão foi formado mediante concurso limitado por prévia qualificação, com publicação no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira e no JOUE.

Nos documentos de tal concurso – em particular no caderno de encargos – e com reflexo no texto contratual celebrado, estabeleceu-se que o concessionário

³ Negritos nossos.



assume expressa, integral e exclusivamente a responsabilidade pelos riscos inerentes à concessão durante o prazo da sua duração ou eventual prorrogação e é responsável pela obtenção dos financiamentos necessários de forma a garantir o exato e pontual cumprimento das suas obrigações.

Foi nesse quadro normativo que decorreu o concurso e se estabeleceram as relações entre concedente e concessionário.

Foi face àquele quadro normativo que se configurou o universo de interessados e de concorrentes candidatos à obtenção da concessão.

Foi com base nesse quadro normativo que se tomou a decisão de adjudicação.

E, finalmente, foi esse quadro normativo que se transpôs e bem para o texto contratual.

Note-se: o quadro normativo fixado vinculou e vincula o concessionário, mas também o concedente: a Região Autónoma da Madeira.

Não pode agora, depois de estabelecido o universo concorrencial em que se formou o contrato, e depois deste ter sido celebrado, subverter-se aquele quadro, exceto se para tal houver um claro suporte legal.

13. Face àquelas disposições normativas e contratuais está o concessionário – ou estaria qualquer interessado e concorrente para obtenção da concessão - impedido de recorrer a financiamentos públicos?

Não! Também o caderno de encargos previu – e o texto contratual depois consagrou na cláusula 9ª – que o concessionário poderia celebrar com a Região Autónoma da Madeira os contratos de financiamento ao abrigo do Fundo Social Europeu e/ou do Orçamento Regional consagrados na lei e regulamentos para o apoio ao ensino e formação profissional privados.

É natural que assim seja: tanto os fundos comunitários como os fundos próprios da Região podem prever recursos para apoio ao ensino e formação profissional (em geral, e não só no domínio da hotelaria) e, por isso, poderia o concessionário recorrer a eles, em concorrência, com os demais agentes sociais e económicos que desenvolvam esse tipo de atividades, sem qualquer “*capitis diminutio*” como refere a recorrente. E nesse recurso, teria pois de observar-se o que está estabelecido nas leis e regulamentos aplicáveis.



14. Mas é flagrante que o contrato-programa *sub judicio* não se enquadra nesse tipo de contratos de financiamento. O concessionário não concorreu a nenhum programa ou projeto ou ação previsto na legislação e regulamentação de fundos de financiamento. Nada no processo o indicia: quer na primeira instância, quer nesta de recurso.

Relembre-se que do texto do contrato-programa assinado resulta claramente que a comparticipação financeira se destina a “*garantir, transitoriamente, a viabilidade financeira e operacional da Escola e dos estabelecimentos de aplicação a ela associados*”. Em resumo: a “*garantir o cumprimento das atribuições da EPHTM*”. Isto é: destina-se a assegurar que a escola funcione, o que seria suposto acontecer por via da concessão, sem financiamento algum.

O que o presente contrato configura é simplesmente um subsídio, com aquelas finalidades, dado pela Região Autónoma que não se pode enquadrar no que se previu no caderno de encargos do concurso e no contrato.

Conclua-se pois: não pode considerar-se que este tipo de apoio financeiro estava previsto ser concedido ao concessionário. Nem este, nem qualquer outro interessado/concorrente à concessão o deveria prever e, celebrado o contrato, não o poderia solicitar, nem o concedente o poderia atribuir, face ao quadro normativo e contratual por eles próprios estabelecidos.

15. O apoio concedido não se enquadra pois na previsão da cláusula 9ª do contrato.

Não procedem pois as conclusões 4ª a 7ª da petição de recurso.

16. E de tal modo é assim que se veio ainda invocar para celebração do contrato-programa o artigo 25.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2009/M, de 31 de Dezembro, em que se autoriza o Governo Regional a conceder subsídios e outras formas de apoio a ações e projetos de carácter socioeconómico, cultural, desportivo e religioso, que visem a salvaguarda das tradições, usos e costumes, o património regional ou a promoção da Região Autónoma da Madeira.

E foi com base nessa disposição legal – e no n.º 3 da cláusula nona do contrato de concessão, que não podia ser invocado, como já se demonstrou - que o Conselho do Governo decidiu, mediante resolução, conceder à empresa concessionária uma comparticipação financeira no montante de 1.141.000,00 euros.

17. Pode o Governo Regional atribuir subsídios à formação profissional na área de hotelaria, com base naquela disposição legal? Indubitavelmente pode.



Tribunal de Contas

E é perfeitamente defensável dizer que a atividade da concessionária se insere no âmbito de aplicação daquela disposição legal.

Aliás, a redação adotada naquela disposição, de tão ampla que é na sua previsão, permite atribuir subsídios a qualquer atividade que se desenvolva na Região, se outros princípios e disposições normativas não existissem com impacto disciplinador nessa matéria.

18. Acontece que o presente subsídio tem direto impacto na execução do contrato de concessão celebrado; que tal tipo de subsídio não foi previsto no procedimento de formação desse contrato; que tal tipo de subsídio subverte a concessão atribuída; que se tal tipo de subsídio tivesse constado nas condições de formação do contrato de concessão o universo concorrencial teria sido outro⁴; que os resultados poderiam ter sido outros e mais favoráveis aos interesses financeiros públicos.

A questão da violação da concorrência não se centra no facto de a Escola Hoteleira em causa ser única na Região. Centra-se no facto de outros potenciais interessados à concessão poderem ter concorrido se estas novas condições financeiras que agora se criam com a atribuição do subsídio tivessem sido publicitadas antecipadamente. E centra-se ainda no facto de uma concreta empresa – a concessionária – obter, no quadro de uma concessão e com subversão das regras desta, um apoio financeiro, que outras empresas porventura existentes não recebem podendo afetar significativamente a concorrência.

E não se diga que no artigo 13º da Lei nº 18/2003 se estabelecem somente determinações à Autoridade da Concorrência. É patente que nele há claras determinações a todas as entidades públicas.

E não se diga também que está este Tribunal impedido de apreciar atos e contratos, no âmbito da fiscalização prévia, à luz daquela lei, quando esta estabelece o regime jurídico da concorrência e o princípio da concorrência é um dos basilares da contratação pública, como claramente se diz no artigo 1º do CCP e quando a LOPTC estabelece como finalidade da fiscalização prévia a verificação da conformidade de atos e contratos com as leis em vigor.

⁴ Em linguagem comum, dir-se-ia que depois de jogado o jogo da atribuição da concessão, se alteram as regras do jogo na sua execução. Poderão outros interessados na concessão afirmar agora: “Com subsídios assim, também nós poderíamos ser concessionários!” Ora, não pode ser.



É por estas razões que a decisão recorrida refere haver violação da concorrência, com a atribuição do subsídio.

E é por estas razões que pode e deve este Tribunal apreciar o contrato em causa à luz da legislação referida.

19. Pese embora a disposição legal invocada permita ao Governo Regional atribuir subsídios, este não o pode fazer nestas concretas circunstâncias, sob pena de violação clara de regras da formação dos contratos, da sua execução e dos princípios e regras da concorrência.

Não podia pois o Governo Regional, nestas concretas circunstâncias, atribuir um subsídio ao abrigo da referida disposição legal.

Improcedem pois as conclusões 9ª – na parte em que defende a sustentação do contrato-programa no artigo 25º do decreto legislativo regional referido – e 11ª a 17ª da petição de recurso.

20. Como se reconheceu na decisão recorrida a atribuição do subsídio – que se traduz efetivamente numa alteração do contrato de concessão celebrado – poderia fundar-se no disposto nos artigos 312º e 313º do CCP.

Acontece que os pressupostos neles fixados para a alteração de contrato celebrado não se verificam no caso e os limites previstos estão claramente ultrapassados.

Esta conclusão retira-se da mera leitura daquelas disposições legais e da sua aplicação aos factos.

Teve pois razão a decisão recorrida em considerar que aquelas disposições legais se encontram violadas.

Não procede pois a conclusão 10ª da petição de recurso.

21. Considerou a decisão recorrida que as normas constantes dos artigos 312º e 313º do CCP têm natureza financeira.

Contestou tal qualificação a entidade recorrente.



As regras da contratação pública têm uma multiplicidade de finalidades. Se muitas das disposições têm estritas finalidades de disciplina procedimental, outras visam o igual tratamento dos interesses particulares, outras ainda a proteção da concorrência e o seu funcionamento dos mercados, outras, por fim, visam a proteção dos interesses financeiros públicos, nomeadamente criando condições para a obtenção das melhores propostas para a satisfação das necessidades coletivas.

Com estas concretas disposições – as constantes dos artigos 312º e 313º - visa-se a proteção de muitos aqueles valores. Mas é indubitável que a fixação de fundamentos e limites claros para a modificação dos contratos públicos também têm como objetivo a sua estabilidade e a sua preservação, e a proteção de interesses públicos financeiros. Têm pois tais normas ínsita uma natureza financeira.

Não procedem pois as conclusões 18ª a 20ª da petição de recurso.

22. Mas refira-se o seguinte: mesmo que se conteste tal natureza financeira, é frontalmente claro que a atribuição do subsídio agora em causa, feito com violação das disposições legais bastamente referidas, altera o resultado financeiro obtido no contrato de concessão, em cuja execução este contrato-programa inquestionavelmente se insere.

Assim, deve considerar-se que as ilegalidades detetadas se enquadram também no disposto na alínea c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC.

23. Subscrive-se pois, nos seus aspetos essenciais, a Decisão tomada pela Secção Regional da Madeira deste Tribunal e da qual se recorreu.

III – DECISÃO

24. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes, em plenário da 1ª Secção, em confirmar a decisão recorrida, julgar improcedente o recurso e manter a recusa de visto ao contrato, ao abrigo do disposto nas alíneas b) e c) do nº 3 do artigo 44º da LOPTC.



Tribunal de Contas

25. São devidos emolumentos nos termos da alínea b) do nº1 e do nº 2 do artigo 16º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas⁵.

Lisboa, 13 de março de 2012

Os Juízes Conselheiros,

(João Figueiredo - Relator)

(Helena Abreu Lopes)

(Manuel Mota Botelho)

O Procurador-Geral Adjunto,

(José Vicente)

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei nº 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei nº 3-B/00, de 4 de abril.