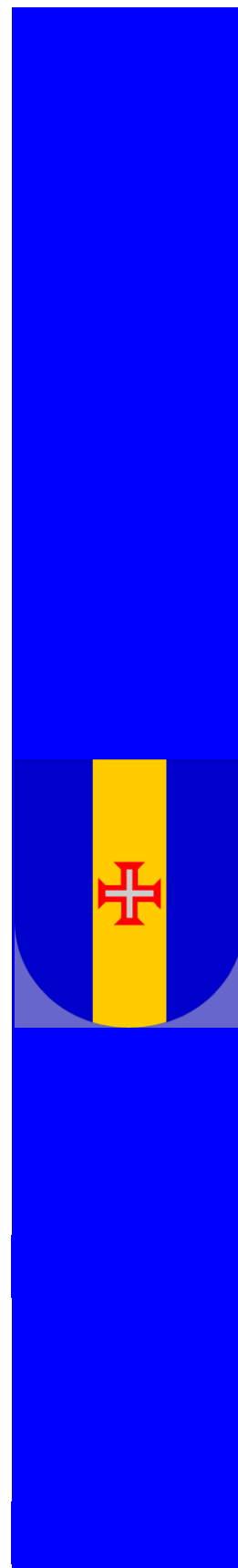




[Handwritten signature]



Relatório n.º 15/2016-FC/SRMTC

Auditoria de fiscalização concomitante ao contrato de concessão de exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira

Processo n.º 04/15 – Aud/FC

Funchal, 2016



Tribunal de Contas
Secção Regional da Madeira

PROCESSO N.º 04/15-AUD/FC

**Auditoria de fiscalização concomitante ao contrato
de concessão de exploração da Escola Profissional
de Hotelaria e Turismo da Madeira**

**RELATÓRIO N.º 15/2016-FC/SRMTC
SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS**

Outubro/2016



ÍNDICE

ÍNDICE	1
RELAÇÃO DE SIGLAS E ABREVIATURAS	2
FICHA TÉCNICA	2
1. SUMÁRIO.....	3
1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	3
1.2. OBSERVAÇÕES.....	3
1.3. RECOMENDAÇÕES.....	5
2. CARATERIZAÇÃO DA AÇÃO	7
2.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS	7
2.2. METODOLOGIA E TÉCNICAS DE AUDITORIA.....	8
2.3. ENQUADRAMENTO LEGAL E ORGANIZACIONAL	9
2.3.1. A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ÂMBITO DO CCP.....	9
2.3.2. ENQUADRAMENTO ORGANIZACIONAL.....	10
2.3.2.1. Estrutura organizacional relevante da SRETC, da SRE e da SRF	10
2.3.2.2. Da Escola de Hotelaria e Turismo da Madeira à EPHTM	11
2.4. RELAÇÃO NOMINAL DOS RESPONSÁVEIS.....	13
2.5. CONDICIONANTES E GRAU DE COLABORAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS	13
2.6. AUDIÇÃO DOS RESPONSÁVEIS	14
3. RESULTADOS DA ANÁLISE.....	17
3.1. O CONTRATO DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DA EPHTM	17
3.2. DESCRIÇÃO DOS FACTOS RELEVANTES	21
3.2.1. IRREGULARIDADES DETETADAS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO DE FORMAÇÃO DO CONTRATO	21
3.2.1.1. Da incompetência do Secretário Regional da Educação	21
3.2.1.2. Da inexistência do código de exploração	24
3.2.1.3. Da não nomeação do júri do procedimento	25
3.2.1.4. Das irregularidades na fixação de requisitos de capacidade financeira e técnica dos candidatos	26
3.2.1.5. Da insuficiente fundamentação do relatório preliminar da fase de qualificação	31
3.2.1.6. Da incorreta formulação do modelo de avaliação das propostas	32
3.2.1.7. Da admissão indevida da proposta do CELFF.....	36
3.3. A EXECUÇÃO MATERIAL DO CONTRATO.....	40
3.4. A EXECUÇÃO FINANCEIRA DO CONTRATO.....	44
3.4.1. O NÃO PAGAMENTO DAS RENDAS DEVIDAS PELO CELFF	44
3.4.2. O FINANCIAMENTO DO CELFF	48
3.5. APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO.....	50
4. EMOLUMENTOS.....	60
5. DETERMINAÇÕES FINAIS.....	61
ANEXOS	63
I – ESTRUTURA ORGANIZACIONAL RELEVANTE DA SRETC, DA SRE E DA SRF	65
II – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DA EPHTM.....	69
III – O ACORDO DE PAGAMENTO.....	75
IV – NOTA DE EMOLUMENTOS	77

RELAÇÃO DE SIGLAS E ABREVIATURAS

SIGLA	DESIGNAÇÃO
CCP	Código dos Contratos Públicos
CELFF	CELFF – CENTRO DE ESTUDOS, LÍNGUAS E FORMAÇÃO DO FUNCHAL, S.A.
CGR	Conselho do Governo Regional
CNO	Centro de Novas Oportunidades
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DLR	Decreto Legislativo Regional
DR	Diário da República
DRPA	Direção Regional do Património
DRPaGeSP	Direção Regional do Património e de Gestão dos Serviços Partilhados
DRQP	Direção Regional de Qualificação Profissional
DRR	Decreto Regulamentar Regional
EHTM	Escola de Hotelaria e Turismo da Madeira
EPARAM	Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma da Madeira
EPHTM	Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira
FC	Fiscalização Concomitante
FSE	Fundo Social Europeu
GR	Governo Regional
HA	Hotel de Aplicação
IA	Internato de alunos
IAS	Indexante de apoios sociais
JC	Juiz(iza) Conselheiro(a)
JORAM	Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira
LAE	Linhas de Ação Estratégica
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
OE	Objetivo Estratégico
PG	Plenário-Geral
PPA	Pasta do Processo da Auditoria
RAM	Região Autónoma da Madeira
REQM	Restaurante-escola da Quinta Magnólia
SRE	Secretaria Regional da Educação
SREC	Secretaria Regional da Educação e Cultura
SRERH	Secretaria Regional da Educação e Recursos Humanos
SRETC	Secretaria Regional da Economia, Turismo e Cultura
SRF	Secretaria Regional das Finanças
SRMTC	Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas
SRPF	Secretaria Regional do Plano e Finanças
SRT	Secretaria Regional da Cultura, Turismo e Transportes
TC	Tribunal de Contas
UAT	Unidade de apoio técnico
UC	Unidade(s) de conta

FICHA TÉCNICA

SUPERVISÃO	
Miguel Pestana	Auditor-Coordenador
EQUIPA DE AUDITORIA	
Alexandra Moura	Auditora-Chefe
Sara Dantas	Inspetora



1. SUMÁRIO

1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O presente documento integra os resultados da auditoria orientada incidente sobre a formação e a execução material e financeira do contrato de concessão de exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira (EPHTM)¹, tal como previsto no programa de fiscalização da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas (SRMTC) de 2015.

O aludido contrato foi formalizado, a 1 de setembro de 2010, entre a Região Autónoma da Madeira (RAM), através das então designadas Secretarias Regionais do Plano e Finanças (SRPF) e da Educação e Cultura (SREC), e a sociedade “*CELFF – CENTRO DE ESTUDOS, LÍNGUAS E FORMAÇÃO DO FUNCHAL, S.A.*” (CELFF), pelo prazo de 15 anos, na sequência de um concurso limitado por prévia qualificação de âmbito comunitário.

1.2. OBSERVAÇÕES

Com base na análise efetuada no âmbito da presente auditoria expõem-se as seguintes observações que evidenciam, de forma sintética e sem prejuízo do ulterior desenvolvimento conferido a cada uma delas, a matéria exposta ao longo deste documento:

1. O procedimento lançado com vista à adjudicação da concessão da exploração da EPHTM foi pontuado por irregularidades que implicaram a ilegalidade da adjudicação do contrato em referência e, por consequência, do correlativo título contratual:
 - a) O Secretário Regional de Educação e Cultura praticou atos administrativos sobre matérias que se encontravam legalmente cometidas à RAM, a exercer pelo Conselho do Governo Regional (CGR), sem que lhe tivessem sido expressamente delegadas competências para tal² (cfr. o ponto **3.2.1.1.**).
 - b) Não foi nomeado júri para conduzir o procedimento pré-contratual pelo órgão competente para a decisão de contratar, em contradição com o ordenado pelo n.º 1 do art.º 67.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) (cfr. o ponto **3.2.1.3.**).
 - c) A entidade adjudicante não exigiu requisitos mínimos de capacidade financeira aos candidatos, tal como dita o n.º 5 do art.º 164.º do CCP, *a contrario* (cfr. o ponto **3.2.1.4.**).
 - d) Os requisitos mínimos de capacidade técnica fixados no programa do procedimento eram inadequados face à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, o que desrespeita o estatuído no n.º 1 do art.º 165.º do CCP (cfr. o ponto **3.2.1.4.**).
 - e) Os documentos solicitados para comprovação da capacidade técnica dos candidatos não se mostraram idóneos para esse efeito, pondo em causa o vertido nos art.ºs 165.º, n.º 1, e 168.º do CCP (cfr. o ponto **3.2.1.4.**).
 - f) O modelo de avaliação das propostas foi incorretamente formulado, comportando escalas organizadas grosseiramente com intervalos desproporcionados que não permitia a diferenciação e a graduação devidas, o que afronta o regime delineado nos art.ºs 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, e 164.º, n.º 1, al. q), do CCP (cfr. o ponto **3.2.1.6.**).
 - g) A proposta do CELFF foi admitida indevidamente porquanto encerrava condições contrárias a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência relativamente ao modo de financiamento da concessionária, e o plano de formação profissional, a que correspondia um dos

¹ Vide o CD, folha 203, da Pasta do Processo da Auditoria (PPA).

² Mostrando-se, com isso, violadas as normas do art.º 40.º, n.º 2, articulado com a al. c) do n.º 1 do mesmo artigo, dos art.ºs 186.º, n.º 4, 187.º, n.º 1, e 148.º, n.º 4, aplicável *ex vi* do n.º 1 do art.º 162.º, e 98.º, n.º 1, concatenados com o n.º 2 do art.º 36.º, todos do Código dos Contratos Públicos.

atributos, não satisfazia o que era pretendido pela entidade adjudicante nessa matéria (cfr. o ponto **3.2.1.7.**).

2. O caderno de encargos não integrou o código de exploração com indicação dos direitos e das obrigações das partes relativas à exploração, contrariando o preceituado no art.º 44.º do CCP (cfr. o ponto **3.2.1.2.**).
3. O relatório preliminar da fase de qualificação, por não evidenciar a fundamentação subjacente à deliberação aí vertida, não se compagina com as normas dos art.ºs 184.º, n.º 1, do CCP, e 123.º, n.º 1, al. d), e 125.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) (cfr. o ponto **3.2.1.5.**).
4. A execução material do contrato não foi devidamente acompanhada e controlada³ impedindo a avaliação da qualidade dos serviços prestados e, conseqüentemente, do grau de satisfação do interesse público subjacente à concessão (cfr. o ponto **3.3.**).
5. A cláusula 34.^a do contrato de concessão que impunha o pagamento ao concedente, a título de renda, de um montante anual de 200 mil euros, proposto pela concessionária, a pagar em prestações mensais no valor de 16 667,00€, só foi cumprida relativamente aos últimos quatro meses de 2010, correspondente a um total de 66 666,69€ (cfr. o ponto **3.4.1.**).
6. A RAM não recorreu aos instrumentos contemplados no CCP e no contrato de concessão para acautelar o exato e pontual cumprimento do pagamento das rendas devidas, com exceção da execução da garantia bancária no valor de 90 000,00€, o que conduziu à não arrecadação de receitas desde janeiro de 2011, acrescida dos juros legalmente aplicáveis, situação que nem o *Acordo de pagamentos* firmado com a concessionária a 10 de janeiro de 2014 foi capaz de pôr cobro (cfr. o ponto **3.4.1.**).
7. A Região só veio a reclamar o valor em dívida através de pedido reconvenicional, deduzido aquando da apresentação da contestação no processo judicial instaurado pelo CELFF contra a RAM no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, a 9 de outubro de 2015, que visa a reposição do equilíbrio financeiro do contrato de concessão através da extinção da obrigação de pagamento da renda relativa aos quatro primeiros anos letivos de duração da concessão e da devolução pela RAM das quantias já pagas a título da renda da concessão (cfr. o ponto **3.4.1.**).
8. A concessionária beneficiou de dinheiros públicos até ao final de 2015, na ordem dos 13 940 185,68€, por conta de transferências atribuídas pelo Fundo Social Europeu a fim de participar dezoito projetos, valor que representa uma taxa de execução de 60,51% do total previsto para esse efeito, orçado em 23 038 982,74€ (cfr. o ponto **3.4.2.**).
9. Em 2014 o CGR autorizou o financiamento, pelo orçamento regional, de três projetos da autoria do CELFF com vista ao desenvolvimento e cooperação no âmbito da promoção e animação turísticas, no valor máximo de 70 mil euros (cfr. o ponto **3.4.2.**).
10. Os factos descritos e sintetizados nas antecedentes als. a), c), d), e), f) e g) do n.º 1 só passaram a consubstanciar infrações geradoras de responsabilidade financeira sancionatória por força da sétima alteração à Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁴, introduzida pela Lei n.º 61/2011, de 7 de dezembro⁵, sendo enquadráveis na previsão normativa da al. l) do n.º 1 do art.º 65.º, articulada com o n.º 2 da mesma disposição, que consagra a possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas (TC), dentro dos limites quantitativos aí fixados, quando esteja em causa a “[v]iolação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública (...)” (cfr. o ponto **3.2.**).

³ Quer via documental, quer através de ações de fiscalização *in loco* ou mediante peritagem.

⁴ Aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

⁵ Posteriormente alterada pelas Leis n.ºs 2/2012, de 6 de janeiro, e 20/2015, de 9 de março.



1.3. RECOMENDAÇÕES

No contexto da matéria explanada no relatório e resumida nas observações da auditoria, o TC recomenda:

1. À Secretaria Regional da Educação (SRE) que, sempre que optar pelo concurso limitado por prévia qualificação com vista a outorga de contratos de concessão de exploração de bens do domínio público, cumpra, de forma estrita, as normas do CCP que enformam e disciplinam este procedimento adjudicatório, com destaque para as que:
 - a) Aferem a competência do órgão competente para a decisão de contratar;
 - b) Regulam a nomeação do júri para conduzir o procedimento pré-contratual;
 - c) Impõem requisitos mínimos de capacidade financeira aos candidatos;
 - d) Pressupõem a adequação dos requisitos mínimos de capacidade técnica fixados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e a solicitação de documentos idóneos para comprovação dessa mesma capacidade;
 - f) Condicionam a formulação do modelo de avaliação das propostas, quando opte pelo critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa, que não comporte escalas organizadas grosseiramente com intervalos desproporcionados que impeçam a diferenciação e a graduação devidas;
 - g) Enunciam as causas de exclusão das propostas, com a subsequente rejeição das que encerrem condições contrárias a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência;
 - h) Ordenam a integração, no caderno de encargos, de um código de exploração com indicação dos direitos e das obrigações das partes relativas à exploração, e
 - i) Exigem a fundamentação do relatório preliminar da fase de qualificação.
2. À Secretaria Regional da Economia, Turismo e Cultura (SRETC) que acompanhe e controle a execução material do contrato objeto da presente auditoria, de forma a avaliar a qualidade dos serviços prestados mediante o exercício pleno das competências de fiscalização que lhe estão legal e contratualmente conferidas, criando, por exemplo, a figura do “gestor” ou do “responsável” da concessão.
3. À Secretaria Regional das Finanças e da Administração Pública (SRF), também no domínio do contrato de concessão em apreço, que:
 - a) Acompanhe o pagamento, pela concessionária, da renda mensal de 16 667,00€ a que se encontra compelida pela respetiva cláusula 34.^a, e que,
 - b) Em caso de incumprimento, recorra aos instrumentos consagrados no texto da lei e do contrato para acautelar o exato e pontual pagamento das mesmas rendas.



2. CARATERIZAÇÃO DA AÇÃO

2.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS

A presente ação insere-se no âmbito da fiscalização concomitante exercida pelo TC, de acordo com o previsto no art.º 49.º, n.º 1, al. a), da LOPTC, e foi orientada para a apreciação da legalidade e regularidade da formação do contrato de concessão de exploração da EPHTM, bem como da respetiva execução material e financeira.

Caracterizando-se pelo seu âmbito genérico, a mesma insere-se no Objetivo Estratégico 1 (OE 01), que consiste em “Contribuir para a boa governação, a prestação de contas e a responsabilidade nas finanças públicas”, e na Linha de Ação Estratégica 1.2 (LAE 1.2), que se traduz em “Apreciar a sustentabilidade das finanças públicas e controlar o endividamento das administrações públicas (Central, Regional e Local) e dos setores empresariais públicos (Estadual, Regional e Local)”, conforme definidos no Plano de Ação do TC para o triénio 2014-2016⁶.

A sua seleção e inclusão no programa de fiscalização da SRMTC para 2015⁷ deu-se por força do facto de, em sede de verificação preliminar do processo^{8 9} relativo ao contrato-programa¹⁰, de cooperação financeira celebrado, em 29 de dezembro de 2010, entre a RAM, através da SREC, e o CELFF, no montante de 1 141 000,00€ com vista a garantir, transitoriamente, a viabilidade financeira e operacional da Escola e dos estabelecimentos de aplicação a ela associados, a que foi recusado o visto através da Decisão n.º 3/FP/2011¹¹, de 22 de fevereiro, terem sido suscitadas questões cuja cabal compreensão exigia o acompanhamento da execução material e financeira do contrato de concessão de exploração em causa (vd. ainda o ponto **3.1.1.**)

Para alcançar tal desiderato, a auditoria alicerçou-se na análise da legalidade e da regularidade do procedimento pré-contratual e no modo de acompanhamento e controlo da execução material e financeira do contrato selecionado.

O horizonte temporal da análise circunscreve-se aos factos praticados no período que medeia entre o início da formação do contrato [cfr. a Resolução n.º 1504/2009¹², tomada em plenário do CGR de 10 de dezembro] e dezembro de 2015¹³.

O plano da ação, as fases em que se decompõe, a calendarização e a constituição da equipa, foram aprovados pelo despacho da Juíza Conselheira da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, de 17 de setembro de 2015, exarado na Informação n.º 61/2015-UAT I, de 15 de setembro¹⁴, cuja recalendarização foi também aprovada pela Exma. Juíza Conselheira a 27 de outubro de 2015, conforme despacho exarado na Informação n.º 74/2015-UAT I, de 22 de outubro¹⁵.

⁶ Aprovado em sessão do PG do TC de 14 de outubro de 2013.

⁷ Aprovado através da Resolução n.º 2/2014-PG, publicada no Diário da República, II série, n.º 247, de 23 de dezembro, e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, II série, n.º 236, de 19 de dezembro.

⁸ A que foi atribuído o n.º 124/2010, vide o CD, folha 203 da PPA.

⁹ A realização da auditoria foi aprovada pelo Despacho do Juiz Conselheiro da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, de 17 de dezembro de 2013, exarado na Informação n.º 144/2013-UAT I, de 16 do mesmo mês (cfr. o CD, folha 203 da PPA).

¹⁰ Vide o CD, folha 203 da PPA.

¹¹ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

¹² Publicada no Jornal Oficial da RAM, I série, n.º 126, de 16 de dezembro (cfr. o CD, folha 203 da PPA).

¹³ Pese embora o contrato tenha um prazo de duração de 15 anos a contar da data da respetiva celebração (1 de setembro de 2010 a 31 de agosto de 2025).

¹⁴ Cfr. as folhas 1 a 9 da PPA, mais especificamente a folha 1.

¹⁵ Vide as folhas 28 e 29 da PPA, mais especificamente a folha 1.

2.2. METODOLOGIA E TÉCNICAS DE AUDITORIA

No desenrolar dos trabalhos da auditoria, que compreendeu as fases de planeamento, execução e elaboração do relato, foram acolhidos, com as adaptações impostas pelas especificidades inerentes à ação, os métodos e os procedimentos definidos no *Manual de Auditoria e de Procedimentos do Tribunal de Contas (Volume I)*¹⁶, tendo-se recorrido às seguintes técnicas:

- ✓ Solicitação à SRETC de elementos e esclarecimentos, por escrito, sobre o contrato em apreço, relativos à sua formação e execução material e financeira¹⁷;
- ✓ Pedido de outros elementos, por escrito, à SRETC, à SRF e à SRE que se afiguraram relevantes para o desenvolvimento da ação e de fotocópias de documentos para efeitos probatórios¹⁸;
- ✓ Análise jurídica e financeira dos dados apresentados pelas SRETC, SRF e SRE tendo por referência o contrato de concessão, bem como o estabelecido em todos os documentos que dele fazem parte integrante, o CCP¹⁹, adaptado à RAM pelo Decreto Legislativo Regional (DLR) n.º 34/2008/M, de 14 de agosto²⁰, e demais legislação aplicável²¹, a fim de aferir a sua fiabilidade e de verificar a respetiva legalidade e regularidade;

¹⁶ Aprovado pela Resolução n.º 2/99-2.ª Secção, de 28 de janeiro, e adotado pela SRMTC, através do Despacho Regulamentar n.º 1/01-JC/SRMTC, de 15 de novembro de 2001. Em tudo o que não estiver expressamente previsto neste Manual, atender-se-á às normas aprovadas no âmbito da União Europeia e da INTOSAI.

¹⁷ A coberto do ofício com a saída da SRMTC n.º 1675, de 18 de setembro (na sequência da Informação n.º 61/2015-UAT I, de 15 do mesmo mês) e as respostas da SRETC n.ºs 2.963, de 16 de outubro, e 3.495, de 12 de novembro de 2015, com entrada na SRMTC n.º 2532, de 16 de outubro, e 2794, de 12 de novembro, respetivamente (após os despachos de deferimento dos pedidos de prorrogação dos prazos, datados de 24 de setembro e 21 de outubro, solicitados através dos ofícios n.ºs 2.556, de 23 de setembro, e do já citado 2.963, com as entradas na SRMTC n.ºs 2263, de 23 de setembro, e 2532, exarados nas Informações n.ºs 67/2015-UAT I, de 23 de setembro, e 73/2015-UAT I, de 20 de outubro, e comunicados pelos ofícios da SRMTC n.ºs 1714, de 24 de setembro, e 1993, de 21 de outubro). A resposta da SRF, com a saída n.º 1.321, de 14 de outubro de 2015, deu entrada na SRMTC no dia seguinte, com o n.º 6.449, e a da SRE, com a saída n.º 5.128, de 15 de outubro, a 16 de outubro, com o n.º 6.554, cfr. as folhas 10 a 17, 1 a 9, 22 e 23, 30 a 132, 18, 19, 24 e 25, 20 e 21, e 26 e 27 da PPA.

¹⁸ Foram novamente solicitadas informações a coberto dos ofícios com as saídas da SRMTC n.ºs 247, 248 e 249, de 27 de janeiro de 2016 (na sequência da Informação n.º 19/2016-UAT I, de 26 de janeiro), e as respostas da SRETC n.º 477, de 3 de fevereiro (e entrada na SRMTC n.º 306, de 4 do mesmo mês, após informação, via email, registada com o n.º 291, de 4 de fevereiro, de que seriam remetidos a 4 de fevereiro, perante a impossibilidade de cumprir com o envio solicitado), da SRF n.ºs 370, de 3 de fevereiro, e 379, de 4 de fevereiro (com as entradas na SRMTC n.ºs 289 e 310, de 3 e 4 de fevereiro, respetivamente) e da SRE n.º 651, de 22 de fevereiro (após o pedido de prorrogação de prazo solicitado através do ofício n.º 417, de 4 de fevereiro e entrada na SRMTC n.º 308, da mesma data), cfr. as folhas 135 e 136, 137 a 139, 140 e 141, 133 e 134, 147 a 166, 145 e 146, 142 a 144, 168, 169 e 167 da PPA.

¹⁹ Aprovado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 18-A/2008, de 28 de março, e alterado pelas Leis n.ºs 59/2008, de 11 de setembro, 3/2010, de 27 de abril, e 64-B/2011, de 30 de dezembro, e pelos DL n.ºs 223/2009, de 11 de setembro, 278/2009, de 2 de outubro (que a republicou), 131/2010, de 14 de dezembro, 69/2011, de 15 de junho, 117-A/2012, de 14 de junho, 149/2012, de 12 de julho e 214-G/2015, de 2 de outubro.

²⁰ Retificado pela Declaração de Retificação n.º 60/2008, de 10 de outubro, e alterado pelos DLR n.ºs 45/2008/M, de 31 de dezembro, 34/2009/M, de 31 de dezembro, 2/2011/M, de 10 de janeiro, 5/2012/M, de 30 de março, 42/2012/M, de 31 de dezembro, e 28/2013/M, de 6 de agosto.

²¹ Nomeadamente, o DL n.º 143-A/2008, de 25 de julho, entretanto revogado pela Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que estabelece os princípios e as regras gerais a que devem obedecer as comunicações, trocas e arquivos de dados e informações previstos no CCP, em particular, a disponibilidade das peças do procedimento, bem como o envio e receção dos documentos que constituem as candidaturas, as propostas e as soluções, tendo sido alterado pela Portaria n.º 85/2013, de 27 de fevereiro, e as Portarias n.ºs 701-A/2008, de 29 de julho (que consagra os modelos de anúncio aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais), 701-F/2008, de 29 de julho, alterada pela Portaria n.º 85/2013, de 27 de fevereiro (que regula a constituição, funcionamento e gestão do portal único da internet dedicado aos contratos públicos, a partir de 30 de julho de 2008) e 701-G/2008, de 29 de julho, entretanto revogada pela Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto (que define os requisitos e condições a que deve obedecer a utilização de plataformas eletrónicas pelas entidades adjudicantes, na fase de formação dos contratos públicos e estabelece as regras de funcionamento daquelas plataformas).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- ✓ Consolidação da informação recolhida e sua articulação com o contrato de concessão em apreço, desde o seu processo de formação até à sua execução material e financeira.

O relato seguiu a estrutura e o conteúdo definidos no art.º 37.º do Regulamento Interno das Secções Regionais dos Açores e da Madeira do Tribunal de Contas, aprovado pela Resolução n.º 24/2011-PG, de 21 de dezembro (retificada pela Declaração de Retificação n.º 1995/2011, de 30 de dezembro), por força do art.º 34.º, n.º 1, do mesmo Regulamento.

Após a realização do contraditório proceder-se-á à análise e apreciação dos comentários fornecidos pelos responsáveis e à elaboração do anteprojeto de relatório de auditoria.

2.3. ENQUADRAMENTO LEGAL E ORGANIZACIONAL

2.3.1. A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO ÂMBITO DO CCP

O CCP caracteriza a concessão de serviços públicos no seu art.º 407.º, n.º 2, como sendo “(...) o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público”.

Nas palavras de Fernanda Maçãs²², “[n]a concessão de serviço público, o Estado confere temporariamente, a uma entidade privada, os poderes bastantes para explorar um serviço público, sob fiscalização do concedente, durante o prazo estipulado, incluindo os investimentos necessários para a sua manutenção. A entidade concessionária actua por sua conta e risco, como se fora o concedente, sendo remunerada por meio de taxas ou tarifas a pagar pelos utentes ou consumidores do respetivo serviço público”²³.

Para Pedro Gonçalves²⁴, o serviço público refere-se a “(...) a uma actividade de que a Administração é titular e por cujo exercício é responsável (responsabilidade de execução)”, sendo também uma tarefa administrativa de prestação, neste caso, de natureza técnica “(...) que satisfaz, direta ou indiretamente, necessidades coletivas dos indivíduos”. Defende ainda que “[e]mbora não tenha de consistir numa prestação ao público, parece-nos (...) essencial que o serviço público tenha por objeto prestações a efetuar por uma entidade em benefício direto e imediato de terceiros”.

Atualmente os procedimentos para a formação dos contratos de concessão de serviços públicos estão sujeitos ao regime geral do CCP [vd. a al. c) do n.º 1 do art.º 6.º], encontrando-se as suas prestações típicas submetidas à concorrência de mercado [vd. a al. c) do n.º 2 do art.º 16.º].

Existem, no entanto, algumas especificidades que importa assinalar, nomeadamente quanto à decisão de contratar²⁵, aos procedimentos típicos de que a entidade adjudicante pode lançar mão²⁶, e às peças

²² In *Estudos de contratação pública I, A concessão de serviço público e o código dos contratos públicos*, Coimbra editora, 2008, pág. 379.

²³ Para Marcelo Caetano, in *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 583 e 584, a concessão de serviços públicos era “(...) o acordo pelo qual uma pessoa colectiva de direito público transfere para outra pessoa, durante o prazo estipulado, o seu poder de estabelecer e explorar determinado serviço público, para ser exercido por conta e risco do concessionário mas sempre no interesse público”, enquanto para Freitas do Amaral, in *Curso de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, vol. II, 2011, pág. 537, era o contrato “(...) pelo qual um particular se encarrega de (montar e) explorar um serviço público, sendo retribuído pelo pagamento de taxas de utilização a cobrar diretamente dos utentes”.

²⁴ In *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, 1999, págs. 35 a 38.

²⁵ Que não pertence ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar, como em regra (vd. o n.º 1 do art.º 36.º do CCP), mas sim ao órgão da entidade adjudicante que for competente para o efeito nos termos da respetiva lei orgânica ou dos seus estatutos (vd. o n.º 2 do mesmo art.º 36.º), precisamente porque este tipo de contrato normalmente não implica o pagamento de um preço pela entidade adjudicante. A entidade competente para tomar a decisão de contratar é, nos termos do CCP, também a competente para, designadamente, escolher o procedimento de formação do contrato (vd. o art.º 38.º), aprovar as peças do procedimento (vd. o n.º 2 do art.º 40.º) e sua eventual retificação (vd. o n.º

do procedimento, mais concretamente o caderno de encargos que deve integrar um código de exploração²⁷. Ainda específico desta modalidade de contrato é o regime do risco²⁸.

As disposições gerais comuns do regime substantivo dos contratos de concessões de obras públicas e de serviços públicos encontram-se vertidas nos art.ºs 407.º a 425.º, sendo exclusivas desta tipologia contratual as normas dos art.ºs 429.º e 430.º, donde se destacam as als. a) a c) do art.º 429.º que consagram os princípios a que a exploração de uma atividade de serviço público está subordinada: continuidade e regularidade, igualdade e adaptação às necessidades.

Em relação ao regime substantivo em geral, para além dos aspetos já antes mencionados, são de salientar os direitos e obrigações do concessionário (vd. os art.ºs 415.º e 414.º), os indicadores de acompanhamento e avaliação de desempenho do concessionário (vd. o art.º 418.º), os direitos do concedente (vd. o art.º 420.º), os bens afetos à concessão (vd. o art.º 419.º), o sequestro, o resgate e a resolução pelo concedente (vd. os art.ºs 421.º, 422.º e 423.º e o ponto **3.5.1.** deste documento), e a responsabilidade perante terceiros (art.º 424.º).

Resta precisar que um dos elementos típicos da concessão de serviço público é o estabelecimento que lhe está associado, “(...) que integra os bens móveis e imóveis afetos àquela e os direitos e obrigações destinados à realização do interesse público subjacente à celebração do contrato” (vd. o n.º 1 do art.º 419.º) que o concessionário vai gerir a fim de assegurar a continuidade do serviço público concedido. De entre esses bens distinguem-se os do concedente, os do concessionário a transferir para o concedente porque abrangidos por uma cláusula de transferência e os próprios do concessionário.

Dizer ainda que a relação de concessão se extingue, normalmente, pelo decurso do prazo contratualmente previsto, que gera a caducidade do contrato.

2.3.2. ENQUADRAMENTO ORGANIZACIONAL

2.3.2.1. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL RELEVANTE DA SRETC, DA SRE E DA SRF

Perspetivada a multiplicidade de diplomas aplicáveis em virtude do âmbito temporal da auditoria optou-se por deixar a respetiva descrição para o Anexo II e por destacar neste ponto as normas relacionados com o exercício da tutela sobre a EPHTM e com a formação profissional.

A entidade com atribuições no domínio da formação profissional em 2010, ano em que foi lançado o procedimento que antecedeu a adjudicação da concessão em análise, era a SREC, ao abrigo do DRR n.º 1/2008/M, de 17 de janeiro, que aprovou a respetiva orgânica (cfr. o art.º 1.º), a quem também cabia exercer a tutela sobre a EPHTM, enquanto serviço integrado na administração indireta da RAM, ao abrigo do art.º 4.º e da al. c) do n.º 1 do art.º 6.º.

Aquando da alteração da respetiva orgânica pelo DRR n.º 5/2012/M, de 16 de maio²⁹, aquele departamento passou a designar-se por Secretaria Regional da Educação e dos Recursos Humanos³⁰ tendo mantido na sua alçada o setor da formação profissional (vd. o art.º 2.º), mas não a tutela sobre a EPHTM (vd., *a contrario*, os art.ºs 6.º e 4.º), que, por força da al. b) do n.º 1 do art.º 8.º (vd. ainda o

3 do art.º 50.º), pronunciar-se sobre os erros e omissões do caderno de encargos (vd. o n.º 5 do art.º 61.º), designar o júri (vd. o n.º 1 do art.º 67.º) e adjudicar o contrato (vd. o n.º 1 do art.º 73.º).

²⁶ Que se cingem aos procedimentos típicos elencados no n.º 1 do art.º 31.º do CCP, em concreto, o concurso público, o limitado por prévia qualificação e o procedimento por negociação, para além do ajuste direto e do diálogo concorrencial, desde que observados os requisitos para o efeito fixados nos art.ºs 24.º e 30.º do CCP.

²⁷ Que indique os direitos e as obrigações das partes relativas à exploração, incluindo as normas estabelecidas também no interesse dos utentes do serviço a explorar (vd. o art.º 44.º do CCP).

²⁸ Vd. o art.º 413.º, articulado com o art.º 416.º e a al. a) do art.º 420.º, todos do CCP.

²⁹ Retificado pela Declaração de retificação n.º 34/2012, de 10 de julho, alterado pelo DRR n.º 14/2013/M, de 22 de novembro, e revogado pelo DRR n.º 20/2015/M, de 11 de novembro.

³⁰ Legalmente designada de SRE, mas para efeitos de distinção aqui referida como SRERH.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

art.º 5.º) do DRR n.º 1/2012/M, de 8 de março³¹, passou a depender da Secretaria Regional da Cultura, Turismo e Transportes (SRT), na qualidade de serviço da administração indireta, o que continuou a acontecer por via do n.º 1 do art.º 7.º (vd. ainda o art.º 5.º) do DRR n.º 4/2015/M, de 18 de junho, que contém a orgânica da atualmente designada por SRETC.

2.3.2.2. DA ESCOLA DE HOTELARIA E TURISMO DA MADEIRA À EPHTM

Com base no art.º 1.º, al. a), do Decreto n.º 46355, de 26 de maio de 1965, diploma que regulou o funcionamento do ex-Centro Nacional de Formação Turística e Hoteleira, foi criada a Escola de Hotelaria e Turismo da Madeira (EHTM) que iniciou as suas atividades a 2 de novembro de 1967 cuja tutela, a par da exercida sobre o seu Hotel-Escola, foi transferida para o Governo da RAM, na sequência do disposto nos art.ºs 1.º, n.º 1, e 2.º, n.º 1, al. i), do DL n.º 281/78, de 8 de setembro³².

Com a regionalização a Escola ficou integrada, organicamente, na Direção Regional do Turismo, tendo passado para a direta dependência do Secretário Regional com a tutela do turismo a 10 de janeiro de 1984, e foi dotada de autonomia administrativa e financeira pelo DLR n.º 9/89/M, de 13 de abril, tendo em vista uma maior eficiência do funcionamento e articulação dos serviços.

Sendo o turismo um setor de primordial importância para a economia da RAM e pretendendo-se que os serviços de âmbito turístico da Região tivessem qualidade, o GR decidiu construir de raiz uma nova escola de hotelaria e turismo, modernamente estruturada e apetrechada, face às exigências de formação profissional em causa, cujas instalações englobavam um hotel de aplicação.

Consequentemente, a EHTM passou a constituir um estabelecimento de formação profissional, na dependência direta do secretário regional com a tutela do setor do turismo, dotado de autonomia administrativa, financeira e patrimonial³³, buscando³⁴ a formação de jovens e adultos para inserção na vida ativa nos setores do turismo, da hotelaria e seus similares.

O DLR n.º 23/98/M, de 18 de setembro, converteu a EHTM em EPHTM, atento o facto de se ter iniciado, com a publicação do DL n.º 26/89, de 21 de janeiro, o processo de criação das escolas profissionais em Portugal³⁵ cujas potencialidades aconselhavam a essa transformação, tal como permitido pelo n.º 2 do art.º 24.º do então regime das escolas profissionais, aprovado pelo DL n.º 4/98, de 8 de janeiro, que possibilitava a criação de escolas profissionais públicas que resultassem de estabelecimentos de formação já existentes, tendo, por esse facto, passado a estar sob a tutela da SRE.

O art.º 5.º deste diploma estatuiu que a estrutura orgânica e competência dos diversos órgãos e serviços e formas de designação e de substituição dos seus titulares, o quadro de pessoal que desempenhava funções na EHTM e o respetivo regime de contratação, iriam constar de decreto regulamentar regional – o DRR n.º 3/99/M, 20 de março – por força do qual a EPHTM foi definida como um estabelecimento público de ensino secundário dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio³⁶.

³¹ Que aprovou a orgânica da Secretaria Regional da Cultura, Turismo e Transportes, alterado e aditado pelo DRR n.º 6/2013/M, de 20 de fevereiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 4/2013, de 20 de fevereiro, e revogado pelo DRR n.º 4/2015/M, de 18 de junho.

³² Sem prejuízo do estabelecido a nível nacional sobre a orientação pedagógica, normas gerais relativas a programas e condições de admissão e avaliação de conhecimentos de alunos.

³³ Vd. o art.º 1.º, n.ºs 1 e 2 do DLR n.º 8/97/M, de 9 de julho, que aprovou a respetiva orgânica.

³⁴ Por conta do art.º 2.º do DLR n.º 8/97/M, com base, em particular, nos princípios da formação profissional estatuídos pelo DL n.º 401/91, de 16 de outubro.

³⁵ As quais pretendiam ser estabelecimentos de ensino secundário cujas atribuições permitissem facultar aos alunos uma sólida formação geral, científica e tecnológica, capaz de os preparar para a vida ativa, visando tanto a sua inserção socio-profissional como o prosseguimento de estudos.

³⁶ Vd. o n.º 1 do art.º 1.º, regendo-se pelo disposto no dito diploma, bem como pelo DLR 23/98/M, de 18 de setembro, pela legislação especialmente aplicável e pelo regulamento interno (vd. o n.º 2).

A escola prosseguia, assim, o ensino técnico-profissional, bem como a realização de cursos e ações de formação que se desenvolviam no âmbito das suas atribuições (vd. o n.º 3 do art.º 1.º), e compreendia no seu património, nos termos das als. a) a c) do art.º 3, a escola propriamente dita; o internato de alunos (IA); o hotel de aplicação (HA) e o restaurante-escola da Quinta Magnólia (REQM).

O n.º 2 do art.º 17.º permitia que a SRE, sob proposta da escola, concedesse a exploração dos estabelecimentos de aplicação a entidades privadas, em regime de contrato de concessão.

Os funcionários e agentes que, à data da publicação do referido diploma, exerciam funções na extinta EHTM seriam integrados nos quadros de pessoal da escola por lista nominativa, nos termos da lei geral, sem alteração da situação jurídica-funcional (vd. o n.º 1 do art.º 24.º).

A orgânica da EPHTM foi entretanto alterada pelos DRR n.ºs 6/99/M, de 18 de maio, 15/2000/M, de 22 de março, e 13/2002/M, de 19 de agosto, que foram refletindo a necessidade de uma maior atualização orgânica e funcional da entidade, assegurando também uma maior operacionalidade e eficácia na sua gestão.

A orgânica da EPHTM em vigor antes da sua concessão foi aprovada em anexo ao DRR n.º 17/2005/M, de 19 de abril, cujo preâmbulo esclarecia que “[a] EPHTM foi acreditada para promover um Centro de Reconhecimento, validação e certificação de competências tornando-se assim necessário este estar previsto na sua orgânica”, e que o regime de pessoal não docente seria alterado, “(...) passando a aplicar-se a convenção coletiva de trabalho para a hotelaria ao pessoal afeto ao hotel de aplicação e a convenção coletiva de trabalho para o ensino particular e cooperativo à Escola propriamente dita”.

À luz daquele diploma a EPHTM era um estabelecimento público de ensino secundário, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio (vd. o n.º 1 do art.º 1), e regia-se pelo que aí se dispunha, bem como pelo DLR n.º 23/98/M (que converteu a EHTM em EPHTM), pela legislação especialmente aplicável e pelo regulamento interno (vd. o n.º 2).

Tinha como atribuições o ensino técnico-profissional, bem como a realização de cursos e ações de formação no setor da hotelaria e turismo, designadamente na área da formação profissional, criando, mantendo e desenvolvendo as estruturas e os meios necessários à realização de formação turística não superior [vd. as als. a) a m) do n.º 3], encontrando-se sujeita à tutela científica, pedagógica e funcional do Secretário Regional da Educação (vd. o n.º 1 do art.º 2).

Para o exercício das suas atribuições compreendia órgãos e estabelecimentos de aplicação - i.e., o HA e o REQM [vd. as als. a) e b) do n.º 1 do art.º 3.º, e o n.º 4], e possuía como património, ao abrigo do art.º 4, als. a) a e), “[a] Escola propriamente dita, englobando salas de estudo, de convívio, de aulas, de cozinha e bar individuais, biblioteca, cantina, ginásio e zona de recreio”; “O internato de alunos (IA), englobando camaratas, balneários e salas de convívio”; “O HA propriamente dito, englobando receção, quartos de hóspedes, salas de convívio, piscina, sauna, bar, restaurante, cozinha central e pastelaria”; “As instalações de apoio, nomeadamente a lavandaria, economato, câmaras frigoríficas, armazéns e garagem”, e “O REQM”.

Quer o HA, quer o REQM, poderiam ser concessionados por decisão do GR, concessão que deveria prever a própria reversão, salvaguardando sempre a qualidade dos serviços prestados e os direitos adquiridos pelos funcionários (vd. o art.º 30.º, n.ºs 1 e 2).



2.4. RELAÇÃO NOMINAL DOS RESPONSÁVEIS

O quadro seguinte identifica os responsáveis à data dos factos vertidos neste documento:

Quadro I – Relação nominal dos responsáveis

PERÍODO TEMPORAL	RESPONSÁVEIS	CARGOS
Entre 19/06/2007 e 19/04/2015	Alberto João Cardoso Gonçalves Jardim	Presidente do Governo Regional
Entre 19/06/2007 e 19/04/2015	João Carlos Cunha e Silva	Vice-Presidente do Governo Regional
Entre 19/06/2007 e 19/04/2015	José Manuel Ventura Garcês	Secretário Regional do Plano e Finanças
Entre 19/06/2007 e 19/04/2015	Manuel António Rodrigues Correia	Secretário Regional do Ambiente e dos Recursos Naturais
Entre 19/06/2007 e 19/04/2015	Francisco Jardim Ramos	Secretário Regional dos Assuntos Sociais
Entre 19/06/2007 e 19/04/2015	Conceição Maria de Sousa Nunes Almeida Estudante	Secretária Regional da Cultura, Turismo e Transportes
Entre 09/11/2011 e 19/04/2015	Jaime Manuel Gonçalves de Freitas	Secretário Regional da Educação e dos Recursos Humanos
Entre 19/06/2007 e 09/11/2011	Eduardo António Brazão de Castro	Secretário Regional dos Recursos Humanos
Entre 19/06/2007 e 09/11/2011	Luís Manuel dos Santos Costa	Secretário Regional do Equipamento Social
Entre 19/06/2007 e 09/11/2011	Francisco José Vieira Fernandes	Secretário Regional da Educação e Cultura
Desde 20/04/2015	António Eduardo de Freitas Jesus	Secretário Regional da Economia, Turismo e Cultura
Desde 20/04/2015	Jorge Maria de Abreu Carvalho	Secretário Regional da Educação
Desde 20/04/2015	Rui Manuel Teixeira Gonçalves	Secretário Regional das Finanças e da Administração Pública
Entre 01/12/2004 a 31/01/2012	Francisco Manuel Quintal de Jesus	Diretor Regional do Património
Entre 01/02/2012 e 31/05/2015	Élia Fátima da Silva Rodrigues Ribeiro	Diretora Regional do Património
Desde 04/06/2015	Ana Maria Martins da Mota	Diretora Regional do Património e de Gestão dos Serviços Partilhados

2.5. CONDICIONANTES E GRAU DE COLABORAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS

É de salientar a colaboração prestada pelos serviços contactados no âmbito da auditoria que remeteram os elementos e os esclarecimentos solicitados pela SRMTC, o que contribuiu, de forma decisiva, para que os objetivos da ação fossem alcançados.

2.6. AUDIÇÃO DOS RESPONSÁVEIS

Dando cumprimento ao princípio do contraditório consagrado no art.º 13.º da LOPTC, na redação dada pelo art.º 1.º da Lei n.º 48/2006, procedeu-se à audição dos anteriores e do atual titular do departamento do governo regional com a tutela da EPHTM, a saber, Francisco José Vieira Fernandes³⁷ e Jaime Manuel Gonçalves de Freitas³⁸, Conceição Maria de Sousa Nunes Almeida Estudante³⁹ e António Eduardo de Freitas Jesus⁴⁰, dos anteriores membros do CGR, Alberto João Cardoso Gonçalves Jardim⁴¹, João Carlos Cunha e Silva⁴², José Manuel Ventura Garcês⁴³, Manuel António Rodrigues Correia⁴⁴, Eduardo António Brazão de Castro⁴⁵, Luís Manuel dos Santos Costa⁴⁶ e Francisco Jardim Ramos⁴⁷, dos atuais Secretários Regionais da Educação e das Finanças e da Administração Pública, Jorge Maria Abreu de Carvalho⁴⁸ e Rui Manuel Teixeira Gonçalves⁴⁹, dos ex-Diretores Regionais do Património, Francisco Manuel Quintal de Jesus⁵⁰ e Élia Fátima da Silva Rodrigues Ribeiro⁵¹, da ex-Diretora Regional do Património e Gestão dos Serviços Partilhados, Ana Maria Martins da Mota⁵², da técnica superior Cristina Manuela Faria Oliveira Camacho⁵³, do presidente do júri do procedimento, Horácio Bento de Gouveia⁵⁴, e das vogais, Elda Maria Fernandes Gonçalves Pedro⁵⁵ e Andreia Sofia Lomelino Bernardo Perestrelo⁵⁶, relativamente ao relato da auditoria.

Dentro do prazo concedido para o efeito, Andreia Sofia Lomelino Bernardo Perestrelo⁵⁷, Cristina Manuela Faria Oliveira Camacho⁵⁸, Jaime Manuel Gonçalves de Freitas⁵⁹ e Francisco José Vieira Fernandes⁶⁰ pronunciaram-se individualmente, enquanto José Manuel Ventura Garcês⁶¹ ⁶²subscreeveu as alegações feitas pelo Secretário Regional das Finanças e da Administração Pública, Rui Gonçalves.

³⁷ Vide o ofício n.º 1170, de 1 de junho de 2016, a folhas 462 da PPA.

³⁸ Cfr. o ofício n.º 1171, de 1 de junho de 2016, a folhas 465 da PPA.

³⁹ Vide o ofício n.º 1172, de 1 de junho de 2016, a folhas 468 da PPA.

⁴⁰ Cfr. o ofício n.º 1167, de 1 de junho de 2016, a folhas 456 da PPA.

⁴¹ Cfr. os ofícios n.ºs 1173 e 1345, de 1 e de 17 de junho de 2016, este remetido face à não notificação através do ofício n.º 1173 e na sequência da Informação n.º 38/2016-UAT I, de 16 de junho, a folhas 471, 513 e 512 da PPA.

⁴² Vide o ofício n.º 1174, de 1 de junho de 2016, a folhas 473 da PPA.

⁴³ Cfr. o ofício n.º 1175, de 1 de junho de 2016, a folhas 476 da PPA.

⁴⁴ Cfr. os ofícios n.ºs 1176 e 1361 (face à não notificação através do ofício n.º 1176 e na sequência da Informação n.º 39/2016-UAT I, de 20 de junho), de 1 e de 21 de junho de 2016, respetivamente, a folhas 479, 518 e 517 da PPA.

⁴⁵ Vide o ofício n.º 1177, de 1 de junho de 2016, a folhas 481 da PPA.

⁴⁶ Cfr. o ofício n.º 1178, de 1 de junho de 2016, a folhas 484 da PPA.

⁴⁷ Cfr. o ofício n.º 1209, de 2 de junho de 2016, a folhas 504 da PPA.

⁴⁸ Vide o ofício n.º 1168, de 1 de junho de 2016, a folhas 458 da PPA.

⁴⁹ Cfr. o ofício n.º 1169, de 1 de junho de 2016, a folhas 460 da PPA.

⁵⁰ Vide o ofício n.º 1179, de 1 de junho de 2016, a folhas 487 da PPA.

⁵¹ Cfr. o ofício n.º 1180, de 1 de junho de 2016, a folhas 490 da PPA.

⁵² Vide o ofício n.º 1181, de 1 de junho de 2016, a folhas 492 da PPA.

⁵³ Cfr. os ofícios n.ºs 1182 e 1212, de 1 e de 3 de junho de 2016, este remetido face à não notificação através do ofício n.º 1182, a folhas 494 e 508 da PPA.

⁵⁴ Vide o ofício n.º 1183, de 1 de junho de 2016, a folhas 497 da PPA.

⁵⁵ Cfr. o ofício n.º 1184, de 1 de junho de 2016, a folhas 499 da PPA.

⁵⁶ Vide o ofício n.º 1185, de 1 de junho de 2016, a folhas 502 da PPA.

⁵⁷ Sob o registo de entrada n.º 1654, de 15 de junho de 2016 (cfr. a PPA, folha 554).

⁵⁸ Sob o registo de entrada n.º 1691, de 20 de junho de 2016 (cfr. a PPA, folha 556).

⁵⁹ Sob o registo de entrada n.º 1788, de 29 de junho de 2016 (cfr. a PPA, folhas 558 a 560), após ter solicitado a prorrogação do prazo através do ofício com entrada na SRMTC n.º 1676, de 16 de junho, deferido na mesma data e comunicado através do ofício n.º 1343, de 17 de junho de 2016 (cfr. as folhas 547 e 554 da PPA).

⁶⁰ Sob o registo de entrada n.º 1791, de 30 de junho de 2016 (cfr. a PPA, folhas 563 a 567), após ter solicitado a prorrogação do prazo através do ofício com entrada na SRMTC n.º 1670, de 16 de junho, deferido e comunicado através do ofício n.º 1335, tudo na mesma data (cfr. as folhas 545, 546 e 548 da PPA).



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Jorge Maria Abreu de Carvalho⁶³, Rui Manuel Teixeira Gonçalves⁶⁴ e António Eduardo de Freitas Jesus⁶⁵ também apresentaram as suas alegações individualmente após a prorrogação do prazo que lhes foi fixada, não tendo os restantes responsáveis elaborado qualquer observação⁶⁶.

As alegações apresentadas foram tidas em consideração na elaboração deste relatório, designadamente através da sua transcrição e inserção nos pontos pertinentes, em simultâneo com os comentários considerados adequados.

⁶¹ Sob o registo de entrada n.º 1797, de 30 de junho de 2016 (cfr. a PPA, folha 568), após ter solicitado a prorrogação do prazo através do ofício com entrada na SRMTC n.º 1644, de 14 de junho de 2016, deferido a 15 de junho e comunicado através do ofício n.º 1315, de 15 de junho de 2016 (cfr. as folhas 534 e 535 da PPA).

⁶² Referiu que “(...) o signatário informa a V.Exa. que subscreve as alegações feitas pela Secretaria Regional das Finanças e Administração Pública, sobre esta matéria”.

⁶³ Vide o ofício da SRE n.º 2.718, de 29 de junho de 2016 (cfr. a PPA, folhas 561 e 562), após ter solicitado a prorrogação do prazo através do ofício da SRE n.º 2.420, de 8 de junho de 2016, com entrada na SRMTC n.º 1592, de 9 de junho, deferido e comunicado através do ofício n.º 1279, tudo na mesma data (cfr. as folhas 520 e 521 da PPA).

⁶⁴ Cfr. o ofício da SRF n.º 2.485, de 30 de junho de 2016 (cfr. a PPA, folhas 569 a 572), após ter solicitado a prorrogação do prazo através do ofício da SRF n.º 2.199, de 13 de junho de 2016, com entrada na SRMTC n.º 1628, na mesma data, deferido e comunicado através do ofício n.º 1291, tudo na mesma data (cfr. a PPA, folhas 523, 524 e 529).

⁶⁵ Sob o registo de entrada n.º 1813, de 30 de junho de 2016 (cfr. a PPA, folhas 573 a 592), após ter solicitado a prorrogação do prazo através do ofício da SRETC n.º 2.404, de 13 de junho de 2016, com entrada na SRMTC n.º 1630, na mesma data, deferido a 13 de junho e comunicado através do ofício n.º 1292, de 14 de junho (cfr. a PPA, folhas 525 a 528 e 531).

⁶⁶ Refira-se que Francisco Jardim Ramos, Ana Maria Martins Mota e João Carlos Cunha e Silva solicitaram a prorrogação do prazo concedido através dos ofícios com entrada na SRMTC n.ºs 1641, de 14 de junho de 2016 (deferido a 15 de junho e comunicado através do ofício n.º 1313, da mesma data, a folhas 533 e 538 do PPA), 1646 e 1660, de 15 de junho de 2016 (deferidos na mesma data e comunicados através dos ofícios n.ºs 1314 e 1329, de 15 e de 16 de junho, a folhas 540, 541, 542 e 544 da PPA), respetivamente.



3. RESULTADOS DA ANÁLISE

Apresentam-se, de seguida, os resultados da verificação realizada, onde são identificados os principais aspetos da formação do contrato em apreço e da sua execução material e financeira.

3.1. O CONTRATO DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DA EPHTM

O contrato de concessão de exploração da EPHTM foi firmado por escritura pública a 1 de setembro de 2010, entre a RAM, através das então designadas SRPF⁶⁷ e SREC, e o CELFF, tendo sido submetido a fiscalização prévia⁶⁸ no dia 3 seguinte.

A sua análise nesta sede, todavia, conduziu a que o Juiz Conselheiro tivesse exarado no Relatório n.º 18/FP/2010/CP, de 7 de setembro⁶⁹, o seguinte despacho, no dia 22 de setembro: “[d]evolvido por não obrigatoriedade de submissão a visto”, ali se invocando, para tanto, que o contrato se limita “(...) à definição dos termos da concessão, não implicando, por si só, qualquer encargo financeiro ou patrimonial público. Pelo contrário, do mesmo emerge a obrigação do concessionário pagar à concedente, a título de renda, o montante anual de €200.000,00 (cfr. a cláusula 34.ª)”.

Em traços gerais⁷⁰, o contrato de concessão tem como objeto a cessão de exploração da EPHTM, nos termos dos n.ºs 1 e 4 da cláusula 4.ª, a qual integra, de acordo com as als. a) a c) do n.º 2 da mesma cláusula:

- ✓ A realização de cursos e ações de formação no setor da hotelaria e turismo;
- ✓ A exploração do hotel de aplicação, restaurante e bar, e
- ✓ O Centro de Novas Oportunidades.

O n.º 3 da dita cláusula permite à concessionária “(...) desenvolver, a título acessório, outras atividades que não as previstas no número anterior, desde que afins das mesmas”.

A concessão tem um prazo de quinze anos (vd. a cláusula 12.ª) a contar da data da celebração e assinatura do contrato, renovável sucessivamente por iguais períodos, “(...) salvo denúncia por qualquer uma das partes com uma antecedência mínima de seis meses relativamente ao fim do período inicial ou qualquer uma das suas renovações”. Tem natureza de serviço público e foi estabelecida em regime de exclusividade relativamente às atividades integradas no seu objeto (vd. o n.º 4 da cláusula 4.ª), termos em que a sua exploração visa o interesse público (vd. o n.º 1 da cláusula 49.ª) devendo a concessionária adotar os melhores padrões de qualidade disponíveis (vd. o n.º 2).

“O regime de serviço público determina que o acesso à EPHTM, bem como o uso dos respetivos serviços e equipamentos, só pode ser recusado ou retirado a quem não satisfaça ou viole as disposições legais aplicáveis (...)”, não podendo a concessionária “(...) em qualquer circunstância, discriminar ou estabelecer diferenças de tratamento entre utentes (...)” (vd. os n.ºs 3 e 4 da cláusula 49.ª).

Finda a concessão, dispõe o n.º 1 da cláusula 47.ª, que revertem gratuita e automaticamente para a concedente todos os bens imóveis e direitos que a integram, livres de quaisquer ónus ou encargos, “(...) obrigando-se a concessionária, dentro de um prazo razoável fixado pela concedente, a entregá-los em bom estado de conservação e funcionamento (...)” (vd. ainda os n.ºs 2 e 3 da mesma cláusula).

Também de acordo com a cláusula 48.ª, sob a epígrafe “Direitos de propriedade industrial e intelectual”, todos os projetos, planos, plantas, documentos e outros materiais, bem como os direitos de pro-

⁶⁷ Atual Secretaria Regional das Finanças e da Administração Pública [vd. a al. c) do art.º 1.º do DRR n.º 2/2015/M, que aprovou a organização e funcionamento do XII GR].

⁶⁸ Tendo constituído o Processo de Visto n.º 47/2010, vide o CD, folha 203 da PPA.

⁶⁹ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

⁷⁰ Vide os restantes aspetos relevantes do contrato no Anexo III.

priedade intelectual, serão disponibilizados gratuitamente e transmitidos à concedente no fim do prazo da concessão, competindo à concessionária adotar todas as medidas para o efeito necessárias.

Por força dos n.ºs 1 e 2 da cláusula 8.^a⁷¹, “[o] concessionário assume expressa, integral e exclusivamente a responsabilidade pelos riscos inerentes à concessão durante o prazo da sua duração ou eventual prorrogação, exceto quando o contrário resulte do presente caderno de encargos ou do contrato”, sendo que “[e]m caso de dúvida sobre a limitação ou repartição do risco do concessionário, considera-se que o risco corre integralmente por conta deste”.

De acordo com a cláusula 9.^a, n.ºs 1 e 2, do contrato de concessão⁷² “[o] concessionário é responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao desenvolvimento de todas as actividades que integram o objeto 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 nos termos do número anterior”.

A título de renda impende sobre o concessionário a obrigação de pagamento do montante anual de 200 000,00€, correspondente a uma verba mensal, em prestações iguais, de 16 667,00€ (cfr. a cláusula 34.^a), o que se coaduna com o regime do risco abraçado pelo CCP para esta tipologia contratual⁷³.

A 29 de dezembro seguinte foi remetido à SRMTC, também para efeitos de fiscalização prévia, um contrato-programa outorgado entre a RAM, através da SREC, e o CELFF⁷⁴, na mesma data, fundamentado legalmente no art.º 25.º do DLR n.º 34/2009/M, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento Regional para 2010, no n.º 3 da cláusula 9.^a do contrato de concessão e na Resolução n.º 1557/2010, de 13 de dezembro, ao qual foi recusado o visto pela Decisão n.º 3/FP/2011, de 22 de fevereiro.

O mencionado contrato-programa, cujo objeto consistia em “(...) garantir, transitivamente, a viabilidade financeira e operacional da Escola e dos estabelecimentos de aplicação a ela associados, a saber, os respetivos Hotel, Restaurante e 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 os alunos da EPHTM, quer para ativos externos, sendo parte integrante do processo de formação profissional a que a EPHTM se destina” (vd. a cláusula 1.^a), visava, na prática, proporcionar apoio financeiro ao CELFF, por via da atribuição de uma participação que não podia ultrapassar o montante máximo de 1 141 000,00€ (vd. a cláusula 4.^a), suportada pelo orçamento regional, “(...) de forma a que, na prossecução do interesse público associado à concessão da exploração da EPHTM, possa desenvolver na plenitude os objetivos de qualificação profissional”, e alcançar as seguintes finalidades específicas: “[g]arantir o cumprimento das atribuições da EPHTM, agora sob responsabilidade do CELFF”, “[d]esenvolver os mecanismos necessários para a otimização dos serviços prestados” e “[e]struturar uma carteira de projetos que respondam às necessidades do mercado regional na área da Hotelaria e Turismo”.

E o invocado art.º 25.º do Orçamento Regional, sob a epígrafe “Concessão de subsídios e outras formas de apoio”, autorizava o GR a:

⁷¹ E da cláusula 8.^a do caderno de encargos.

⁷² E com os n.ºs 1 e 2 da cláusula 9.^a do caderno de encargos.

⁷³ Que implica a articulação do art.º 413.º, que comanda que “[o] contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário”, do art.º 416.º, que condiciona a atribuição ao “(...) concessionário o direito a prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efectiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário”, e da al. a) do art.º 420.º, que permite ao concedente estabelecer as tarifas mínimas e máximas pela utilização dos serviços públicos, donde conclui Fernanda Maçãs, *in ob. cit.*, pág. 410, que “(...) o que está em causa na concessão de serviço público é a transferência da responsabilidade pela gestão de uma atividade de serviço público”.

⁷⁴ Tendo-lhe sido atribuído o n.º 124/2010.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- “1. (...) conceder subsídios e outras formas de apoio, a entidades públicas e privadas no âmbito das ações e projetos 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 (...)” e a
2. (...) 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”.

Este enquadramento permitiu à SRMTC, na citada Decisão n.º 3/FP/2011, concluir que o objetivo *sub judice* consubstanciava uma alteração, pela administração regional, via contrato-programa, das condições previamente contratualizadas numa fase em que já não operava a concorrência (vd. o ponto **II – O Direito**).

Citando a mesma Decisão, “[n]ão quer isto dizer que o contrato, uma vez celebrado, seja imutável. Com efeito, o CCP, no seu artigo 312.º, prevê expressamente essa possibilidade (...)” mas “(...) a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato, nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência (...)”, termos em que se concluiu “(...) que o contrato-programa de cooperação financeira (...) 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”, preenchendo por isso “(...) 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”.

Da Decisão assim tomada foi interposto, pela SREC em representação da RAM, recurso para o Plenário da 1.ª Secção do TC que proferiu, no âmbito do Recurso Ordinário n.º 17/2011-SRMTC⁷⁵, o Acórdão n.º 5/13.MAR.2012 – 1.ª S/PL⁷⁶, que confirmou a decisão recorrida, julgando improcedente o recurso e mantendo a recusa de visto “(...) ao abrigo do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC”⁷⁷.

A RAM, através da SREC, notificada do teor do dito Acórdão, decidiu, em harmonia com o disposto no art.º 688.º do Código de Processo Civil, invocar nulidades que, em seu entender, o mesmo enfermava com manifesta influência no exame e decisão da causa, às quais, porém, o Acórdão n.º 8/15.MAI.2012 – 1.ª S/PL não deu procedência⁷⁸.

Neste seguimento foi elaborada a Informação n.º 63/2012-UAT I, de 6 de julho⁷⁹, onde foi proposto, e acolhido, mediante despacho dessa data do Juiz Conselheiro, dirigir à então SRT⁸⁰ as seguintes questões⁸¹:

- “a) Se houve lugar a pagamentos ao CELFF, S.A., por força do contrato-programa celebrado em 29 de dezembro de 2010;
- b) Se o CELFF, S.A., tem vindo a cumprir o disposto na cláusula 34.ª do contrato de concessão, em concreto, se como concessionário tem pago à concedente, a título de renda, o montante anual de € 200 000,00, juntando, para o efeito, a pertinente documentação comprovativa;
- c) Se, desde o início da concessão, o CELFF, S.A., e ou a EPHTM celebraram com a Região Autónoma da Madeira contratos de financiamento ao abrigo do Fundo Social Europeu e ou do Orçamento Regional consagrados na lei e em regulamentos para o apoio ao ensino e formação

⁷⁵ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

⁷⁶ Vide o CD, folha 203 da PPA.

⁷⁷ Vd. o ponto 5. do sumário. Salientam-se ainda os pontos 3 e 4, para onde se remete.

⁷⁸ Veja-se o seu concreto teor na PPA (vide o CD, folha 203).

⁷⁹ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

⁸⁰ Enquanto entidade que tutelava a EPHTM (vd. o ponto 2.3.2.1.).

⁸¹ O que aconteceu através do ofício com a saída n.º 1230, de 9 de julho de 2012, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

profissionais privados, remetendo, em caso afirmativo, os documentos comprovativos da candidatura, da respetiva aprovação e dos correspondentes pagamentos”.

A resposta da SRT⁸² permitiu concluir que o CELFF, até à data, não tinha recebido qualquer financiamento do orçamento regional previsto em lei ou regulamento para o apoio ao ensino e formação profissional privados, nem por conta do contrato-programa ao qual tinha sido recusado o visto e que, das candidaturas submetidas ao FSE, tinham sido aprovados financiamentos no montante global de 5 817 720,77€, encontrando-se em execução 1 676 944,39€.

Mas mais relevante foi constar que o CELFF só tinha procedido ao pagamento de 66 666,69€, correspondentes às prestações de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2010, por conta da obrigação de pagamento da renda que sobre ele impendia por força da cláusula 34.^a do contrato de concessão, ou seja, que a concessionária apenas deu cumprimento a essa obrigação durante os primeiros quatro meses de execução do contrato.

Tal facto determinou a troca de diversos ofícios com a SRT e a SRPF⁸³ que possibilitaram à SRMTC, desde julho de 2012, acompanhar de modo regular a execução do contrato de concessão de exploração da EPHTM, tendo os serviços envolvidos sido periodicamente questionados, entre outros aspetos, sobre a solução encontrada para proceder à regularização da situação⁸⁴.

A 16 de setembro de 2013⁸⁵, a SRPF, através de ofício registado na SRMTC, deu a conhecer uma proposta apresentada pela concessionária que, no fundamental, assentava em dois segmentos: um primeiro, que pressupunha uma diminuição do valor da renda fixada contratualmente e, um outro, que passava pelo estabelecimento de um prazo para o pagamento dos montantes em dívida.

Os termos dessa proposta foram objeto de análise pela DRPA, que integrava a então SRPF, e pela SRT, que entenderam, em termos gerais, que não poderiam ser acolhidos por consubstanciarem uma impossibilidade legal.

A coberto do ofício da SRPF de 20 de janeiro de 2014^{86, 87 e 88}, o Tribunal foi informado da celebração de um *Acordo de pagamentos*⁸⁹ a 10 de janeiro de 2014, entre a RAM, representada pelo Secretário

⁸² Por ofício registado na SRMTC com o n.º 2099, a 23 de julho de 2012, cfr. o CD, folha 203 da PPA .

⁸³ Vd. os ofícios com as saídas da SRMTC n.ºs 2071, de 7 de novembro de 2012 (na sequência da Informação n.º 102/2012-UAT I, de 29 de outubro) e a resposta da SRT registada com o n.º 3228, de 20 de novembro; 227, de 4 de fevereiro de 2013 (na sequência da Informação n.º 11/2013-UAT I, de 1 de fevereiro) e a resposta da SRPF registada com o n.º 428, de 18 de fevereiro; 1119, de 6 de maio de 2013 (na sequência da Informação n.º 60/2013-UAT I, de 3 de maio) e a resposta da SRPF registada com o n.º 1736, de 21 de maio; 1686, de 4 de julho de 2013 (precedida pelas Informações n.ºs 70/2013-UAT I, de 22 de maio, e 79/2013-UAT I, de 3 de julho) e a resposta da SRPF, via *email*, registada com o n.º 2348, de 17 de julho e, em suporte papel, com o n.º 2351, da mesma data, e 1927, de 5 de agosto de 2013 (na sequência da Informação n.º 101/2013-UAT I, de 1 de agosto) e a resposta da SRPF registada com o n.º 2764, de 16 de setembro (após o despacho de deferimento do pedido de prorrogação do prazo solicitado através do ofício n.º 2565, de 19 de agosto de 2013, exarado na Informação n.º 102/2013-UAT I, de 22 do mesmo mês, e comunicado pelo ofício da SRMTC n.º 1991, de 23 seguinte), e que aqui se dão todos por reproduzidos, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

⁸⁴ Pretendia-se saber se as rendas em atraso já tinham sido regularizadas e, em caso negativo, quais as diligências encetadas com vista ao integral pagamento dos mesmos, nomeadamente, através do acionamento da garantia bancária ou da aplicação de sanções por incumprimento, tal como previsto na cláusula 41.^a do contrato. Também foram pedidos esclarecimentos sobre o cumprimento do ponto 3. da cláusula 37.^a do contrato que permitia a liberação da caução no valor de 10% por cada ano de contrato, a ser entregue nos trinta dias seguintes ao termo de cada ano.

⁸⁵ Com o n.º 2764, depois do ofício remetido pela SRMTC com a saída n.º 1927, de 5 de agosto de 2013, que teve por base a Informação n.º 101/2013-UAT I, de 1 do referido mês.

⁸⁶ Com a entrada na SRMTC n.º 185, *vide* o CD, folha 203 da PPA.

⁸⁷ Em resposta ao ofício n.º 2935, de 18 de dezembro de 2013, e após pedido de prorrogação de prazo solicitado através do ofício da SRPF com a entrada n.º 47, de 6 de janeiro de 2014, deferido pelo despacho do Juiz Conselheiro do dia 15 seguinte, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

⁸⁸ Que teve por base a Informação n.º 144/2013-UAT I, de 16 de dezembro, sobre a qual foi lavrado o despacho do Juiz Conselheiro de 17 do mesmo mês, que determinou o agendamento da ação de controlo vertente.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Regional do Plano e Finanças, e o CELFF, aprovado pela Resolução n.º 14/2014, tomada pelo CGR de 9 de janeiro⁹⁰.

Do acordo resultava assente que a dívida vencida a regularizar até à data da sua outorga ascendia a 600 000,00€, que a RAM prescindia do montante de juros de mora vencidos até então e que a partir desse momento passariam a vencer-se juros sobre o valor em dívida à taxa legal de 5,535%.

No mais, a dívida vencida deveria ser integralmente paga no prazo de 10 anos (120 meses), contados desde 8 de fevereiro de 2014, o que significa que ao montante mensal devido em cumprimento do contrato de concessão (16 666,67€) acresceria um valor de 5 000,00€ totalizando, por via dos dois contratos, uma prestação mensal certa de 21 666,67€. A este montante mensal deveria somar-se o valor (variável ao longo dos 10 anos em função da correspondente diminuição da dívida vencida) dos juros devidos desde a assinatura do *Acordo*.

No seguimento da Informação n.º 98/2014-UAT I, de 24 de novembro⁹¹, foram solicitados novos esclarecimentos⁹² no sentido de apurar se o CELFF já tinha iniciado a regularização dos valores em atraso, se essa regularização estava a ser efetuada em cumprimento do *Acordo*, bem como qual o montante em dívida à data.

Face ao requerido a SRPF⁹³ respondeu que a situação de incumprimento se mantinha inalterada e que atendendo a esse comportamento reiterado tinha sido concedido o prazo até 24 de novembro de 2014 para obtenção de um acordo, sob pena de acionarem a caução. Mais foi referido que o montante em dívida, à data, correspondente ao período entre janeiro de 2011 e outubro de 2014 ascendia a 766 666,82€ (em falta estavam 46 meses), acrescido de juros à taxa legal em vigor.

3.2. DESCRIÇÃO DOS FACTOS RELEVANTES

Do exame formulado aos elementos instrutórios extraídos do processo de visto relativo ao contrato de concessão de exploração da EPHTM e de outros entretanto recolhidos sobressai a seguinte matéria de facto que aponta no sentido da existência de diversas deficiências e irregularidades no âmbito do respetivo procedimento pré-contratual.

De notar que as irregularidades apuradas, designadamente as tratadas nos pontos **3.2.1.1.**, **3.2.1.4.**, **3.2.1.6.** e **3.2.1.7.**, só passaram a ser sancionadas pela LOPTC a partir da entrada em vigor daquela que foi a sua sétima alteração, aprovada pela Lei n.º 61/2011, tendo cobertura na norma da al. 1) do n.º 1 do art.º 65.º, concatenada com o seu n.º 2, que contempla a possibilidade de aplicação de multas pelo TC, dentro dos limites quantitativos aí determinados, em face da “[v]iolação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública (...)”.

3.2.1. IRREGULARIDADES DETETADAS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO DE FORMAÇÃO DO CONTRATO

3.2.1.1. DA INCOMPETÊNCIA DO SECRETÁRIO REGIONAL DA EDUCAÇÃO

O procedimento de formação de qualquer contrato inicia-se com a decisão de contratar, a qual, quando aquele não implique o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, como é o caso específico dos

⁸⁹ Cujas cópia foi solicitada à SRPF através do ofício n.º 162, de 24 de janeiro de 2014, após despacho do Exmo. Juiz Conselheiro exarado na Informação n.º 11/2014-UAT I, de 23 do mesmo mês, a qual foi remetida em anexo ao ofício da DRPA, por correio eletrónico, a 7 de fevereiro de 2014, registado com o n.º 422, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

⁹⁰ Publicada no JORAM, I série, n.º 2, de 10 de janeiro.

⁹¹ Cfr. o CD, folha 203 do PPA.

⁹² Através do ofício n.º 2409, de 5 de novembro de 2014. A SRPF não respondeu atempadamente ao solicitado pelo que, após a elaboração da Informação n.º 110/2014-UAT I, de 4 de dezembro, foi enviado o ofício n.º 2655, de 5 de dezembro, vide o CD, folha 203 da PPA.

⁹³ Através do ofício com a entrada na SRMTC n.º 3681, de 10 de dezembro de 2014, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

contratos de concessão, cabe ao órgão desta que for competente para o efeito nos termos da respetiva lei orgânica, tal como comanda o n.º 2 do art.º 36.º do CCP⁹⁴.

No caso, o órgão com competência para contratar era o CGR⁹⁵ que, reunido em plenário a 10 de dezembro de 2009, e através da Resolução n.º 1504/2009⁹⁶, deliberou aprovar a abertura do concurso limitado por prévia qualificação de âmbito comunitário⁹⁷, bem como o respetivo programa⁹⁸ e o caderno de encargos⁹⁹, os quais foram elaborados pela técnica superior Cristina Manuela Faria Oliveira Camacho¹⁰⁰, tendo ainda sido mandatados para o outorgarem, em representação da RAM, os Secretários Regionais do Plano e Finanças e da Educação e Cultura.

A divulgação do procedimento assim autorizado concretizou-se mediante a inserção de anúncios no Jornal Oficial da União Europeia¹⁰¹, no Diário da República (DR)¹⁰², e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira (JORAM)¹⁰³, tendo corrido na plataforma eletrónica indicada pela entidade adjudicante.

Apesar da entidade com competência para tomar a decisão de contratar ser o CGR, verificou-se que este órgão não interveio ao longo do procedimento nas situações abaixo descritas e a que a lei obrigava, mas sim o Secretário Regional da Educação e Cultura, Francisco José Vieira Fernandes, quando este responsável não se encontrava legitimado para tal através de um ato expresso de delegação de competências:

- ✓ Do convite¹⁰⁴ à apresentação de propostas consta somente o despacho do referido Secretário Regional com o seguinte teor: “*Concordo. Envie-se o convite ao concorrente*”, de 24 de fevereiro de 2010¹⁰⁵, isto quando as peças do procedimento do concurso limitado por prévia qualificação, que integram, para além do programa do concurso e do caderno de encargos, o convite à apresentação das propostas [vd. a al. c) do n.º 1 do art.º 40.º do CCP], devem ser aprovadas, por força do n.º 2 do art.º 40.º, pelo órgão competente para a decisão de contratar, entidade que também tem competência para proceder ao envio dos mesmo convites, em harmonia com o consignado no n.º 1 do art.º 189.º do CCP.
- ✓ Sobre o relatório final da fase de qualificação, de 11 de fevereiro de 2010¹⁰⁶, o mesmo Secretário Regional, no dia 12 seguinte¹⁰⁷, proferiu o despacho “*Concordo. Convide-se o concorrente a*

⁹⁴ O que é distinto da entidade adjudicante que, no presente caso, foi a RAM, através da SRPF e da SREC (vd. o art.º 2.º do programa do procedimento e a cláusula 2.ª do contrato de concessão).

⁹⁵ Vd. o ponto 2. da Resolução, o art.º 3.º do respetivo programa do concurso e do caderno de encargos.

Segundo o n.º 1 do art.º 6.º do Estatuto Político-Administrativo da RAM, aprovado pela Lei n.º 13/91, de 5 de junho, alterado pelas Leis n.ºs 130/99, de 21 de agosto, e 12/2000, de 21 de junho, são órgãos de governo próprio da RAM a Assembleia Legislativa Regional e o GR, sendo este último, por força do art.º 55.º, o órgão executivo de condução da política regional e o órgão superior da administração pública regional, sendo a orientação geral do GR definida pelo CGR, constituído pelo Presidente, os vice-presidentes, quando existam, e os secretários regionais, segundo o art.º 71.º, reunindo sempre que convocado pelo Presidente, sendo lavrada de cada reunião uma ata (vd. os n.ºs 2 e 4 do art.º 72.º).

⁹⁶ Publicada no JORAM, I série, n.º 126, 2.º suplemento, de 16 de dezembro de 2009.

⁹⁷ É a própria SRE que, a coberto do ofício n.º 5.128, de 15 de outubro de 2015, sustenta que “*É o órgão competente para a deliberação de contratar prevista no artigo 36.º do CCP que tem, também, competência para a aprovação das peças do procedimento, pelo que, a falta da alusão no ponto 2 da Resolução n.º 1504/2009 ao convite à apresentação das propostas, enquanto peça integrante do procedimento pré-contratual em apreço, foi mero lapso de escrito*”.

⁹⁸ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

⁹⁹ Vide o CD, folha 203 da PPA.

¹⁰⁰ A exercer funções na EPHTM, conforme informou a SRE no ponto 2. do seu ofício n.º 651, de 22 de fevereiro de 2016.

¹⁰¹ Com a ref.ª 2009/S 248-35663, de 24 de dezembro de 2009, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

¹⁰² II série, n.º 246, Parte L, de 22 de dezembro de 2009, vide o CD, folha 203 da PPA.

¹⁰³ II série, n.º 242, de 23 de dezembro de 2009, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

¹⁰⁴ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

¹⁰⁵ Despacho que não está nem nominal, nem funcionalmente identificado, tendo sido a SRE a proceder à mera identificação funcional através do ofício n.º 5.128, de 15 de outubro, depois de instada a isso.

¹⁰⁶ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

apresentar proposta”, tendo-o também feito na fase de apresentação e análise das propostas, de 26 de abril de 2010¹⁰⁸, no dia 29, com o seguinte teor: “Tomei conhecimento. Concordo. Adjudico com base e conforme proposto no presente relatório. Notifique-se o concorrente da decisão nos termos da lei”.

Acontece que as duas fases que o concurso limitado por prévia qualificação contempla – a de apresentação das candidaturas e da qualificação dos candidatos e a de apresentação e análise das propostas e adjudicação¹⁰⁹ –, culminam com a elaboração dos respetivos relatórios finais pelo júri do procedimento, os quais, juntamente com os demais documentos que compõem o processo de concurso, devem ser enviados ao órgão competente para a decisão de contratar a quem cabe decidir sobre a aprovação de todas as propostas contidas nos mesmos, nomeadamente para efeitos de qualificação dos candidatos, num caso, e para efeitos de adjudicação, no outro, e, por essa via, tomar a decisão de qualificação e de adjudicação e de notificá-las aos candidatos (vd. os art.^{os} 186.º e 187.º, n.º 1, e 148.º, aplicável por força do n.º 1 do art.º 162.º¹¹⁰).

- ✓ Por último, pese embora nos casos em que a celebração do contrato implique a sua redução a minuta¹¹¹ deva ser aprovada pelo órgão competente para a decisão de contratar depois de comprovada a prestação da caução pelo adjudicatário (vd. o n.º 1 do art.º 98.º)¹¹², consistindo a fixação da minuta do contrato, por junção das peças do procedimento e da proposta, reflexo de uma decisão unilateral do órgão adjudicante¹¹³, a minuta foi autorizada por despacho de 1 de setembro de 2010 do mesmo responsável governamental, tal como evidencia o clausulado do contrato¹¹⁴.

Face ao enquadramento factual e normativo que ficou traçado, é de concluir que os despachos do Secretário Regional da Educação e Cultura, Francisco José Vieira Fernandes, acima identificados, contrariam o disposto no art.º 40.º, n.º 2, articulado com a al. c) do n.º 1 do mesmo artigo, nos art.^{os} 186.º, n.º 4, 187.º, n.º 1, e 148.º, n.º 4, aplicável *ex vi* do n.º 1 do art.º 162.º, e 98.º, n.º 1, concatenados com o n.º 2 do art.º 36.º, todos do CCP, sendo atos administrativos eivados do vício de incompetência, nos termos do n.º 1 do art.º 35.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), *a contrario*¹¹⁵, na medida em que não existe ato do CGR, entidade competente nessas matérias, que as tivesse delegado naquele responsável, sendo, por isso, anuláveis, a coberto do art.º 135.º¹¹⁶ do mesmo Código, sanção

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Idem, vide* o CD, folha 203 da PPA.

¹⁰⁹ Vd. os art.º 163.º, 167.º a 188.º e 189.º a 192.º do CCP.

¹¹⁰ Pois o concurso limitado por prévia qualificação rege-se, com as necessárias adaptações, pelas disposições que regulam o concurso público, nos termos previstos no referido n.º 1 do art.º 162.º.

¹¹¹ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

¹¹² Pois “(...) estando-se no seio de procedimentos pautados pelo princípio da vinculação legal aos documentos pré-contratuais das partes, é necessário que o sujeito que aí responde pela legalidade do procedimento assegure que o contrato a celebrar vai ser clausulado ou reduzido nessa conformidade, correspondendo a respetiva minuta à fusão da vontade intangível manifestada pelas partes naqueles documentos (...)” - vd. Mário e Rodrigues Esteves de Oliveira *in Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, pág. 1080.

¹¹³ Noutras palavras, “[a]quilo em que ele se traduz, o seu efeito, é declarar que, tendo-se verificado ser o conteúdo dessa minuta conforme à decisão de contratar e a uma correta fusão (...) do caderno de encargos com a proposta, se considera a mesma aprovada e vinculante (...) para servir de base ao contrato a celebrar” - *in ob. cit.*, p. 1082.

¹¹⁴ Pois na minuta não foi exarado qualquer despacho. Foi a SRE que, através do citado ofício n.º 5.128, reiterou que “[a] minuta do contrato foi aprovada pelo senhor Secretário Regional de Educação e Cultura em representação da RAM e em substituição do Secretário Regional do Plano e Finanças, uma vez que a Resolução 1504/2009 do Conselho do Governo (...), atribuiu à SRE e à SRPF os poderes necessários com vista à outorga do contrato de concessão de exploração, conforme se denota do disposto no seu número 3”.

¹¹⁵ Que dispõe que “Os órgãos administrativos normalmente competentes para decidir em determinada matéria podem, sempre que para tal estejam habilitados por lei, permitir, através de um acto de delegação de poderes, que outro órgão ou agente pratique actos administrativos sobre a mesma matéria”.

¹¹⁶ Que determina que “São anuláveis os actos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou normas aplicáveis para cuja violação se não preveja outra sanção”.

que se estende ao ato final de adjudicação, em concordância com o art.º 135.º do CPA, e, por essa via, ao contrato em referência, em obediência ao comando do art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

3.2.1.2. DA INEXISTÊNCIA DO CÓDIGO DE EXPLORAÇÃO

Tal como já foi aflorado no ponto 2.3.1.1., o caderno de encargos dos concursos limitados por prévia qualificação deve integrar um código de exploração com indicação dos direitos e das obrigações das partes relativas à exploração, incluindo as normas estabelecidas no interesse dos utentes do serviço a explorar¹¹⁷, por força do art.º 44.º do CCP, comando que foi acolhido nas cláusulas 1.ª, n.º 2, e 4.ª, n.º 2, do caderno de encargos do procedimento em análise.

Mas tal como confirmou a SRE¹¹⁸ “*O Código de Exploração não se encontra junto ao processo*”.

Tanto assim é que na fase de apresentação de propostas o CELFF apresentou um pedido de esclarecimentos a 5 de março de 2010¹¹⁹, onde solicitava informações sobre o mencionado código, uma vez que o mesmo não havia sido fornecido com o caderno de encargos, pedido que o júri, no dia 18 seguinte, deliberou não esclarecer face à sua extemporaneidade¹²⁰.

Facto é que o código de exploração, face ao disposto contratualmente e na lei, devia existir e integrar o caderno de encargos.

Nos procedimentos administrativos de formação dos contratos de concessão vigora a regra da forma ou da adequação formal da tramitação, o que, nas palavras de Rodrigo Esteves de Oliveira, “(...) *significa que as entidades adjudicantes devem conduzir o procedimento de acordo com os trâmites e formalidades previstas na lei e no programa que tenham aprovado, sob pena de ilegalidade*”¹²¹, e implica que “(...) *«o percurso» dos sujeitos do procedimento está bem marcado, com pouca liberdade instrutória*”¹²².

Por outro lado, “(...) *se é verdade que o princípio na matéria é o de que a violação de regras orgânicas, procedimentais ou de forma implica a invalidade da decisão administrativa (as formalidades são para cumprir), também é verdade que nem todos os trâmites e formalidades do procedimento adjudicatório têm a mesma garantia sancionatória ou são igualmente relevantes em sede de repercussão no procedimento ou na sua decisão. Nem todas as formalidades são portanto indispensáveis à validade dos atos da entidade adjudicante, dos órgãos do procedimento ou dos interessados*”¹²³.

A propósito da teoria das formalidades (não) essenciais, o mesmo autor sustém que “(...) *uma formalidade essencial (cuja preterição conduz em princípio à invalidade do acto) se degrada em não essencial (em mera irregularidade, portanto, sem afetar a validade do acto), quando, num, determinado caso, a sua omissão, não tenha impedido a consecução dos objetivos ou valores jurídicos que ela se destinava a servir, realizados por outra via. Ou seja, em caso de notória inocuidade procedimental ou decisória do incumprimento de formalidades legais ou regulamentares, por a finalidade que se tinha*

¹¹⁷ Fernanda Maças, *in ob. cit.*, p. 408, a propósito dos códigos de exploração, diz tratar-se “(...) *no fundo, do regime material que deve valer nas relações entre concedente e concessionário e deste com os utentes e que é típico das cláusulas dos cadernos de encargos das concessões*”.

¹¹⁸ Através do ofício n.º 5.128 (vd. o ponto 4).

¹¹⁹ Vide o CD, folha 203 da PPA.

¹²⁰ Pois o convite datava de 24 de fevereiro e o termo do prazo de apresentação das propostas era o dia 31 de março, o que implicava que o primeiro terço do prazo para solicitação de esclarecimentos tinha terminado a 8 de março, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

A coberto do mesmo pedido foram requeridas informações sobre outros aspetos do caderno de encargos, mas que obtiveram a mesma resposta, tal como veremos no ponto 3.4. deste documento.

¹²¹ *In Os princípios gerais da contratação pública, Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008, pág. 106.

¹²² *In ob. cit.*, p. 106.

¹²³ *In ob. cit.*, p. 108.



em vista com a sua previsão se ter realizado na mesma, não há aí, pese a sua inobservância, qualquer vício invalidante”¹²⁴ (destaque nosso).

Haverá, desta forma, “(...) uma situação de irrelevância do vício de procedimento sempre que (e na medida em que) os fins específicos que a imposição legal (ou regulamentar) da formalidade visava atingir tenham sido comprovadamente alcançados, no caso concreto, ainda que por outra via. Assegura-se desta forma o valor dos preceitos de forma, mas evita-se cair num formalismo excessivo ou estéril, tendo em consideração o carácter instrumental das prescrições procedimentais”¹²⁵.

Termos em que se afigura que o incumprimento, por omissão, do art.º 44.º do CCP, não constitui a preterição de uma formalidade essencial porque apesar da relevância do código de exploração, o contrato de concessão previu, ainda que em termos mais gerais, o regime material que deve valer nas relações entre concedente e concessionário e deste com os utentes no caderno de encargos, o que permitiu que “(...) os fins específicos que a imposição legal (ou regulamentar) da formalidade visava atingir tenham sido comprovadamente alcançados, no caso concreto, ainda que por outra via”.

3.2.1.3. DA NÃO NOMEAÇÃO DO JÚRI DO PROCEDIMENTO

Em sintonia com o n.º 1 do art.º 67.º do CCP, os procedimentos para a formação de contratos são, em regra¹²⁶, conduzidos por um júri, designado pelo órgão competente para a decisão de contratar, composto, em número ímpar, por um mínimo de três membros efetivos, um dos quais presidirá, e dois suplentes, órgão *ad hoc* que funcionará com respeito pelo disposto no art.º 68.º, iniciando o exercício das suas funções no dia útil subsequente ao do envio do anúncio para publicação, nos termos do seu n.º 1.

As suas competências, elencadas no art.º 69.º do CCP, incluem, na generalidade dos procedimentos pré-contratuais, apreciar as candidaturas e as propostas e elaborar os correspondentes relatórios de análise [vd. as als. a) a c) do n.º 1], para além de outras que nele possam ser delegadas pelo órgão com competência para a decisão de contratar, ao abrigo do n.º 2 do art.º 69.º, com exceção da decisão de qualificação dos candidatos e de adjudicação.

Especificamente no caso do concurso limitado por prévia qualificação estão-lhe legalmente cometidas as competências de publicitação da lista dos candidatos na plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante, a análise e avaliação das candidaturas e solicitação de esclarecimentos sobre as mesmas, a elaboração do relatório preliminar da fase de qualificação (e o seu envio aos candidatos para efeitos de audiência prévia) e do relatório final da mesma fase, a publicitação da lista dos concorrentes na *supra* referida plataforma, a análise e avaliação das propostas e solicitação de esclarecimento sobre as mesmas, e a elaboração do relatório preliminar da fase de apresentação e análise das propostas (e o seu envio para efeitos de audiência prévia) e do correspondente relatório final¹²⁷.

A importância da nomeação deste órgão revelada pelas tarefas substanciais que lhe cumpre desenvolver, é reforçada por Jorge Andrade da Silva¹²⁸ quando argumenta que “[q]uer por razões de ordem prática ligadas ao exercício das funções que lhe cabe desempenhar, quer por uma questão de transparência, é recomendável que a constituição do júri seja estabelecida no acto administrativo que delibera ou decide a abertura do procedimento e constar dos elementos patentes. Por outro lado, a sua composição deve ser objeto de especiais cuidados, no sentido de que possa garantir imparcialidade nos juízos que tem de emitir (...)”, e que os elementos que o integrem “(...) terão de se ser pessoas imparciais e independentes. Por outro lado, a sua escolha deve ser feita também em função dos conhecimentos que têm sobre a natureza das prestações objeto do contrato a celebrar”.

¹²⁴ *In ob. cit.*, p. 110.

¹²⁵ *In ob. cit.*, p. 111.

¹²⁶ Salvo no caso de ajuste direto em que tenha sido apresentada uma única proposta.

¹²⁷ Vd. os art.ºs 177.º, n.º 1, 178.º e 183.º, 184.º, 185.º, 186.º, 138.º, n.º 1, 70.º e 72.º, 146.º, 147.º e 148.º, todos do CCP.

¹²⁸ *In ob. cit.*, págs. 242 e 243.

Não obstante a SRE¹²⁹ confirmou que “[d]o processo físico, não consta a evidência da aprovação dos elementos que compõem o Júri por parte do órgão competente para a decisão de contratar”.

Noutra vertente, a *ratio legis* do preceito legal do n.º 1 do art.º 67.^{o130} reside no facto de os concorrentes ou candidatos terem o direito de previamente saber quem vai fazer parte do júri do procedimento em que estão interessados em participar, pois só assim poderão eventualmente lançar mão dos mecanismos procedimentais relativos às garantias de imparcialidade previstos nos art.ºs 44.º a 51.º do CPA.

É que, como dispõe o art.º 51º do CPA, “[o]s actos ou contratos em que tiverem intervindo titulares de órgão ou agentes impedidos são anuláveis nos termos gerais”.

Por isso é que tais impedimentos, embora apareçam, no CPA, numa Secção relativa às *Garantias de Imparcialidade*, não visam proteger apenas os valores inerentes ao princípio constitucional ou legal da imparcialidade administrativa. Na verdade, e conforme assinalam Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim¹³¹, tanto quanto este princípio, o que está em causa, nesses impedimentos ou proibições (de intervenção procedimental de titulares de órgãos ou agentes administrativos interessados na decisão) é o da prossecução do interesse público, embora seja na sua vertente garantística que tais impedimentos e proibições sejam hoje estudados e tratados.

Poder-se-á assim dizer que a identificação dos membros dos júris – feita *ex ante* – constitui, para a Administração Pública, uma garantia da sua própria imparcialidade, perante a comunidade, para que não se crie a suspeita da sua falta de isenção, pois não basta a sua objetiva imparcialidade, também importa transmitir essa imagem perante os cidadãos e as mais variadas entidades.

O que, no caso, não aconteceu. E essa omissão por parte da entidade com competência para a decisão de contratar, i.e., o CGR, implicou que o procedimento em apreço tivesse sido conduzido por um júri que não foi formalmente apontado, constituído, na qualidade de presidente, por Horácio Bento de Gouveia, e na de vogais, por Elda Maria Fernandes Gonçalves Pedro e Andreia Sofia Lomelino Bernardo Perestrelo.

Circunstancialismo que poderia permitir, em abstrato, o favorecimento ou o desfavorecimento de alguns concorrentes em relação a outros e colocar em causa o princípio da imparcialidade, consagrado no art.º 6.º do CPA, aqui aplicável por força da remissão da al. a) do n.º 6 do art.º 5.º do CPA.

Ficaram também em causa todas as deliberações tomadas por tal órgão indevidamente constituído, atenta a violação da norma do n.º 1 do art.º 67.º do CCP, mas essa ilegalidade é geradora de mera anulabilidade porquanto não se encontra prevista no elenco dos atos nulos do n.º 2 do art.º 133.º do CPA, nem existe qualquer norma que comine expressamente tal forma de invalidade para a infração detetada (vd. o n.º 1 do mesmo art.º 133.º) nem, na prática, foi preterida uma formalidade essencial, pois mesmo que indevidamente formado, houve lugar ao funcionamento de um júri.

3.2.1.4. DAS IRREGULARIDADES NA FIXAÇÃO DE REQUISITOS DE CAPACIDADE FINANCEIRA E TÉCNICA DOS CANDIDATOS

No âmbito do procedimento concursal vertente só foi apresentada a candidatura do CELFF¹³², que mereceu a seguinte apreciação no ponto 3. do relatório preliminar da fase de qualificação, de 29 de janeiro de 2010¹³³: “[o] júri propõe a admissão da proposta apresentada pelo único concorrente (...) uma vez que, pela análise dos documentos apresentados, a mesma preenche todos os requisitos de

¹²⁹ Através do ofício 5.128 (vd. o ponto 5.).

¹³⁰ Vd., entre outros, os Acórdãos n.ºs 80/08, de 17 de junho, 128/08, de 28 de outubro, 140/08, de 11 de novembro, 150/08, de 2 de dezembro, e 156/09, de 20 de outubro, da 1.ª Secção deste Tribunal, embora aí se faça alusão à norma do n.º 1 do art.º 59/99, de 2 de março, mas cujo conteúdo é materialmente idêntico.

¹³¹ *In Código do Procedimento Administrativo*, Comentado, 2.ª edição, pág. 243.

¹³² Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

¹³³ Vide o CD, folha 203 da PPA.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

qualificação exigidos no programa de concurso”, atestando o ponto 2. do mesmo relatório que não foram solicitados quaisquer esclarecimentos pelo candidato.

Nessa sequência, o júri propôs que, não se tendo verificado qualquer observação por parte do concorrente, lhe fosse endereçado convite a fim de apresentar a sua proposta, tal como sobressai do relatório final da fase de qualificação, de 11 de fevereiro de 2010.

Sucedem, porém, que neste domínio se identificaram irregularidades que põem em causa a conclusão a que chegou o júri do procedimento:

- I. Articula o n.º 5 do art.º 164.º do CCP que quando o anúncio do concurso limitado por prévia qualificação não for publicado no JOUE o programa do concurso pode prever que a qualificação dos candidatos seja efetuada apenas em função da capacidade técnica ou apenas em função da capacidade financeira. *A contrario*, tendo o anúncio sido publicado no JOUE, a qualificação dos candidatos deverá ser efetuada em função da capacidade técnica e financeira, melhor definidas nas als. h) e i) do n.º 1 do art.º 164.º do CCP.

Nesta sede, porém, o que resulta do art.º 6 do programa do procedimento é que a entidade adjudicante definiu que a qualificação dos candidatos assentaria no modelo simples e seria realizada apenas em função da respetiva capacidade técnica, na área da formação profissional em hotelaria, restauração e turismo, com os requisitos mínimos a preencher pelos candidatos definidos nas als. a) e b) do art.º 7.º, isto quando estava assente que o anúncio do mesmo procedimento também foi divulgado no dito jornal de âmbito europeu, o que permite concluir que a opção de qualificar os candidatos somente em função da respetiva capacidade técnica contraria o disposto no n.º 5 do art.º 164.º do CCP.

Conclusão com a qual a SRE concordou quando anui que ¹³⁴ “[e]fetivamente, os artigos 6.º a 8.º do programa do concurso referentes à fase de qualificação dos candidatos exigem requisitos mínimos de capacidade técnica”.

Riposta que, “[c]ontudo, apesar de não ter sido fixado o requisito mínimo de capacidade financeira previsto na al. i) e n.º 4 do artigo 164.º e o n.º 2 do artigo 165.º do CCP os candidatos comprovaram a sua aptidão para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar através da entrega do modelo contante do anexo I-M (...), enquanto documento destinado à qualificação pelo programa”, o que claramente não satisfaz aquilo que a lei impõe, pois este dito modelo, que constitui um dos documentos que integram a proposta, com respeito pela al. a) do n.º 1 do art.º 57.º do CCP, e, no caso da RAM, pelo art.º 6.º do DLR n.º 34/2008/M, não visa satisfazer esse fim, pois não passa de uma declaração do concorrente de aceitação do conteúdo do caderno de encargos.

A opção de não qualificar os candidatos no que tange à sua capacidade financeira assume maior agravante quando se atenta ao teor do considerando da al. i) da Resolução do CGR n.º 1504/2009¹³⁵, que expressamente refere que a exploração e funcionamento da EPHTM “(...) não gera actualmente proveitos financeiros significativos, antes reclamando pesados encargos (...)”, da cláusula 8.ª, n.º 1, do caderno de encargos, donde sobressai que “[o] concessionário assume expressa, integral e exclusivamente a responsabilidade pelos riscos inerentes à concessão”, e da cláusula 9.ª, n.º 1, do mesmo caderno, que responsabiliza a concessionária “(...) pela obtenção dos financiamentos necessários ao desenvolvimento de todas as atividades que integram o objeto do contrato”.

Com efeito, os pressupostos assinalados deveriam ter rodeado de maiores cuidados a presente contratação pois a aferição da “(...) aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do

¹³⁴ Vd. o ofício n.º 5.128, ponto 14.

¹³⁵ Que, lembre-se, autorizou o procedimento pré-contratual em análise.

contrato a celebrar” implicava que se tivesse salvaguardado a verificação dos requisitos (mínimos ou adicionais) de capacidade financeira a fixar pela entidade adjudicante, tal como previsto nos n.ºs 2 e 3 do art.º 165.º, mencionados no n.º 4 do art.º 164.º e no n.º 3 do art.º 165.º, todos do CCP¹³⁶.

Dito de outro modo, a entidade adjudicante não se muniu dos instrumentos para confirmar se o CELFF tinha ao seu dispor os recursos financeiros adequados para garantir que desenvolveria a sua atividade durante o período contratual e executaria integralmente o contrato, tal como parecia ser a preocupação da Região quando optou por concessionar a EPHTM (vd. os pontos **3.1.1** e **3.4** deste documento).

A adoção do concurso limitado por prévia qualificação constitui uma manifestação de um espaço de autonomia administrativa e de discricionariedade de escolha conferida pelas normas reguladoras dos procedimentos pré-contratuais – no caso, pelo n.º 1 do art.º 31.º do CCP – mas que, simultaneamente, vincula a entidade adjudicante a observar as normas que regulam este procedimento no CCP o que implicava, por o respetivo anúncio ter sido divulgado no JOUE, que tivessem sido formuladas exigências aos candidatos, para efeitos da respetiva qualificação, quer em termos de capacidade técnica, quer em termos de capacidade financeira, avaliando-se, desta forma, um aspeto que, pelos contornos que a concessão futura traria, seria essencial à sua perfeita execução.

A opção feita pela entidade adjudicante nessa matéria tem ainda implicação direta na otimização do princípio da concorrência, uma vez que, contrariamente ao que se verifica no concurso público, no concurso limitado por prévia qualificação o acesso ao procedimento é limitado a quem preencher determinados requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira, ou seja, os selecionados são os únicos convidados a apresentar propostas¹³⁷.

Razão pela qual o exercício da liberdade de escolha do procedimento não é arbitrário: há normas reguladoras dessa autonomia, que estabelecem limites e direcionam o exercício da discricionariedade atribuída. Referimo-nos tanto aos princípios gerais da atividade administrativa, para que remete o art.º 5.º, n.º 6, al. a), do CCP, como aos princípios específicos da contratação pública referidos no art.º 1, n.º 4 do mesmo Código, donde sobressaem, *in casu*, os da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da transparência e da concorrência. Estas normas de princípio incidem ou projetam-se no espaço de autonomia que aquelas normas atribuem às entidades adjudicantes, impondo certos cânones ou determinados parâmetros ao “*iter*” lógico ínsito no procedimento em apreço.

O princípio da concorrência, em especial, é a trave-mestra dos procedimentos da contratação pública, e o interesse público que lhe está subjacente está bem implícito no seu enunciado: estimular o mercado e os operadores económicos a concorrerem, como opositores e em condições de igualdade, de modo a se poder selecionar a proposta que melhores condições oferece para a satisfação do interesse específico que levou a entidade adjudicante a determinar-se ao negócio.

E a projeção da norma da concorrência no âmbito do concurso limitado por prévia qualificação formatado pelo CCP à entidade que o decide lançar impõe, no quadro atual, a fixação dos aludidos requisitos mínimos de capacidade financeira (a par dos de capacidade técnica), entendendo-se que não se basta com a capacidade revelada pelos documentos de habilitação, isto tendo em conta o juízo de adequação que o órgão competente para a decisão de contratar faça em relação à necessidade que visa satisfazer com o contrato a celebrar e à idoneidade do meio escolhido para essa satisfação, o que compelia que a SRE tivesse definido critérios ou exigências limitativas do acesso ao proce-

¹³⁶ A avaliação da capacidade financeira pressupõe pelo menos o preenchimento do requisito mínimo traduzido pela expressão matemática constante do anexo IV ao CCP [al. i) do n.º 1 do art.º 164.º], enquanto os art.ºs 164.º, n.º 4, e 165.º, n.º 3, estabelecem que o programa do concurso pode ainda indicar outros requisitos mínimos de capacidade financeira que os candidatos devem preencher, a acrescer e portanto, sem prescindir do preenchimento do requisito previsto no anexo IV *supra* referido.

¹³⁷ Procedimento que é, atualmente, o único regulado pelo CCP que prevê esta fase de qualificação dos concorrentes.



dimento, justificados, racionais e razoáveis, com ponderação sobre as circunstâncias de facto relevantes para a celebração do contrato em expectativa, não só no campo das qualidades e aptidões técnicas dos candidatos, mas também no campo financeiro.

II. Comanda a al. h) do n.º 1 do art.º 164.º do CCP que o programa do procedimento deve indicar os requisitos mínimos de capacidade técnica que os candidatos têm de preencher, enquanto o n.º 1 do art.º 165.º enumera as características que estes requisitos devem obedecer¹³⁸, em concreto, “(...) *ser adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar, **descrevendo** situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos, designadamente:*

- a) *À experiência curricular dos candidatos;*
- b) *Aos recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros utilizados, a qualquer título, pelos candidatos;*
- c) *Ao modelo e à capacidade organizacionais dos candidatos, designadamente no que respeita à direcção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controlo de qualidade (...)”* (destaque nosso).

Por força do art.º 6.º do programa do procedimento, a qualificação dos candidatos deveria ter sido efetuada em função da respetiva capacidade técnica na **área da formação profissional** em hotelaria, restauração e turismo, e os respetivos requisitos mínimos serem preenchidos, com respeito pelas als. a) e b) do art.º 7.º da mesma peça, pela:

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

Os documentos destinados à qualificação, de acordo com as als. a) a c) do art.º 8.º seriam:

- ✓ Uma declaração em conformidade com o modelo constante do anexo I-M;
- ✓ O comprovativo da experiência curricular do candidato na área da formação profissional em hotelaria, restauração e turismo, e
- ✓ O comprovativo da experiência profissional dos administradores a propor para a gestão da EPHTM.

Contudo, nos termos das als. a) a c) do n.º 2 do art.º 5.º do programa do procedimento e da cláusula 4.ª do contrato de concessão, integram o objeto desta as atividades de:

- a) Realização de cursos e **ações de formação** no setor da hotelaria e turismo;
- b) **Exploração do hotel de aplicação, restaurante e bar;**
- c) **Centro de Novas Oportunidades.**

Ora, articulando o objeto da concessão com o disposto no citado n.º 1 do art.º 165.º do CCP, que ordena que os requisitos mínimos de capacidade técnica sejam adequados à natureza das prestações do objeto do contrato a celebrar, não se vislumbra que a formulação dos requisitos vertida no art.º 7.º do programa do procedimento tenha abrangido a totalidade das prestações contratuais, designadamente no que tange à experiência em hotelaria, restauração e bar ou ao nível do CNO, tendo-se ficado pela exigência de experiência curricular na área da formação profissional em hotelaria, restauração e turismo.

É por que a avaliação da capacidade técnica deve estar ligada única e exclusivamente ao objeto do contrato e ser proporcional à satisfação das obrigações decorrentes do contrato a adjudicar que são valorizados, em detrimento da proposta que ainda nem foi apresentada nessa fase, os requisitos

¹³⁸ Nos termos do n.º 5, os requisitos mínimos de capacidade técnica não devem ser fixados de forma discriminatória.

subjetivos de participação e/ou habilitação no procedimento, relacionados com a dita capacidade, designadamente as qualidades, características, e outros elementos de facto respeitantes aos candidatos. Nesta modalidade concursal, mais concretamente, na fase de qualificação, há um interesse pelo operador económico “*em si*” e não só na proposta que pretende apresentar na fase seguinte.

Já foi observado que a entidade adjudicante dispõe de alguma liberdade na fixação dos critérios de avaliação da capacidade técnica, desde que respeitados os limites gerais previamente apontados. E que a opção pelo concurso limitado por prévia qualificação implica, como o próprio nome indica, que o acesso é limitado às entidades que preenchem, neste caso, determinados requisitos mínimos de capacidade técnica.

Em suma, quando a entidade adjudicante opta pelo concurso limitado por prévia qualificação interessam os aspetos subjetivos que respeitam precisamente à qualificação técnica dos concorrentes, entendendo-se que a satisfação do interesse público subjacente envolve especiais competências ou experiências por parte do adjudicatário.

O que impede que se perceba por que razão a entidade adjudicante não definiu requisitos mínimos de capacidade técnica que abrangessem a totalidade das prestações objeto do contrato a celebrar, o que inviabilizou, na prática, que não fosse avaliada a capacidade técnica dos candidatos relativamente a todas as prestações abrangidas no objeto do contrato, nomeadamente a exploração do hotel de aplicação, restaurante e bar, e o CNO, em inobservância do comando do n.º 1 do art.º 165.º do CCP.

- III. Também fica por explicar por que razão para os requisitos de posse de experiência curricular do candidato na área de formação profissional de hotelaria, restauração e turismo e de experiência profissional dos administradores a propor para a gestão da EPHTM não se tenha estabelecido, designadamente, um número mínimo de anos, isto quando na fase de qualificação dos candidatos surge saliente na lei a operação de análise das candidaturas para averiguar o que nelas se contém, formal e materialmente, no que aos requisitos de acesso ao procedimento e à descrição e comprovação da aptidão técnica interessa.

Com efeito, não se vislumbra que elementos passíveis de avaliação a entidade adjudicante exigiu aos candidatos que assegurasse que o júri os qualificasse atenta a falta de densificação dos mesmos, melhor evidenciados nas als. b) e c) do n.º 1 do art.º 8.º do programa do procedimento, porquanto não explicitavam, nomeadamente, o tipo de comprovativo a apresentar em abono da respetiva capacidade e qualidades técnicas (ex.: certificações, atestados, reconhecimentos, etc., emitidos por quaisquer entidades, oficiais ou não).

Sobre esta matéria veja-se o n.º 1 do art.º 178.º do CCP, que manda o júri analisar “(...) *as candidaturas para efeitos da qualificação dos respetivos candidatos*”, o n.º 2, que dispõe que “[o] *preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira referidos no artigo 165.º é comprovado pela avaliação dos elementos constantes dos documentos destinados à qualificação dos candidatos*”(vd. ainda o art.º 183.º), e o art.º 179.º que ordena que “[n]o caso de a qualificação não assentar no sistema de seleção (...) *são qualificados todos os candidatos que preenchem os requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira*” (destaque nosso).

Ou seja, no modelo simples de qualificação é avaliada a capacidade técnica dos candidatos em termos absolutos tendo por referência os requisitos mínimos respetivos estabelecidos no programa do procedimento para determinar quem os preenche ou não, o que ocorre mediante uma operação de avaliação do mérito dos candidatos através dos documentos e informações exigidos pela entidade adjudicante para tal fim, o que necessariamente pressupõe um juízo de valor e não meramente certificativo em termos de equipamento, pessoal, métodos, matérias, etc..

Reiteramos deste modo a ideia, que, *in casu*, os documentos relativos à experiência curricular do candidato e à experiência profissional dos administradores, que não podiam deixar de estar associados à capacidade técnica detida por esses agentes, deviam evidenciar as competências mínimas associadas,



envolvendo a apresentação, relativamente a cada um desses elementos, de certificações, atestados, reconhecimentos emitidos por entidades, oficiais ou não.

A SRE tentou justificar¹³⁹ este ponto insistindo que “[o] critério da experiência curricular do candidato foi comprovado pela entrega do comprovativo da sua experiência curricular na área da formação profissional em hotelaria, restauração e turismo, abrangendo, assim, a parte da exploração do hotel de aplicação, restaurante e bar. Os restantes documentos exigidos pelo art.º 8.º do programa do concurso, foram os elementos que a entidade adjudicante entendeu serem adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar e necessários para efeitos de qualificação dos candidatos”, o que face ao quanto ficou atrás dito não vinga.

Consolidando o que foi adiantado, a não fixação, pela entidade adjudicante, de requisitos (ao menos) mínimos de capacidade financeira aos candidatos, analisada em **I.**, violou os n.ºs 5 do art.º 164.º e 2 e 3 do art.º 165.º.

Noutro prisma, a falta relatada em **II.**, resultante da não definição de requisitos mínimos de capacidade técnica que englobassem todas as prestações objeto do contrato a celebrar, descuroou o dispositivo do n.º 1 do art.º 165.º do CCP

Por fim, os documentos solicitados para a verificação do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica exigidos eram insuficientes para esse propósito, contrariando o disposto nos art.ºs 165.º, n.º 1, e 168.º, n.º 1, do CCP, e obstaculizava a que o júri tivesse deliberado a admissão da proposta apresentada pelo único concorrente.

O gizado pôs em causa, de igual modo, os princípios da igualdade, proporcionalidade, imparcialidade, boa-fé, transparência, concorrência e legalidade, reconhecidamente dominantes nos procedimentos pré-contratuais, os quais transparecem do art.º 266.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa¹⁴⁰ (CRP), do art.º 1.º, n.º 4, do CCP (ver a nota preambular do DL n.º 18/2008), e dos art.ºs 3.º a 6.º-A do CPA, e conduziu à anulabilidade do ato final de adjudicação, nos moldes traçados no ponto **3.2.1.1.**

3.2.1.5. DA INSUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO DO RELATÓRIO PRELIMINAR DA FASE DE QUALIFICAÇÃO

O relatório preliminar elaborado a 29 de janeiro de 2010 e onde foi proposta, pelo júri, a qualificação do único candidato, limita-se a aludir a que:

1. *Para efeitos de audiência prévia, o júri elaborou o presente relatório preliminar, onde registou os resultados da análise e avaliação da proposta apresentada.*
2. *Não foram solicitados quaisquer esclarecimentos pelo concorrente.*
3. *O júri propõe a admissão da proposta apresentada pelo único concorrente (...), uma vez que, pela análise dos documentos apresentados, a mesma preenche todos os requisitos de qualificação exigidos no programa de concurso”.*

Tal conteúdo revela-se insuficiente para fundamentar o proposto pois não evidencia, designadamente, por que motivo o candidato preenchia os requisitos mínimos de capacidade técnica traçados pela entidade adjudicante para efeitos de qualificação, o que afronta o comando do n.º 1 do art.º 184.º do CCP.

A SRE, sobre este ponto, procurou elucidar que¹⁴¹ “[o] júri analisou a documentação da candidatura, verificou se o candidato preencheu os requisitos mínimos fixados no programa do concurso e, na sequência dessa verificação, elaborou o relatório preliminar no qual propôs a qualificação do candidato por ter preenchido todos os requisitos exigidos, conforme resulta do ponto 3 do relatório preli-

¹³⁹ Através do ofício n.º 5.128 (vd. o ponto 11).

¹⁴⁰ Aprovada pelo Decreto de 2 de abril de 1976, e alterada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/82, de 30 de setembro, 1/89, de 8 de julho, 1/92, de 25 de novembro, 1/97, de 20 de setembro, 1/2001, de 12 de dezembro, 1/2004, de 24 de julho, e 1/2005, de 12 de agosto.

¹⁴¹ Cfr. o ofício da SRE n.º 5.128 (vd. o ponto 16.).

minar, de 29.01.10, junto ao presente processo”, o que, conquanto, não sana a deficiência apurada, dado que a análise que se invoca ter sido realizada não se encontra espelhada no correspondente relatório.

A suportar este entendimento o art.º 125.º, n.º 1, do CPA, compele a que a fundamentação dos atos administrativos seja expressa, através da sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão [vd. ainda a al. d) do n.º 1 do art.º 123.º do CPA], e a sua falta, como é jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Administrativo, determina a anulabilidade do ato.

Essa exigência resulta, de igual modo, da própria CRP, que, no n.º 3 do art.º 268.º, estabelece que os atos administrativos que possam afetar os direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados carecem de fundamentação expressa e acessível.

O que, transposto para o caso vertente, significava que o relatório e, por seu intermédio, o ato administrativo subsequente, deveria apresentar-se formalmente como uma série de silogismos lógicos, compostos por premissas de facto e de direito, permitindo que os seus destinatários pudessem fazer a reconstituição do itinerário cognoscitivo e valorativo feito pelo júri e, dessa forma, ficassem cientes do sentido dessa mesma decisão e das razões que a sustentam.

A efetiva fundamentação dos atos ajuda a compreendê-los, é decisiva para se aquilatar do cumprimento dos princípios da transparência, igualdade, proporcionalidade e imparcialidade da atuação administrativa, especialmente em áreas onde a discricionariedade predomina, e salvaguarda a hipótese de os destinatários dessas decisões poderem contra elas reagir em caso de lesão dos seus direitos e interesses.

E embora as decisões administrativas de classificação ou valoração do mérito devam considerar-se suficientemente fundamentadas desde que das respetivas atas constem, diretamente ou por remissão para outras peças do procedimento, os elementos, fatores, parâmetros ou critérios com base nos quais o órgão decisor procedeu à ponderação determinante do resultado concreto a que chegou, tal também não se concretizou no presente relatório.

Atuação que não se mostra compaginável com as normas dos citados art.ºs 184.º, n.º 1, do CCP, e 123.º, n.º 1, al. d), e 125.º, n.º 1, do CPA, e contradiz os princípios da transparência, igualdade, proporcionalidade, e imparcialidade da atuação administrativa, acolhidos nos art.ºs 266.º, n.º 2, da CRP, e 1.º, n.º 4, do CCP.

Todavia, a consulta do processo permite aferir que o candidato apresentou os documentos destinados à qualificação¹⁴² exigidos no art.º 8.º do programa do procedimento, o que sana o possível vício que daí adviesse, não obstante se reitere que a fase de prévia qualificação pressupõe uma efetiva avaliação da capacidade técnica e ou financeira dos candidatos, ou seja, um juízo de valor e não meramente comprovativo da aptidão dos candidatos, remetendo-se, nesta sede, para o que ficou dito no ponto **3.2.1.4.** sobre a insuficiência dos documentos exigidos aos candidatos para efeitos probatórios da sua capacidade técnica.

3.2.1.6. DA INCORRETA FORMULAÇÃO DO MODELO DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS

Admitido o CELFF ao procedimento nos termos explanados no ponto antecedente, foi-lhe remetido convite a apresentar proposta, tal como proposto pelo júri e posteriormente acolhido pelo Secretário Regional da Educação a 24 de fevereiro de 2010.

No presente caso, a seleção da entidade adjudicatária seguiu o critério previsto na al. a) do n.º 1 do art.º 74.º do CCP, ou seja, o da proposta economicamente mais vantajosa, e o ponto 7. do convite, que seguiu o art.º 14.º do programa do concurso, explicitou os fatores e os subfactores relativos aos aspetos

¹⁴² Cfr. o CD, folha 203 da PPA.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência e os valores dos respetivos coeficientes de ponderação.

Os fatores que densificaram o dito critério de adjudicação foram os *Financeiros*, subdividido em dois subfactores, o *Valor anual das rendas a pagar pelo concessionário* e a *Percentagem de desconto a conceder ao Governo Regional para os serviços a prestar de restauração e hotelaria, relativamente aos preços tabelados para o público em geral*, e o *Plano de formação: cursos, ações de formação e formação de ativos a serem promovidos em cada ano letivo, durante a vigência do contrato*, o qual foi decomposto em outros quatro subfactores, a saber: *Cursos de nível III (dupla certificação)*, *Cursos de formação para profissionais de Informação Turística*, *Cursos de Especialização Tecnológica de nível IV* e *Activos abrangidos por Ações de Formação*.

Afigura-se, porém, que na escala valorativa definida no art.º 14.º do programa do procedimento, e replicada no ponto 7. do convite, para os *supra* referidos subfactores não se estabeleceu a necessária escala gradativa estruturada em função de uma expressão matemática ou de um conjunto ordenado de atributos suscetíveis de serem propostos para os aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos – pese embora não seja esse o entendimento da SRE¹⁴³ –, como se passa a demonstrar:

1. *Financeiros*.....75%
1.1. *Valor anual das rendas a pagar pelo concessionário*.....50%

Valor da renda anual em euros	Pontuação
de 200.000 a 300.000	50
De 300.001 a 400.000	75
Superior a 400.000	100

1.1.1. Não serão aceites propostas com valor de renda anual inferior a 200.000€.

- 1.2. *Percentagem de desconto a conceder ao Governo Regional para os serviços a prestar de restauração e hotelaria, relativamente aos preços tabelados para o público em geral*.....25%

Percentagem de desconto a conceder ao Governo Regional	Pontuação
Inferior a 10%	0
de 10% a 20%	50
Superior a 20%	100

2. *Plano de formação: cursos, ações de formação e formação de ativos a serem promovidos em cada ano letivo, durante a vigência do contrato*.....25%

Cursos de nível III (dupla certificação)	Pontuação
Até 2	0
3 a 6	50
superior a 6	100

Cursos de formação para profissionais de Informação Turística	Pontuação
até 2	0
3 a 4	50
superior a 4	100

¹⁴³ Pois argumenta que “[a] entidade adjudicante estabeleceu desde logo no programa do concurso e posteriormente no convite a parametrização do modelo de avaliação das propostas com a enunciação e publicitação dos fatores e subfatores que densificaram o critério de adjudicação, bem como dos respetivos coeficientes de ponderação, em conformidade com o exigido pelos princípios da igualdade, concorrência, transparência, publicidade e da boa-fé, e com o preceituado nos artigos 75.º e 139.º do CCP” (vd. o ofício n.º 5.128, ponto 23.).

Cursos de Especialização Tecnológica de nível IV	Pontuação
até 2	0
de 50 a 150	50
superior a 150	100

Activos abrangidos por Acções de Formação	Pontuação
até 2	0
de 50 a 150	50
superior a 150	100

$$Vf2 = (Vsf2.1 \times 0,25) + (Vsf2.2 \times 0,25) + (Vsf2.3 \times 0,25) + (Vsf2.4 \times 0,25)$$

Em que:

VF2 é a pontuação a atribuir ao factor 2

Vsf é a pontuação a atribuir ao subfactor

$$V(p) = (Vf1.1 \times 0,5) + (Vf1.2 \times 0,25) + (Vf2 \times 0,25)$$

Em que:

V(p) é a pontuação global a atribuir à proposta

Vf é a pontuação atribuída ao factor

2.1. Em caso de empate será dada preferência à proposta com valor de renda mais elevado.

Sendo verdade que a entidade adjudicante goza de discricionariedade na escolha dos fatores e eventuais subfactores e suas ponderações, sobressai, que, nessa escolha, não foi integralmente acolhida a disciplina veiculada pelos normativos previstos nesta matéria no CCP.

Desde logo, comanda a al. q) do n.º 1 do art.º 164.º que o programa do procedimento deve indicar, quando o critério de adjudicação seja o da proposta economicamente mais vantajosa “(...) o modelo de avaliação das propostas, explicitando claramente os factores e eventuais subfactores relativos aos aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, os valores dos respetivos coeficientes de ponderação e, relativamente a cada um dos factores ou subfactores elementares, a respetiva escala de ponderação, bem como a expressão matemática ou o conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos que permita a atribuição das pontuações parciais”.

E, de acordo com as normas constantes dos n.ºs 2, 3 e 5 do art.º 139.º, aplicável *ex vi* n.º 1 do art.º 162.º, a pontuação global de cada proposta corresponde ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada fator ou subfactor elementar, multiplicados pelos valores dos respetivos coeficientes de ponderação, devendo para cada fator ou subfactor elementar ser definida uma escala de pontuação através de uma expressão matemática ou em função de um conjunto ordenado de diferentes atributos susceptíveis de serem propostos para o aspeto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos respeitante a esse fator ou subfactor, sendo as pontuações parciais de cada proposta atribuídas pelo júri através da aplicação da expressão matemática referida no n.º 3 ou, quando esta não existir, através de um juízo de comparação do respetivo atributo com o conjunto ordenado referido no mesmo número.

O que é submetido à concorrência varia, portanto, com as propostas e, por isso, tem de ser avaliado e comparado através de um modelo de avaliação, decomposto em fatores e subfactores de adjudicação, seus atributos e escalas de pontuação¹⁴⁴.

No caso concreto as escalas de pontuação para os diferentes subfactores dos dois fatores eleitos foram

¹⁴⁴ Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira *in op cit.*, págs. 916 a 918, aludem precisamente à distinção entre as operações de análise e de avaliação das propostas, sendo que as primeiras destinam-se a aferir do cumprimento dos requisitos obrigatórios do caderno de encargos e as segundas a avaliar os aspetos submetidos à concorrência.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

definidas através de um conjunto ordenado de atributos e a pontuação parcial de cada proposta seria conferida através de um juízo de comparação dos ditos atributos da proposta com o conjunto ordenado referido, enquanto a pontuação global corresponderia ao resultado da soma das pontuações parciais obtidas em cada fator, multiplicadas pelos respetivos coeficientes de ponderação, tal como comandam as disposições pertinentes nesta matéria.

A questão que aqui surge prende-se com a forma como foi definida a pontuação nos subfactores em apreço, pois a escala valorativa adotada não revela um desenvolvimento proporcional, obstando à normal gradação da proximidade das propostas.

A lei não fornece regras sobre a quantidade de níveis de pontuação que deve ser estabelecida nos modelos de avaliação em contratação pública, o que permite uma certa discricionariedade nesta matéria. Todavia, porque se tratam de modelos matemáticos de decisão, que têm por objetivo avaliar e graduar propostas, devem ser construídos de forma a encontrar as diferenças entre as propostas economicamente mais vantajosas que permitam ordená-las para efeitos de adjudicação.

Escalas de pontuação com classificações de três níveis (50, 75 ou 100, e 0, 50 ou 100) conduzem a listas com apenas três níveis, não sendo essa a pretensão do n.º 1 do art.º 146.º do CCP, onde se estabelece a obrigatoriedade de ordenação das propostas.

Sendo a pontuação final de cada proposta a soma ponderada das respetivas pontuações parciais em cada um dos fatores é necessário que os modelos de avaliação permitam que as próprias pontuações parciais sejam gradativamente diferenciadas.

Na situação em apreço, sendo os subfactores escolhidos avaliados por intervalos reduzidos na escala de 50, 75 e 100, e de 0, 50 e 100, uma avaliação extremada (de 0 ou 100) num subfactor tem um impacto excessivo na gradação final, o que prova que uma escala concentrada com três únicos níveis não é suficiente e logo há a necessidade de atribuir pontuações intermédias.

Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁴⁵, no tocante a esta temática, acolhem o posicionamento de que os métodos de classificação parcial das propostas podem ser quantitativos ou qualitativos, mas “[a] preocupação que, em qualquer caso, deve nortear a organização de uma escala de pontuação dos factores e subfactores do critério de adjudicação é (...) de a apertar tanto quanto possível, de maneira a não deixar grandes «buracos» ou intervalos classificativos entre propostas de valia próxima, em prol dos princípios da concorrência e da proporcionalidade”.

Sintetizando, e sem prejuízo das especificidades de cada caso e de cada fator ou subfactor, as escalas binárias ou com três níveis não são, em bom rigor, aptas aos efeitos a que se destinam os modelos de avaliação de propostas em contratação pública.

Tanto assim é que do critério adotado e do modelo de avaliação definido resulta que as propostas que apresentassem um valor de renda entre 200 000,00€ a 300 000,00€, ou entre 300 001,00€ a 400 000,00€, não seriam objeto de diferenciação entre si, nem as rendas superiores a 400 000,00€ seriam melhor pontuadas, o mesmo sucedendo para as propostas que concedessem uma percentagem de desconto ao GR entre 10 a 20% ou superior a 20% e, *mutatis mutandis*, no caso dos restantes atributos, o que torna este modelo condicionador de uma efetiva concorrência, pois só muito dificilmente algum candidato se mostraria disposto a oferecer rendas ou descontos mais interessantes do ponto de vista do interesse público, nomeadamente superiores a 400 000,00€ ou acima dos 20%, respetivamente, uma vez que não mereceriam melhor valoração por parte da entidade adjudicante.

O que significa que o princípio da concorrência não foi integralmente observado na parte em que este impele a que se considerem os concorrentes como opositores em condições de igualdade que competem entre si e em que as suas propostas são medidas sempre pelo seu mérito, ou do ponto de vista da entidade adjudicante, as que forem economicamente mais vantajosas.

¹⁴⁵ *In op. cit.*, pág. 974.

Em suma, aqui não se questiona a objetividade do critério de adjudicação ou do modelo de avaliação definidos, aspeto que, só por si, não lhe confere um cunho de legalidade, pois, para tanto, tem de cumprir a função que a lei lhe atribui: diferenciar e graduar as propostas, permitindo escolher a melhor pelos seus atributos.

Consideram-se, assim, ilegais os casos em que as escalas estão organizadas grosseiramente com intervalos visivelmente desproporcionados na sequência das diversas pontuações, como é o caso do modelo apreciado, por inobservância dos art.ºs 139.º, n.ºs 2, 3 e 5, e 164.º, n.º 1, al. q), do CCP, o que envolve a anulabilidade do ato final de adjudicação e do contrato subsequente, por força do art.º 135.º do CPA, e do art.º 283.º, n.º 2, do CCP.

3.2.1.7. DA ADMISSÃO INDEVIDA DA PROPOSTA DO CELFF

O n.º 1 da cláusula 9.ª do caderno de encargos, sob a epígrafe *Financiamento*, pressupõe que “[o] concessionário é responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao desenvolvimento de todas actividades que integram o objecto do contrato, de forma a garantir o exacto e pontual cumprimento das suas obrigações”, ressaltando o seu n.º 2 que “[n]ão são oponíveis ao concedente quaisquer excepções ou meios de defesa que resultem das relações contratuais estabelecidas pelo concessionário nos termos do número anterior”.

A cláusula 16.ª, n.º 1, da mesma peça, impõe ao concessionário a obrigação de, durante a vigência do contrato e a expensas suas, manter o imóvel integrante da concessão em bom estado de conservação e em perfeitas condições de utilização e segurança, encontrando-se elencadas nas als. a) a c) do n.º 3 uma série de obras de manutenção que são expressamente da sua responsabilidade.

E o n.º 2 da cláusula 27.º determina à futura contraparte “(...) durante o período de concessão e eventuais prorrogações, a manutenção de todos os direitos e regalias dos trabalhadores vinculados à EPHTM à data da celebração do contrato de concessão, de acordo com a relação que consta do Anexo III do presente caderno de encargos”.

O CELFF, contudo, na carta de apresentação da sua proposta e na proposta¹⁴⁶ propriamente dita, especificou termos ou condições que põem em causa aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência contemplados nas citadas cláusulas do CE, a saber:

- ✓ “[o] projeto que o Celff apresenta pressupõe um modelo de financiamento para todo o período da concessão, a acordar com o Governo Regional, independentemente da manutenção dos fundos comunitários europeus”,
- ✓ “[o] valor” da “renda será utilizado na íntegra para efectuar melhorias nas infra-estruturas, instalações e equipamentos da EPHTM propostos pelo concessionário e aprovadas pelo Governo da Região Autónoma da Madeira, em condições a acordar entre as partes”, e
- ✓ O processo de gestão da escola implicará a “(...) racionalização e reorganização dos recursos humanos, através de uma redução do quadro de pessoal actual (a efectuar antes da concessão ocorrer), ou da assunção pelo Governo Regional dos encargos com os trabalhadores que forem considerados excedentários (...)”.
- ✓ Que “[a]ntes de iniciar a concessão, e por forma a que todos os intervenientes fiquem na posse das informações necessárias a uma correta avaliação e tomada de decisão será fundamental a realização de uma **auditoria técnica** externa às instalações da Escola e respetivos equipamentos”, e que

¹⁴⁶ Vide o CD, folha 203 da PPA.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

- ✓ “(...) o compromisso que o Celff se propõe assumir (...) ficará ainda mais forte com a sua intenção de celebrar, com o Governo Regional, um protocolo que lhe permita ser fornecedor privilegiado para todos os serviços que o Hotel e a Escola podem prestar (...)”.

O júri expressou, conquanto, no relatório preliminar da fase da apresentação e análise das propostas de 12 de abril de 2010¹⁴⁷, que não se verificava nenhuma das condições de exclusão a que se refere o art.º 70.º do CCP, tendo a proposta ficado assim pontuada, depois de apreciada e avaliada à luz do critério de adjudicação:

FATORES	SUBFACTORES	PONTUAÇÃO
1. Financeiro	1.1. Valor anual das rendas a pagar pelo concessionário	50
	1.2. Percentagem de desconto a conceder ao Governo Regional para os serviços a prestar de restauração e hotelaria, relativamente aos preços tabelados para o público em geral	100
2. Plano de formação	— Cursos de nível III (dupla certificação) — Cursos de formação para profissionais de Informação Turística — Cursos de especialização Tecnológica de nível IV — Ativos abrangidos por ações de formação	0

Especificamente sobre o plano de formação, que constituía um dos atributos da proposta, o júri entendeu que “(...) apesar das áreas de formação irem de encontro às previstas no «Estudo Prospectivo dos Perfis Profissionais para o Reforço da Competitividade e Produtividade da Economia Regional 2007-2013 (concretamente no Mega – Cluster ‘Turismo e Acolhimento’) (...) deliberou atribuir pontuação de zero (...) uma vez que, pela proposta apresentada, apenas é possível quantificar o número de ações a promover no ano lectivo de 2010/2011”¹⁴⁸, em contradição com a explicitação daquele fator do critério de adjudicação, que deveria ser apreciado em função dos “cursos, ações de formação e formação de ativos a serem promovidos em cada ano letivo, durante a vigência do contrato”.

Neste cenário, o júri concluiu propondo que a concessão de exploração fosse adjudicada ao único concorrente, cuja proposta obteve a pontuação final de 50, num total possível de 100, correspondente à aplicação da fórmula estabelecida no programa do concurso, com o seguinte resultado:

$$\begin{aligned} V(p) &= (Vf1.1 \times 0,5) + (Vf1.2 \times 0,25) + (Vf2 \times 0,25) = \\ &= (0,5 \times 0,5) + (1 \times 0,25) + (0 \times 0,25) = \\ &= (0,25 + 0,25 + 0 = 0,50) \end{aligned}$$

O júri propôs ainda a remessa do relatório ao concorrente ao abrigo do direito de audiência prévia, tendo o CELFF manifestado a sua discordância¹⁴⁹ pronunciou-se contra a avaliação da proposta por considerar que não era possível, no momento, quantificar as ações de formação a desenvolver durante todo o período da concessão tendo optado por:

- “a) Assegurar o cumprimento de todas as ações já definidas e submetidas a aprovação pela atual direção da EPHTM (...);

¹⁴⁷ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

¹⁴⁸ Justificação que a SRE também acolhe, acrescentando ainda que “(...) o júri validou a proposta apresentada tendo em conta a ponderação obtida nos demais fatores de avaliação, dos quais resultaram a pontuação final de cinquenta num total possível de cem, e tendo em consideração ao afirmado pelo concorrente no dia 21 de abril de 2010 em sede de audiência prévia (...)” (vd. o ofício 5.128).

¹⁴⁹ Cfr. o CD, folha 203 da PPA.

- b) Definir, de acordo com as políticas estabelecidas pelo Governo Regional, as áreas de formação em que o Celff irá, preferencialmente, efectuar o desenvolvimento do Plano de Estudos da EPHTM (...);
- c) Identificar de forma clara o processo que o Celff, cada ano, pretende utilizar para definir a oferta da EPHTM, por forma a atingir os objetivos a que se propõe, em detrimento da apresentação de uma grelha quantificando cursos e alunos pela qual o Celff não pode dar ao Governo Regional uma garantia incondicional de cumprimento (...).

Apreciadas as alegações, o júri fez constar, no relatório final, de 26 de abril, que “(...) as mesmas não punham em causa a aplicação do critério de adjudicação da proposta na análise e classificação da mesma, conforme estabelecido no relatório preliminar, consistindo num esclarecimento relativamente à mesma”, não se justificando uma alteração ao relatório preliminar previamente elaborado.

No mesmo relatório o júri reiterou que a proposta objeto de análise não padecia de nenhuma das condições de exclusão a que se refere o art.º 70.º do CCP, e deliberou remetê-lo à “*Secretaria Regional de Educação e Cultura para a decisão de contratar*”.

Acolhendo a fundamentação constante do relatório final, o Secretário Regional de Educação e Cultura, Francisco José Vieira Fernandes, através de despacho de 29 de abril, adjudicou¹⁵⁰ a concessão posta a concurso ao CELFF.

O art.º 132.º, n.º 1, al. h), articulado com o art.º 57.º, n.º 1, als. b) e c), ambos do CCP, determinam que o programa do procedimento deve indicar e, subsequentemente, ser apresentado pelos concorrentes nas respetivas propostas, os documentos que contêm os atributos, ou seja, os aspetos do contrato postos à concorrência e que vão ser alvo de avaliação à luz do critério de adjudicação definido, assim como os documentos que integrem os termos ou condições, respeitantes a aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência, mas relativamente aos quais a entidade adjudicante pretende que os concorrentes se vinculem destinando-se unicamente a confirmar o cumprimento das regras que esta pré-determinou nas peças concursais.

Importa, antes de mais, distinguir os aspetos da execução de um contrato que são submetidos à concorrência e os que o não são.

Os aspetos não submetidos à concorrência pela entidade adjudicante têm de ser cumpridos tal como definidos no caderno de encargos e, logicamente, são sujeito a uma análise absoluta, enquanto os aspetos submetidos à concorrência variam com as propostas e, por isso, têm de ser comparados e avaliados, sendo para comparar e avaliar esse aspetos variáveis das propostas que são definidos os fatores e subfactores de adjudicação.

Articula o art.º 146.º, aplicável *ex vi* do n.º 1 do art.º 162.º, que:

- “1. Após a análise das propostas (...) e a aplicação do critério de adjudicação constante do programa do concurso, o júri elabora fundamentadamente um relatório preliminar, no qual deve propor a ordenação das mesmas.
2. No relatório preliminar a que se refere o número anterior, o júri deve também propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas:
 - (...)
 - d) Que não sejam constituídas por todos os documentos exigidos nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 57º;
 - (...)
 - e) Cujas análises revele alguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 70º”.

¹⁵⁰ Vide o CD, folha 203 da PPA.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Por outro lado, comanda o art.º 57.º, n.º 1, que “[a] proposta é constituída pelos (...)

- “b) Documentos que, em função do objecto do contrato a celebrar e dos aspectos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, contenham os atributos da proposta, de acordo com os quais o concorrente se dispõe a contratar;
- c) Documentos exigidos pelo programa do procedimento que contenham os termos ou condições, relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule”.

Por fim, reza o art.º 70.º, também do CCP, que:

- “1. As propostas são analisadas em todos os seus atributos representados pelos factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação, e termos ou condições.
- 2. São excluídas as propostas cuja análise revele:
 - a) Que não apresentam algum dos atributos, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 57º;
 - b) Que apresentam atributos que violem os parâmetros base fixados no caderno de encargos ou que apresentem quaisquer termos ou condições que violem aspectos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 4 a 6 e 8 a 11 do artigo 49”.

Da leitura articulada destas disposições afigura-se que ao júri do concurso apenas restaria propor à entidade adjudicante a exclusão da proposta do CELFF.

Nesse sentido, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁵¹ explicam que “O que releva aqui, note-se, não é a importância ou relevo da violação, a sua maior ou menor danosidade para os interesses da entidade adjudicante, mas o mero facto da violação. (...) o legislador manda excluir as propostas cujos termos e condições infringjam cláusulas do caderno de encargos sobre aspectos da execução do contrato subtraídos à concorrência, pois, apesar de eles não serem tomados em conta na avaliação das propostas, a verdade é que aceitar uma proposta dessas e adjudicar-lhe o contrato envolveria uma de duas alternativas juridicamente ilegítimas: ou se esquecia um aspecto da execução do contrato considerado imperativo pelo caderno de encargos ou, então, considerava-se não escrito um dos termos ou condições sob que o concorrente se manifestou disposto a contratar, compelindo-o a um termo ou condição (e portanto a um contrato) que ele revelou não querer”.

E em nota de rodapé aludem os referidos autores ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 30 de setembro de 2009, onde se considerou “que viola a lei e os princípios da estabilidade das propostas e da boa fé, em concurso público de aquisição de equipamento técnico, a adjudicação a uma proposta que [entre outras coisas, apresentava] um equipamento com um 1,75 metros de altura, quando o programa exigia mais do que 1,75 metros de altura” aí se afirmando que “se é verdade que um milímetro a mais ou a menos parece ser irrelevante (e algumas vezes não será), também é certo que se uma altura de 1,75m era suficiente então no programa era isso que devia constar, referindo-se, por exemplo, altura igual ou superior a 1,75”.

E, não basta alegar, de forma genérica, como fez a SRE¹⁵², que “[o] concorrente, aquando da apresentação da sua proposta, submeteu a declaração, a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP e o artigo 6.º do Decreto Legislativo Regional n.º 34/2008/M, e que faz parte integrante daquela. Nesta declaração, o concorrente declarou «(...) que a sua representada se obriga a executar o referido contrato em conformidade com o conteúdo do mencionado caderno de encargos (...)», relativamente ao qual declarou «(...) aceitar sem reservas todas as cláusulas». O júri, aquando da leitura da proposta do concorrente, não relevou esses aspetos da carta de apresentação da proposta

¹⁵¹ In ob. cit. pág. 933.

¹⁵² Vd. o ofício n.º 5.128.

(...) como «propostas variantes», tendo validado a proposta do concorrente por a mesma respeitar o caderno de encargos, e consubstanciar uma adesão ao caderno de encargos sem reservas nem quaisquer condições contratuais alternativas (...)”.

De facto, como notam os autores citados, “nas situações descritas na alínea b) do art.º 70.º/2 do CCP – como aliás em qualquer outra causa de exclusão onde isso pudesse servir de argumentação -, é irrelevante o facto de o concorrente ter subscrito a declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos do anexo I ao CCP ou o facto de, nos termos do artigo 96.º/5, o caderno de encargos prevalecer sobre a proposta quando haja divergência entre eles: se um atributo violar os parâmetros base ou se um termo ou condição violar um limite máximo ou mínimo, a proposta deve ser excluída não servindo aquela declaração ou prevalência para o legitimar” (sublinhado nosso).

Quanto à atuação dos órgãos intervenientes no processo de análise e decisão, uma vez verificada a existência de uma causa de exclusão, continuam os referidos autores nos seguintes termos: “[a] larguíssima maioria das causas de exclusão previstas na lei, uma vez fixado – de acordo com as regras de interpretação das normas administrativas – o sentido com que devem valer e verificada a existência dos respetivos pressupostos, são de aplicação vinculada e obrigatória pelo júri e pela entidade adjudicante.

De resto, os termos em que a lei se exprime a tal propósito não deixam dúvidas na matéria, havendo sempre, a propósito dos casos do exercício de competências em sede de exclusão, uma referência literal a um dever de propor por parte do júri (como sucede nos arts. 121.º/2 e 146.º/2 e 3) ou, até, a fórmulas mais vigorosas («são excluídas», «determina a exclusão» e «são rejeitadas as propostas»), como sucede nos casos dos arts. 70.º/2, 180.º/1 e 241.º/5.

As expressões usadas são portanto claras quanto ao dever em que os órgãos do procedimento estão constituídos de, detectada numa proposta a existência de uma qualquer falta ou deficiência subsumível numa das referidas normas, propor (o júri) e decretar (o órgão adjudicante) a exclusão da respectiva proposta.

A vinculação dos órgãos competentes nesta matéria não comporta portanto exceções legais no que respeita ao dever de exclusão das propostas, uma vez que se tenham dado como existentes os respectivos pressupostos legais”.

Compulsado este conjunto de argumentos, temos que a atuação, quer do júri, quer da entidade adjudicante, ao admitir uma proposta que não se compreendia dentro das exigências externalizadas através das peças do procedimento, é ilegal, por desrespeito do disposto nas als. d) e o) do n.º 2 do art.º 146.º, articulado com as als. b) e c) do n.º 1 do art.º 57.º, e nas als. a) e b) do n.º 2 do art.º 70.º, todos do CCP, pois não podemos alhear-nos do facto de que aquela continha termos ou condições que inobservam aspetos da execução do contrato não submetidos à concorrência vertidos no caderno de encargos, o que equivale, neste caso, à sua violação, e não encerrava um dos atributos correspondente a um aspeto da sua execução submetido à concorrência por aquela mesma peça concursal (o *Plano de Formação*).

A ilegalidade da atuação do júri contaminou o procedimento em análise e conduz à anulabilidade do ato final de adjudicação, ao abrigo do art.º 135.º, n.º 1, do CPA, sanção que se transmite ao contrato por força do n.º 2 do art.º 283.º do CCP.

3.3. A EXECUÇÃO MATERIAL DO CONTRATO

Recaía sobre a concedente o dever de, durante a execução material do contrato, proceder à verificação e fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais a que se vinculou a concessionária, tal como decorre do clausulado contratual, das peças procedimentais e das normas do CCP, nomeadamente dos art.ºs 302.º e ss., que elencam os poderes do contraente público no âmbito da fiscalização, sublinhando-se, em especial, o de dirigir e fiscalizar o modo de execução das prestações [vd. as als. a) e b) e os art.ºs 303.º, 304.º e 305.º].



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Com vista a apurar se a concedente estava – e de que forma – a dar cumprimento a esse dever e, por essa via, de que modo a concessão estava a ser executada, foi a SRETC instada a responder a várias questões relacionadas com a sua atuação nesse domínio¹⁵³, tendo-se detetado várias insuficiências.

Desde logo, não foi confirmado que o CELFF mantém o inventário dos bens¹⁵⁴ permanentemente atualizado, nem os direitos que integram a concessão, com menção aos ónus e encargos que sobre eles recaem¹⁵⁵, pois a concedente nunca requereu a disponibilização de elementos que comprovassem o cumprimento desse dever ou realizou qualquer outro tipo de diligência com esse fim¹⁵⁶. Só quando interpelada a fazê-lo pela SRMTC é que a SRETC remeteu¹⁵⁷ o inventário que lhe foi entregue pelo CELFF a 26 de outubro de 2015¹⁵⁸, o qual, todavia, não se encontra datado, assinado ou rubricado, nem alude aos direitos que integram a concessão com referência aos respetivos ónus e encargos.

Por outro lado, a SRETC recorre ao seu conhecimento empírico, por não ser suportado em qualquer prova documental, para afirmar que nunca foi solicitada qualquer autorização para a alienação ou oneração de bens afetos à concessão¹⁵⁹, assim como a alienação total ou parcial do objeto da concessão¹⁶⁰.

Pese embora a SRETC argua que os compromissos assumidos com terceiros pela EPHTM, no âmbito e nos termos dos protocolos celebrados¹⁶¹, as obrigações decorrentes dos contratos de prestação de serviços em vigor¹⁶² e as despesas relacionadas com a sua atividade principal, nomeadamente, água, eletricidade, gás, manutenção dos espaços exteriores, incluindo os jardins e limpeza¹⁶³, têm sido observados pela concessionária, a verdade é que a concedente não dispõe de elementos probatórios desse facto, nem procedeu a verificações *in loco* que permitissem chegar a tal conclusão.

A concedente também não teve o cuidado de comprovar, se a concessionária, a expensas suas, mantém o imóvel integrante da concessão em bom estado de conservação e em normais condições de utilização e de segurança¹⁶⁴, se realiza, e quando necessário, as obras de manutenção contratualmente assumidas¹⁶⁵, se zela pelo bom funcionamento das estruturas e dos equipamentos e materiais usados na exploração da EPHTM¹⁶⁶, bem como pelo cumprimento dos regulamentos de higiene e segurança em vigor¹⁶⁷, e se tem sido cumprido o regime de acesso à EPHTM e do uso dos respetivos serviços e equipamentos¹⁶⁸, pois os documentos que juntou¹⁶⁹ para o comprovar não estão datados, assinados ou

¹⁵³ Através do nosso ofício n.º 1.675, de 18 de setembro de 2015, a que a SRETC respondeu a coberto do seu ofício n.º 3.495, de 12 de novembro. Já ao segundo pedido de esclarecimentos efetuado pela SRMTC (vd. o ofício n.º 247, de 27 de janeiro passado), aquele departamento regional esclareceu que tinha notificado o CELFF para responder às questões aí colocadas, o que aconteceu pelo documento com a entrada na SRETC n.º 7.006, de 26 de outubro de 2015.

¹⁵⁴ Enunciados nos n.ºs 2 e 3 da cláusula 6.ª do caderno de encargos e nos n.ºs 2 e 3 da cláusula 5.ª do contrato de concessão.

¹⁵⁵ Nos termos do n.º 4 das referidas cláusulas.

¹⁵⁶ Vd. a resposta constante da al. b) do seu ofício n.º 477.

¹⁵⁷ Em anexo ao seu ofício n.º 3.495, de 12 de novembro.

¹⁵⁸ Vd. o ofício enviado para a SRETC com o n.º 7.006.

¹⁵⁹ Previstas no n.º 5 da cláusula 6.ª do caderno de encargos e no n.º 5 da cláusula 5.ª do contrato de concessão.

¹⁶⁰ O que nem era permitido por força do n.º 3 da cláusula 9.ª do caderno de encargos.

¹⁶¹ Vd. o anexo IV ao contrato de concessão.

¹⁶² Constantes do anexo VII ao contrato de concessão.

¹⁶³ Vd. o n.º 4 da cláusula 15.ª do caderno de encargos e o n.º 6 da cláusula 17.ª do contrato de concessão, a al. o) dos considerandos da Resolução n.º 1504/2009, o n.º 5 da cláusula 16.ª do caderno de encargos e o n.º 5 da cláusula 18.ª do contrato, a al. p) dos considerandos da Resolução n.º 1504/2009, o n.º 6 da cláusula 16.ª do caderno de encargos e o n.º 6 da cláusula 18.ª do contrato.

¹⁶⁴ Em sintonia com a subalínea h) da al. l) dos considerandos da Resolução n.º 1504/2009, o n.º 1 da cláusula 16.ª do caderno de encargos e o n.º 1 da cláusula 18.ª do contrato de concessão.

¹⁶⁵ Elencadas nas subalíneas a) a n) da al. m) dos considerandos da invocada Resolução e no n.º 3 da dita cláusula 16.ª para onde remete o n.º 3 da cláusula 18.ª do contrato.

¹⁶⁶ Tal como determinado pela al. q) dos considerandos da Resolução n.º 1504/2009, pelo n.º 1 da cláusula 17.ª do caderno de encargos e pela cláusula 19.ª do contrato.

¹⁶⁷ Nos termos consignados no n.º 2 da cláusula 37.ª do caderno de encargos e o n.º 2 da cláusula 40.ª do contrato.

¹⁶⁸ Vd. os n.ºs 3 e 4 da cláusula 45.ª do caderno de encargos e os n.ºs 3 e 4 da cláusula 49.ª do contrato de concessão.

¹⁶⁹ Como anexos 3 e 4 ao seu ofício n.º 3.495.

rubricados, não identificam os serviços prestados nem onde foram efetuados, apenas fazendo menção à data da sua realização, à identificação das empresas prestadoras e ao valor dos mesmos.

É, aliás, a própria SRETC que adverte que¹⁷⁰ “(...) a veracidade de tais afirmações será objeto de fiscalização”.

A SRETC comunicou ainda que não se verificaram circunstâncias que justificassem a realização de testes ou exames, na presença de representantes da concessionária, que permitissem avaliar as condições de funcionamento e as características do equipamento, sistemas e instalações respeitantes à concessão, ou emitiu “*determinações*” vinculativas para a concessionária¹⁷¹, nem nunca sentiu a necessidade de solicitar informações complementares ou adicionais às previstas contratualmente¹⁷², com a ressalva do caso da autorização para subcontratação do hotel, restaurante e bar, que não se verificou.

Noutra área referiu nunca ter tido conhecimento de reclamações dos utentes da EPHTM, as quais¹⁷³ devem ser registadas e enviadas semestralmente para a SRETC na qualidade de concedente, acompanhadas das respostas dadas e dos resultados das investigações feitas, o que é contrariado pelo CELFF que aclarou terem sido “(...) *exaradas duas reclamações que constam do respetivo livro na receção do hotel Escola e que tiveram o devido seguimento, sendo enviadas para a tutela*”. Reclamações que também diz não ter recebido quanto aos direitos e regalias dos trabalhadores vinculados à escola, salvo no caso de uma funcionária¹⁷⁴.

Sobre o dever de a concessionária anualmente dar conhecimento à concedente do quadro de pessoal afeto à concessão¹⁷⁵, a SRETC admitiu¹⁷⁶ que entre 2011 a 2015 tal não se verificou, enquanto o CELFF salvaguardou o facto de que o pessoal integrante da folha de vencimentos periódica é comunicado às entidades competentes, e que, no caso do pessoal docente, fá-lo anualmente à Direção Regional de Administração Educativa em documento próprio, mas que nada mais foi até hoje solicitado.

A SRETC recorreu novamente ao seu conhecimento empírico para afirmar que não foi solicitada qualquer autorização para celebrar novos contratos de trabalho para suprir necessidades de funcionamento da EPHTM¹⁷⁷, os quais deveriam ser devidamente justificados pela concessionária e autorizados pela concedente, facto claramente desmentido pelo CELFF quando dilucida que “*não foram celebrados pelo CELFF novos contratos de trabalho senão aqueles estritamente necessários à substituição de trabalhadores que cessaram funções suprindo-se assim as necessidades específicas exclusivas de funcionamento da EPHTM. Aliás, cumpre referir que estão integrados no quadro de funcionário dos CELFF-EPHTM 108 trabalhadores, o que representa uma diminuição de 30 funcionários, relativamente ao quadro da EPHTM no momento da concessão*”.

Quanto a saber se a obrigação de assegurar a existência e a manutenção em vigor das apólices de seguro¹⁷⁸ necessárias para garantir uma efetiva e compreensiva cobertura dos riscos da concessão através, designadamente, do pagamento atempado dos respetivos prémios, e se alguma apólice foi alterada, substituída ou suspensa pela concessionária, ainda que mediante autorização da concedente¹⁷⁹, a SRETC afirmou que nunca foi solicitado a alteração, substituição ou suspensão das apólices de seguro

¹⁷⁰ No seu ofício n.º 477.

¹⁷¹ Vd. a al. u) dos considerandos da Resolução n.º 1504/2009, a cláusula 24.ª, n.ºs 1 e 2, do caderno de encargos e a cláusula 26.ª, n.ºs 1 e 2, do contrato.

¹⁷² Com respeito pela cláusula 25.ª do caderno de encargos e 27.ª do contrato.

¹⁷³ Ao abrigo do n.º 3 da cláusula 26.ª do caderno de encargos e do n.º 3 da cláusula 29.ª do contrato.

¹⁷⁴ De acordo com a relação que consta do anexo IX ao contrato.

¹⁷⁵ Vd. o articulado na al. t) dos considerandos da Resolução n.º 1504/2009, nos n.ºs 2 e 3 da cláusula 27.ª do caderno de encargos e nos n.ºs 2 e 5 da cláusula 30.ª do contrato de concessão.

¹⁷⁶ No seu ofício n.º 477.

¹⁷⁷ Permitido pelo n.º 4 da cláusula 30.ª do contrato de concessão.

¹⁷⁸ Vd. o anexo X ao contrato de concessão.

¹⁷⁹ Vd. os n.ºs 1, 2, 5 e 8, da cláusula 35.ª do caderno de encargos e os n.ºs 1, 2, 4 e 8, da cláusula 38.ª do contrato de concessão.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

definidas, o que é novamente posto em causa pelo CELFF que, embora, confirme que manteve em vigor os contratos previstos, acrescenta que celebrou os necessários à cobertura de diversos riscos, conforme a sua especificidade.

No tocante à obrigação de elaboração, e eventual execução, de projetos de investigação e desenvolvimento, nos termos da proposta adjudicada, de valor correspondente a, pelo menos, 1% do preço contratual, cujos termos deveriam ser regulados por contrato a outorgar, a SRETC reportou não constar do processo interno que lhe foi transmitido pela SRT qualquer contrato celebrado com o CELFF e acresceu¹⁸⁰ que a proposta adjudicada não previa a elaboração de quaisquer projetos de investigação e desenvolvimento e que nunca promoveu a celebração do aludido contrato, resposta que foi secundada pelo CELFF na íntegra¹⁸¹, o que se mostra totalmente contrário àquilo que foi contratualizado e se encontra vertido nos n.ºs 1 e 3 da cláusula 32.ª do caderno de encargos e nos n.ºs 1 e 3 da cláusula 35.ª do contrato.

Por último, a SRETC¹⁸² diz não ter aplicado multas à concessionária.

Apontados, sumariamente, os aspetos em que se evidenciaram deficiências na execução material do contrato de concessão, a conclusão de que a concedente nunca lançou mão dos “*poderes-deveres*” de direção e de fiscalização que a lei lhe confere, a par do próprio contrato, impõe-se.

Antes de mais, não foi criada uma equipa destinada a acompanhar a execução da concessão, devidamente conhecedora do contrato em causa e dos serviços que este pressupunha, a par das normas aplicáveis, a quem tivessem sido cometidas competências e responsabilidades no processo de acompanhamento, fiscalização e supervisão, o que se mostrava essencial e poderia ter impedido algumas das falhas apuradas.

Não tendo optado por essa solução, poderia a concedente ter providenciado pela verificação da alocação e da adequação dos recursos humanos e materiais previstos na proposta da concessionária, pelo cumprimento das obrigações contratuais relacionadas com a prestação dos serviços concessionados, pela obtenção dos resultados a garantir pelo CELFF, pelo registo de ocorrências e pela satisfação dos utentes, bem como pela aplicação de sanções, que constitui um dos tais “*poderes-deveres*” da administração sempre que esteja em causa a inobservância do contratualizado, atuação que também não foi a seguida *in casu*.

Por maioria de razão, não aprovou um manual de gestão e fiscalização que orientasse os seus técnicos nessa tarefa, com a delimitação das tarefas e responsabilidades de cada interveniente, o qual poderia e deveria permitir a evidenciação, transparência e padronização dos atos de acompanhamento e de fiscalização do contrato, com base nos quais poderiam ser sugeridas a aplicação de multas, modificações contratuais, a rescisão contratual ou apreciar pedidos de reequilíbrio financeiro do contrato.

Em resultado, não foram elaborados quaisquer relatórios de acompanhamento da execução material da concessão, não existe prova de que tivessem sido efetuadas averiguações *in loco* ou mediante peritagem e os documentos elaborados neste âmbito são dispersos e pouco fiáveis e, em regra, não estão datados, assinados ou rubricados¹⁸³.

¹⁸⁰ No seu ofício n.º 651.

¹⁸¹ Relembre-se que sobre este aspeto o CELFF colocou algumas dúvidas às quais o júri optou não esclarecer por entender que o pedido era extemporâneo. Em concreto, pretendia aquela sociedade saber o que se entendia por preço contratual, nomeadamente se era o correspondente ao valor da renda que o concessionário pagaria pela cessão de exploração multiplicado pela duração da concessão (15 anos), bem como qual a natureza destes projetos de investigação.

¹⁸² No domínio da cláusula 38.º do caderno de encargos e da cláusula 41.ª do contrato de concessão.

¹⁸³ A este propósito, a SRETC, no seu ofício n.º 477, salientou que “(...) constam apenas comprovativos das interpelações para pagamento das rendas, efetuado pela Secretaria Regional do Plano e Finanças e da execução da caução e consequente notificação para a sua renovação, efetuado pela então Secretaria Regional da Cultura, Turismo e Transportes (...)”.

Reiterando, a concedente não lançou mão dos mecanismos que a lei e as cláusulas do contrato de concessão lhe conferiam e impunham, comprometendo a confirmação da adequada execução e, nessa medida, do interesse público que o contrato em jogo visava e a qualidade que os serviços a contratar pressupunha.

3.4. A EXECUÇÃO FINANCEIRA DO CONTRATO

3.4.1. O NÃO PAGAMENTO DAS RENDAS DEVIDAS PELO CELFF

A apreciação da execução financeira do contrato de concessão vertente impõe que se precise que das respetivas cláusulas não emerge qualquer encargo financeiro público, mas antes uma receita pública com origem no pagamento ao concedente, a título de renda, de um montante anual de 200 mil euros, proposto pela concessionária, a pagar em prestações mensais no valor de 16 667,00€ [vd. a cláusula 34.^a do contrato de concessão¹⁸⁴].

Obrigação que, todavia, apenas foi cumprida pelo CELFF relativamente aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2010, correspondente a um total de 66 666,69€, através de cheque entrado nos serviços da SRTT a 28 de janeiro do ano seguinte.

E mesmo relativamente a este pagamento atente-se ao texto fixado no ofício n.º 408/I, de 7 de março de 2011, da DRPA, em anexo ao ofício da SRTT, registado na SRMTC com o n.º 2099, de 23 de julho de 2012: que comunicou ao CELFF o seguinte: “[d]ado que não foi acordado, o dia para o pagamento mensal das contrapartidas financeiras, este deve ser efetuado no último dia do período a que respeita, nos termos do n.º 1 do art.º 1039.º, do Código Civil (...). Ora, dispõe o n.º 1 do art.º 1041.º do Código Civil, que o não pagamento das rendas no prazo legal implica um acréscimo de 50%. Assim, solicita-se (...) Que procedam ao pagamento da quantia de 33.333.34€ (...) que corresponde ao acréscimo de 50% sobre as rendas de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2010 (...)”, missiva que, porém, não obteve qualquer resposta por parte da concessionária nem foi seguida de outras iniciativas por parte da Região.

Para obviar a esse incumprimento contratual foi celebrado entre a RAM, através da SRPF e a SREC, e o CELFF, a 10 de janeiro de 2014, ou seja, quando já se encontravam decorridos quatro anos desde o início dessa mora, um *Acordo de pagamentos*¹⁸⁵, cuja outorga foi autorizada pela Resolução do CGR n.º 14/2014, de 9 de janeiro¹⁸⁶, onde foi:

- ✓ Acertado que a dívida vencida até então e a regularizar ascendia a 600 000,00€;
- ✓ Contemplado o perdão do montante dos juros de mora vencidos até àquele mesmo momento, e
- ✓ Fixada a obrigação de liquidar a dívida em causa no prazo de 10 anos contados desde 8 de fevereiro de 2014 mediante uma prestação mensal de 5 000,00€.

Em resultado, o CELFF, por via de ambos os contratos (o de concessão e o *Acordo*), assumiria um encargo mensal na ordem dos 21 666,67€, valor ao qual deveria ainda somar-se o montante (variável ao longo dos 10 anos em função da correspondente diminuição da dívida vencida) dos juros devidos desde a assinatura do *Acordo*.

“Não obstante o «Acordo de Pagamentos» outorgado pelas partes, em 10/01/2014 (...)” a SRF confirmou, a 14 de outubro de 2015¹⁸⁷, que “(...) a concessionária mantém a sua situação de incumprimento, no que concerne ao pagamento das contrapartidas financeiras. O contrato de concessão foi outorgado em setembro de 2010, tendo sido pagas as contrapartidas financeiras referentes a 4 meses

¹⁸⁴ E da cláusula 34.^a do caderno de encargos com igual redação.

¹⁸⁵ Vd. os termos desse *Acordo* no Anexo IV deste documento.

¹⁸⁶ Publicada no JORAM, I série, n.º 2, de 10 de janeiro de 2014.

¹⁸⁷ Através do ofício n.º 1.321.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

(de setembro a dezembro de 2010). Assim, a concessionária está em incumprimento desde janeiro de 2011 até à presente data”.

Reforça tal facto ao enfatizar que “[a] concessionária não procedeu à regularização dos valores em dívida até 10/01/2014, nem tem procedido ao pagamento das contrapartidas financeiras desde essa data (...)”. “Assim, o montante em dívida, à data, ascende a 860.000,19€, (...) o que acrescido de juros à taxa legal em 5,476%, conforme Aviso n.º 130/2015, aplicável por força do Decreto-Lei n.º 73/99, de 16 de março, perfaz o valor de 907.093,80€”¹⁸⁸.

Nessa senda, a SRF trouxe à liça¹⁸⁹ que “(...) a concessionária foi interpelada para proceder à regularização dos montantes em dívida. Depois de diversas diligências interpelações junto da concessionária para regularizar a situação de incumprimento, foi decidido acionar a caução e recorrer às vias judiciais”, tal como se encontrava salvaguardado na cláusula 37.ª, n.º 2, do contrato de concessão, em acolhimento do previsto no n.º 1 do art.º 296.º do CCP¹⁹⁰, que estatui que “[a]s cauções prestadas pelo co-contratante podem ser executadas pelo contraente público, sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral, para satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força do não cumprimento por aquele das obrigações legais ou contratuais (...)”.

Tal providência, porém, “(...) implica a renovação do (...) valor (...)” da caução, “(...) no prazo de 15 dias após a notificação pelo contraente público para esse efeito”, por força do consignado no n.º 2 do mesmo dispositivo, o que não sucedeu, pois após a interpelação ao CELFF a que se refere esta norma, registada a 30 de março de 2015¹⁹¹, não correspondeu à renovação devida, tendo, pelo contrário, a concessionária intentado uma ação judicial que corre termos no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, tal como informou a SRETC¹⁹², cujas “(...) causas de pedir invocadas pela ora A. podem/devem ser agrupadas da seguinte forma:

- i. Incumprimento e/ou impossibilidade de cumprimento da obrigação de financiamento assumida pela R.; e
- ii. Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, por motivos alheios à obrigação de financiamento assumida pela R.”¹⁹³.

¹⁸⁸ Com efeito, ordena a al. a) do n.º 1 do art.º 1 do DL n.º 73/99, de 16 de março, alterado pelo DL n.º 201/99, de 9 de junho, pelas Leis n.ºs 3-B/2010, de 28 de abril, e 55-A/2010, de 31 de dezembro, que “[s]ão sujeitas a juros de mora as dívidas ao Estado e a outras pessoas coletivas públicas (...), seja qual for a forma de liquidação e cobrança, provenientes de: (...) Contribuições, impostos, taxas e outros rendimentos quando pagos depois do prazo de pagamento voluntário (...)”, considerando-se englobados nessas dívidas os rendimentos contratualmente devidos, tal como as rendas não pagas à RAM dentro do prazo de pagamento voluntário, entendido como aquele “(...) que estiver fixado na lei, contrato ou despacho ministerial que reconhecer a dívida nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 233.º do Código de Processo Tributário” (vd. o n.º 2 da mesma norma). Nesta matéria importa ainda atender ao art.º 3.º do dito DL, na redação dada pela Lei n.º 55-A/2010, relativo às taxas de juros de mora (sua vigência e forma de apuramento), aos seus n.ºs 1 e 2 na versão saída do DL n.º 32/2012, de 13 de fevereiro, cujos efeitos reportaram-se a 1 de janeiro de 2012, e ao art.º 4.º, alterado pela Lei n.º 3-B/2010, sobre a liquidação de juros de mora.

Note-se, por fim, que a taxa de juros de mora tem vigência anual com início a 1 de janeiro de cada ano, e que é apurada e publicitada pelo Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I.P., através de aviso a divulgar no DR até ao dia 31 de dezembro do ano anterior (vd. o n.º 1 do citado art.º 3.º do DL n.º 73/99). No período em referência foram publicados os avisos com os n.ºs 27831-F/2010, de 31 de dezembro, 24866-A/2011, de 28 de dezembro, 17289/2012, de 28 de dezembro, 219/2014, de 7 de janeiro, e 130/2015, de 7 de janeiro, que fixaram taxas de 6,351%, 7,007%, 6,112%, 5,535% e 5,476%, para vigorar em 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015, respetivamente.

¹⁸⁹ No mesmo ofício n.º 1.321.

¹⁹⁰ Que estatui que “[a]s cauções prestadas pelo co-contratante podem ser executadas pelo contraente público, sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral, para satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força do não cumprimento por aquele das obrigações legais ou contratuais (...)”, designadamente as constantes das als. a) a c). De acordo com o n.º 2, “A execução parcial ou total de caução prestada pelo co-contratante implica a renovação do respetivo valor, no prazo de 15 dias após a notificação pelo contraente público para esse efeito”.

¹⁹¹ Através do ofício com a saída n.º 1391, vide o CD, folha 23 da PPA.

¹⁹² Através do seu ofício n.º 1.321.

¹⁹³ Vd. o processo n.º 139/15.8 BEFIN, cfr. o CD, folha 143 da PPA.

“Entretanto(...)”, continuou a SRETC, “(...) foi estudada a possibilidade de instauração de processo de execução fiscal, que por não ter sido possível por falta de enquadramento no Código de Procedimento e de Processo Tributário, foi decidido, pelo mandatário da RAM, reclamar o valor em dívida através de pedido reconvenicional, a deduzir aquando da apresentação da contestação no processo judicial em curso”.

O que veio a suceder, aquando da contestação¹⁹⁴ apresentada junto do Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, a 9 de outubro de 2015, à qual se juntou o pedido reconvenicional de condenação da Ré, reconvinte, entre outros, a pagar à Autora, aqui reconvida, a quantia de 907 093,80€, acrescida dos juros que se vencerem sobre o capital em dívida (no montante de 860 000,19 €, correspondente ao valor global das dívidas vencidas à data, valor esse que, após ter sido executada a garantia bancária no valor de 90 000,00€, se reduz ao dito montante, ao qual acrescem 47 099,61€ correspondentes aos juros vencidos até efetivo e integral pagamento daquele).

Fica assim divisado que a concessionária não só não pagou, desde dezembro de 2010, mais nenhum valor mensal relativo à contrapartida financeira resultante da obrigação contratual constante da cláusula 34.ª do contrato de concessão, como não cumpriu o previsto no *Acordo de pagamentos*, celebrado a 10 de janeiro de 2014, para efeitos de regularização dos montantes que já se encontravam em dívida, não tendo também renovado o valor da caução que foi entretanto acionada. E que a atuação da concedente com vista a solucionar tais incumprimentos peca por esparsa e pouco contundente, como se passa a dilucidar.

Perante uma situação de incumprimento contratual por facto imputável ao cocontratante, e tal como ressalva Jorge Andrade da Silva¹⁹⁵ “(...) sendo um poder e um dever do contraente público o de prevenir a ofensa do interesse público decorrente do incumprimento do contrato”, o CCP prevê que, desde que o cumprimento seja possível e o contraente público mantenha o interesse na prestação, deve este notificar o cocontratante para cumprir, num prazo razoável, as prestações em falta, prevendo diversos tipos de sanções administrativas para o caso de o incumprimento se manter:

- As sanções pecuniárias [vd. os art.ºs 325.º, n.º 4, 329.º e 296.º, n.º 1, al. a)], em que o contraente público deverá aplicar as sanções previstas no contrato (*in casu* vd. a cláusula 41.^a¹⁹⁶), bem como aplicar as disposições relativas à obrigação de indemnização por mora e incumprimento definitivo legalmente previstas, podendo, para tal, executar as cauções sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral;
- No caso de prestações fungíveis, a realização coativa da prestação (cfr. os n.ºs 2 e 3 do art.º 325.º), substituindo-se a entidade pública ao cocontratante na execução das prestações em falta ou cometendo essa realização a um terceiro através de uma nova adjudicação seguindo o regime definido na parte II do CCP;
- No caso específico da concessão, o sequestro (vd. o art.º 421.º), figura que, segundo Jorge Andrade da Silva¹⁹⁷, se traduz “(...) na intervenção cautelar do concedente na realização do objeto da

¹⁹⁴ Cfr. o CD, folha 143 da PPA.

¹⁹⁵ *In Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado*, Almedina, 2.ª edição – 2009, pág. 746.

¹⁹⁶ Que determina o seguinte:

Um – Sem prejuízo da possibilidade de sequestro ou resolução do presente contrato, nos termos do artigo tricentésimo trigésimo terceiro do CCP, a concedente pode, em observância do procedimento previsto nos números um e dois dos artigos tricentésimo vigésimo quinto e tricentésimo vigésimo nono do CCP, aplicar multas em caso de incumprimento pela concessionária das suas obrigações, incluindo as resultantes de determinações da concedente emitidas nos termos da lei ou do presente contrato.

Dois – O montante das multas varia, em função da gravidade da falta e do grau de culpa, entre vinte e cinco mil euros e cem mil euros.

Três – Se a concessionária não proceder ao pagamento voluntário das multas que lhe forem aplicadas no prazo de trinta dias, a concedente pode utilizar a caução para pagamento das mesmas” (sublinhado nosso).

¹⁹⁷ *In ob. cit.*, pág. 979.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

concessão, por conta do concessionário (n.º 5), com vista a garantir a continuidade e regularidade da exploração (n.º 1) postas em perigo por deficiente conduta daquele (n.º 2). O concedente substitui o concessionário na execução do contrato (n.º 1), que se mantém em vigor. Em rigor, o sequestro, antes de uma sanção relativamente à deficiente gestão do concessionário, traduz-se numa medida preventiva, provisória e temporária (n.º 6), pois que pressupõe a verificação de uma situação de grave deficiência da organização, continuidade e regularidade da exploração, ou a existência de um perigo iminente da sua ocorrência. Nestas circunstâncias, o concedente toma o lugar do concessionário e realiza o objeto contratual à custa do concessionário. Se a situação é duradoura ou até perde o caráter temporário, a medida a tomar é a da resolução do contrato”;

- O resgate da concessão (vd. o art.º 422.º), por razões de interesse público, após o decurso do prazo fixado no contrato ou, na sua falta, decorrido um terço do prazo de vigência do mesmo, implicando a indemnização do concessionário pelos prejuízos decorrentes quando não lhe seja imputável qualquer comportamento ilícito; e
- A resolução do contrato, nos casos enunciados, de forma não taxativa, no n.º 1 do art.º 423.º, mas sempre tendo em conta que “[a] resolução sanção é um instrumento jurídico que, só por si e em princípio, não convém a qualquer das partes, pelo que só deve ter lugar quando, em face do interesse público a realizar, surge como única via”¹⁹⁸.

No caso ora em análise, perante o não pagamento sistemático das rendas, o concessionário notificado para cumprir, tal como claramente resulta da documentação que instrui o presente processo¹⁹⁹, não o fez. Por seu turno, a concedente não fez uso das prerrogativas assim estabelecidas, tendo, com a sua atuação, permitido que o valor da dívida vencida se fosse acumulando, tendo acabado por celebrar, ignorando o enquadramento legal a que estava adstrita, em 10 de janeiro de 2014, um *Acordo de pagamentos* fundamentando juridicamente na al. a) do art.º 12.º do DLR n.º 31-A/2013/M, de 31 de dezembro²⁰⁰.

Este comando, sob a epígrafe “*Recuperação de créditos*”, autorizava o GR, através da SRPF, a “[r]edefinir as condições de pagamento das dívidas relacionadas com contratos celebrados nos casos em que os devedores se proponham a pagar a pronto ou em prestações e, quando devidamente fundamentado, em particular quando a sua irrecuperabilidade decorra da inexistência de bens penhoráveis do devedor, aceitar a remissão do valor dos créditos concedidos ou, e em geral, no decurso do procedimento extrajudicial de conciliação, aceitar a redução do valor dos créditos” (sublinhado nosso).

Perante esta norma, e apesar de se considerar de duvidosa legalidade a admissibilidade da remissão de créditos concedidos pela Região na medida em que o que aqui está em causa é uma não arrecadação de dinheiros públicos, sempre se dirá que tal hipótese, bem como a de reduzir o valor dos créditos a que a Região tenha direito, como ocorreu *in casu* por via do perdão dos juros vencidos, teria de ser devidamente fundamentada, o que não se verificou.

Circunstancialismos que foram dados a conhecer à concedente através do parecer assinado pela Diretora Regional do Património²⁰¹ e com o qual se conformou o Secretário Regional do Plano e Finanças pelo seu despacho de 9 de agosto de 2013, em que firmou “*Concordo com o parecer. Notifique-se o interessado da proposta de pagamento da dívida em 5 anos e nos termos da lei*”.

¹⁹⁸ Jorge Andrade da Silva *in op. cit.*, pág.746.

¹⁹⁹ Vejam-se, desde logo, o ofício n.º saída 408/I, de 7 de março de 2011, e o ofício n.º saída 877, de 31 de maio de 2012, ambos da DRPA e dirigidos ao CELFF, *vide* o CD, folha 203 da PPA.

²⁰⁰ Alterado pelo DLR n.º 14/2012/M, de 21 de novembro.

²⁰¹ Vd. o ofício n.º 4.279, de 16 de setembro de 2013, da SRPF, onde a proposta apresentada pelo CELFF tendo em vista solucionar a problemática *sub judice* foi objeto de análise por parte da então DRPA, cfr. o CD, folha 203 da PPA.

O que reforça a ideia de que o *Acordo* não é consentâneo com as normas e princípios que regem a utilização de dinheiros públicos, quer na vertente da realização de despesas públicas, quer na de arrecadação de receita.

Mas a realidade é que aquilo que as partes acordaram não foi respeitado pelo concessionário.

Em retrospectiva, o quadro fatural e normativo descrito expõe a ineficácia das medidas adotadas pela concedente no âmbito da execução financeira deste contrato e o facto de não se ter servido, de forma plena, dos poderes que a lei e o contrato lhe atribuem para por cobro a uma situação de incumprimento do cocontratante que se arrasta por seis anos e tem implicado a perda de receitas públicas, situação que, em última análise, podia integrar a hipótese legal consagrada na al. a) do n.º 1, articulada com o n.º 2, do art.º 65.º da LOPTC, de aplicação de multa “[p]ela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas”.

Na realidade, porém, a concedente, embora sem eficácia, foi proactiva e, em última análise, alterou, de forma substancial a sua atuação quando a Região apresentou o *supra* aludido pedido reconvenicional de condenação da Ré, a par da contestação, no Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, a 9 de outubro de 2015, da ação judicial interposta pelo CELFF.

Sob a perspetiva do CELFF, mostra-se relevante assinalar que ao longo desse período sempre acusou o GR de incumprimento das obrigações financeiras assumidas aquando e como pressuposto da celebração do contrato de concessão, e que tal comprometeu a viabilidade financeira quer do CELFF quer da EPHTM, entendimento subjacente à propositura da ação judicial acima identificada, aspetos que não serão nem apreciados nem decididos nesta jurisdição.

Não obstante esse facto, importa frisar que se a aludida ação administrativa comum relativa a contrato for procedente poderá conduzir, por força da causa de pedir, e em suma, a alterações contratuais por conta da reposição do equilíbrio financeiro do contrato de concessão e/ou à modificação do mesmo, ao reconhecimento da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, à declaração como extinta e inexigível, por impossibilidade de pagamento imputável à Ré, da obrigação de pagamento da renda relativa aos quatro primeiros anos letivos de duração da concessão e à condenação da Ré a restituir à Autora as quantias por esta pagas a título da renda da concessão relativa a parte desse mesmo período.

3.4.2. O FINANCIAMENTO DO CELFF

Tal como ficou já assente, encontra-se contratualmente consagrado que “[a] concessionária assume expressa, integral e exclusivamente a responsabilidade pelos riscos inerentes à concessão (...)” assim como “[...] pela obtenção dos financiamentos necessários ao desenvolvimento de todas as atividades que integram o objeto do presente contrato (...)”²⁰² e que, como contrapartida e a título de renda, tem a obrigação de proceder ao pagamento do montante anual de 200 000,00€, correspondente a uma verba mensal, em prestações iguais, de 16 667,00€²⁰³.

Mas o n.º 3 da cláusula 9.ª do contrato de concessão também previu que a “[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”, ou seja, que ao CELFF é permitido obter algumas formas de apoio público, na qualidade de entidade concessionária de uma escola profissional.

Nesse sentido, e em virtude da Decisão n.º 3/FP/2011, de 22 de fevereiro, desta Secção Regional, que recusou o visto ao contrato-programa firmado com o CELFF a 29 de dezembro de 2010, fundamenta-

²⁰² Vd. o n.º 1 da cláusula 8.ª do contrato e a cláusula 8.ª do caderno de encargos e o n.º 1 da cláusula 9.ª do contrato e os n.ºs 1 e 2 da cláusula 9.ª do caderno de encargos, respetivamente.

²⁰³ Vd. a cláusula 34.ª do contrato.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

da na al. b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC por força dos motivos enunciados no ponto **3.1.1.**, foi solicitado à concedente que informasse, entre outros aspetos²⁰⁴, se tinha havido lugar a pagamentos ao CELFF por força do referenciado contrato-programa e se, desde o início da concessão, esta sociedade ou a EPHTM tinham celebrado com a RAM contratos de financiamento ao abrigo do FSE e ou do orçamento regional consagrados na lei e em regulamentos para o apoio ao ensino e formação profissional privados²⁰⁵, remetendo, em caso afirmativo, os documentos comprovativos da candidatura, aprovação e respetivos pagamentos.

Na sequência dessa diligência outros ofícios foram sendo trocados²⁰⁶, daí resultando a informação de que não foram efetuados quaisquer pagamentos a coberto do referenciado contrato-programa nem financiamentos via orçamento regional previsto em lei ou em regulamento para o apoio ao ensino e formação profissional privados.

Já no âmbito de diversos contratos de financiamento ao abrigo do FSE foram pagos ao CELFF, até ao final de 2015, 13 940 185,68€²⁰⁷, os quais visaram participar dezoito projetos relacionados com *Formação Modular, Cursos de Educação e Formação, Escolas de Turismo, Cursos de Especialização Tecnológica*, e de *Reconhecimento, Validação e Certificação de Competências*, valor que representa 60,51% do montante total aprovado de 23 038 982,74€.

Neste âmbito cumpre registar que depois de esgrimidos argumentos que não importa aqui pormenorizar, de setembro de 2011 a agosto de 2014, sobre a *“Questão da não elegibilidade da renda da concessão de exploração da EPHTM”*, entre o Instituto de Desenvolvimento Regional, enquanto Autoridade de Gestão, e a Direção Regional de Qualificação Profissional (DRQP), enquanto Organismo Intermédio, associado à gestão do programa RUMOS, e o CELFF, foi com a intervenção do Secretário Regional da Educação e Recursos Humanos, Jaime Manuel Gonçalves de Freitas, através de despacho exarado num parecer do seu Gabinete de agosto de 2014, que se passou a acolher *“(…) os fundamentos em que se baseia a conclusão que deverá levar a considerar a renda como elegível, para efeitos de financiamento”*²⁰⁸.

²⁰⁴ A coberto da Informação n.º 102/2012-UAT I, de 29 de outubro, e na sequência do despacho do Exmo. Juiz Conselheiro de 6 de novembro de 2012.

²⁰⁵ Vd. o art.º 19.º, n.º 1, da Portaria n.º 103/2011, de 18 de agosto, que define as regras para atribuição de apoios financeiros a conceder aos estabelecimentos de educação e ensino privados da Região, donde emerge que as escolas profissionais privadas podem beneficiar de um apoio financeiro mediante contrato-programa, nos termos dos art.ºs 11.º a 13.º, excetuando-se desta elegibilidade os cursos e turmas que sejam apoiados pelo FSE, de acordo com o n.º 2, o qual foi objeto de alteração através da Portaria n.º 119-A/2012, de 5 de setembro, mas, por força da Portaria n.º 9/2015, de 12 de janeiro, se introduziram os n.ºs 3 e 4 ao dito art.º 19.º prevendo que *“[n]os casos em que as escolas profissionais de turismo privadas dispõem de instalações de aplicação e de apoio aos alunos, o valor do apoio corresponde a um subsídio anual por turma, no valor de cento e quarenta e nove mil euros, fixado apenas para os cursos que constam do anexo I da Portaria n.º 73/2009, de 9 de julho, das Secretarias Regionais do Turismo e Transportes e da Educação e Cultura”*, assim como *“Aos valores referidos no número anterior acrescem os valores relativos à ação social escolar”*. No entanto, a dita Portaria n.º 9/2015 foi revogada através da Portaria n.º 25/2016, de 13 de janeiro, com entrada imediata em vigor *“[c]onsiderando que a atribuição da diferenciação deste apoio não é justificável no presente (...)”*. (destacado nosso).

²⁰⁶ O elenco, com referência aos respetivos n.ºs e datas, dos vários ofícios trocados, entre a SRMTC e os departamentos regionais com a tutela da EPHTM sobre a matéria em causa, consta da nota de rodapé n.º 46 deste documento.

²⁰⁷ Vd. os quadros resumo e outras informações remetidos, com descrição dos valores aprovados e em execução. Veja-se, em especial, o ofício da SRCTT registado na SRMTC com o n.º de entrada 2099, a 23 de julho de 2012, onde esta Secretaria, respondeu que *“[r]elativamente ao contrato-programa supra referido, informo que não foi efetuado qualquer pagamento ao abrigo do mesmo (...)”* e que *“[a]o abrigo do Fundo Social Europeu foram celebrados os contratos de financiamento descritos no quadro resumo que a este ofício se anexa como documento n.º 2, onde constam as candidaturas aprovadas desde setembro de 2010 (data do início da concessão), com valores aprovados e em execução”*, sendo certo que *“[a]o abrigo do Orçamento Regional não foram celebrados contratos de financiamento”*.

²⁰⁸ Vd. o ofício n.º Z-43, de 17 de julho de 2015 00-DRQP, remetido à Chefe de Gabinete do Secretário Regional de Educação, cfr. o CD, folha 144 da PPA.. Nessa sequência, pode ler-se no mesmo ofício, a DRQP reenviou o parecer para o Instituto de Desenvolvimento Regional, o qual, porém, confirmou a sua interpretação de que o contrato de concessão não poderia ser considerado um arrendamento de imóveis, tendo o CELFF então solicitado que a despesa em apreço fosse reclassificada e incluída na rubrica de encargos gerais do projeto, tendo aquela Direção Regional proferido despacho que a reclassificação nesses termos era elegível.

O que permitiu ao CELFF apresentar um recibo de imputação da despesa de 66 666,69€, correspondente às rendas pagas de setembro a dezembro de 2010, dos quais recebeu 57 338,25€²⁰⁹.

Mais foi dito que se previam efetuar participações financeiras no domínio do “(...) *desenvolvimento e cooperação no âmbito da promoção e animação turísticas (...) tendo em vista a execução de um projeto intitulado «Flores e gastronomia»*”; “(...) *com o objetivo de integrar a Festa do Vinho 2014, com o tema «Vinho e gastronomia»*”, e “(...) *para a realização de um projeto denominado «natal e seus aromas»*”, na sequência de projetos que foram apresentados pelo CELFF.

O que veio a ser concretizado por via das Resoluções do CGR n.ºs 253/2014, de 24 de abril, 843/2014, de 29 de agosto, e 1202/2014, de 2 de dezembro²¹⁰, que autorizaram a celebração de protocolos de desenvolvimento e cooperação no âmbito da promoção e animação turísticas e a concessão de participações financeiras que não deveriam exceder os 20 000,00€, no primeiro caso, e os 25 000,00€, nos restantes, ao abrigo do disposto do n.º 2 do art.º 35.º do DLR n.º 31-A/2013/M, de 31 de dezembro²¹¹, que aprovou o Orçamento da RAM para 2014, em conjugação com a al. d) do art.º 3.º²¹² e o art.º 7.º²¹³ do DLR n.º 25/99/M, de 27 de agosto, que estabelece o sistema de enquadramento e definição legal dos apoios financeiros a projetos de interesse cultural ou de promoção e animação turísticas, e com a Portaria n.º 78/2001, de 17 de julho, que contém o regulamento de atribuição de apoio financeiro a projetos de promoção e animação turísticas.

A informação recolhida permite concluir que o CELFF:

- ✓ Não beneficiou de pagamentos com origem no contrato-programa ao qual foi recusado o visto;
- ✓ Não recebeu qualquer financiamento via orçamento regional previsto em lei ou em regulamento para o apoio ao ensino e formação profissional privados;
- ✓ Percecionou 13 940 185,68€ até ao final de 2015, por conta das transferências atribuídas pelo FSE com vista a comparticipação de projetos aprovados de *Formação Modular, Cursos de Educação e Formação, Escolas de Turismo, Cursos de Especialização Tecnológica*, e de *Reconhecimento, Validação e Certificação de Competências*, de um total de 23 038 982,74€, o que representa uma percentagem de execução na ordem dos 60,51%.
- ✓ Foi autorizada, por conta do orçamento regional, e com vista ao desenvolvimento e cooperação no âmbito da promoção e animação turísticas, a comparticipação de projetos nesse âmbito no valor máximo de 70 mil euros.

3.5. APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS EM SEDE DE CONTRADITÓRIO

Conforme aludido no antecedente ponto 2.6., os responsáveis notificados, nos termos do art.º 13.º da LOPTC, para efeitos do exercício do contraditório, Andreia Sofia Lomelino Bernardo Perestrelo, Cristina Manuela Faria Oliveira Camacho, Jaime Manuel Gonçalves de Freitas, Francisco José Vieira Fer-

²⁰⁹ Sendo que “[a] diferença que não foi financiada (entre o valor do documento e o valor elegível) é decorrente da parcela não solicitada pela entidade, relativa ao funcionamento da componente hoteleira e de cursos não financiados pelo FSE, bem como ao facto da despesa associada exceder o montante aprovado em candidatura para a rubrica de encargos gerais do projeto” (vd. o *supra* referido ofício n.º Z-43, de 17 de julho de 2015 00-DRQP).

²¹⁰ Publicadas no JORAM, I série, n.ºs 61, de 30 de abril, 135, de 4 de setembro, e 189, de 5 de dezembro.

²¹¹ Inserido no *Capítulo VIII Concessão de subsídios e outras formas de apoio*, e que concretiza que “[o]s apoios financeiros concedidos ao abrigo de legislação específica deverão respeitar o previsto no respetivo regime legal e os n.ºs 4 a 8 do artigo anterior”, para onde desde já se remete.

²¹² Que enquadra nas formas de apoios financeiros disponibilizados pela RAM os protocolos de desenvolvimento e cooperação no âmbito da promoção e animação turísticas.

²¹³ Que fornece a noção de protocolos de desenvolvimento e cooperação no âmbito da promoção e animação turísticas como sendo um instrumento através do qual a Direção Regional do Turismo disponibiliza às diversas entidades em nome individual ou coletivo meios ocasionais de investimento público para financiamento de projetos ou iniciativas de reconhecida qualidade e interesse estratégico no quadro da política de promoção e ou animação turísticas.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

mandes, Jorge Maria Abreu de Carvalho e António Eduardo de Freitas Jesus pronunciaram-se individualmente, enquanto José Manuel Ventura Garcês subscreveu as alegações apresentadas por Rui Manuel Teixeira Gonçalves.

E é a apreciação das alegações que se mostram mais pertinentes que se procederá de seguida.

Andreia Sofia Lomelino Bernardo Perestrelo sustentou, em sua defesa “(...) o (...) total desconhecimento da não nomeação formal do júri para o procedimento de concessão da EPHTM, porquanto apenas” recebeu “orientações superiores para pertencer ao mesmo, em representação da então Secretaria Regional do Plano e Finanças. Mais fui notificada através da plataforma para contratação pública (Vortal).

Quanto à sua atuação e conduta enquanto membro do júri, diz não ser sua “(...) função colocar em causa aspetos do procedimento pré-contratual” mas ter “a referir que” acompanhou “as deliberações dos restantes membros do júri, enquanto pessoas avalizadas na área da concessão, com a” sua “intervenção mais direcionada para a aplicação das fórmulas previstas no procedimento. Em tempo algum foram revelados indícios, que não estivessem a ser cumpridos todos os requisitos técnicos, legais e processuais que competiam ao júri” e que “(...) se foram detectadas incorreções nas peças do procedimento, a normal atuação do júri estaria, desde logo, condicionada”.

Termina salientando “(...) que (...) o procedimento de concessão da EPHTM foi o primeiro em que participou “enquanto júri”.

As notificações efetuadas através da plataforma eletrónica não concretizam uma nomeação por ato administrativo para integrar o júri de um procedimento nos termos exigidos pelo art.º 67.º do CCP, e conforme confirmado pela SRE²¹⁴, ato que se revela de particular importância tal como vincado no ponto 3.2.1.3., omissão que merece censura mas que não foi lhe foi imputada.

No tocante à alegação de que nunca foram revelados indícios de que não estivessem a ser cumpridos “todos os requisitos técnicos, legais e processuais” e que acompanhou as deliberações dos restantes membros do júri enquanto pessoas “avalizadas” na área da concessão, tendo a sua atuação sido direcionada para a aplicação das fórmulas previstas no procedimento, chama-se apenas a atenção para o teor da norma do art.º 68.º do CCP, que condiciona a tomada das deliberações do júri por maioria de votos e não admite a abstenção, sendo que, nos casos em que haja voto de vencido, deve constar da ata as razões da discordância. O que implica que, tendo a contraditada votado favoravelmente todas as deliberações, tomou por boas as opções seguidas e por elas é igualmente responsável.

Sobre o argumento de que as incorreções nas peças do procedimento condicionaram a atuação do júri, não procede em todas as deficiências detetadas, especificamente nas tratadas nos pontos 3.2.1.5. e 3.2.1.7., que se reportam à insuficiente fundamentação do relatório preliminar da fase de qualificação e da admissão indevida da proposta do CELFF, pois estes atos são da responsabilidade do júri.

Cristina Manuela Faria Oliveira Camacho limitou-se a informar que “(...) no âmbito das (...) funções que na altura exercia na EPHTM, apenas” colaborou “na elaboração do programa e caderno de cadernos do concurso limitado por prévia qualificação, fazendo o levantamento dos bens a concessionar, bem como a lista de pessoal e respetivos vínculos”, o que contraria o aduzido pela SRE que expressamente referiu que aquelas duas peças foram por si integralmente elaboradas.

Jaime Manuel Gonçalves de Freitas aludiu a dois factos que em momento algum foram postos em causa no relato, designadamente que “(...) apenas iniciou funções como membro do XI Governo Regional da Madeira em 9 de Novembro de 2011, não tendo, pois, praticado qualquer ato relevante para este processo antes dessa data”, e que, “[n]os termos do artigo 5.º, n.º 2, alínea b) do DRR n.º 8/2011, de 14 de Novembro que aprova a organização e funcionamento do XI Governo Regional da Madeira, compete à SRCTT exercer a tutela sobre a EPHTM, não sendo essa, a contrario, uma res-

²¹⁴ Vd. o officio n.º 5.128.

ponsabilidade da SRERH”, razão pela qual não competia “(...) à SRERH o acompanhamento ou controlo da execução do contrato em causa”.

De mais substancial traz que “[a]s posições assumidas pela SRERH relativamente à elegibilidade (ou não) das rendas pagas pelo CELFF no âmbito do contrato de concessão da EPHTM, para efeitos de financiamento pelo FSE dos projetos desenvolvidos, tinham a ver com a racionalidade subjacente ao financiamento dos próprios cursos, (e não tanto com a estrita questão da definição da natureza jurídica daqueles pagamentos), sendo preocupação da SRERH que a função educativa da EPHTM fosse cabalmente realizada. De resto, tratou-se de um parecer sem qualquer impacto, já que a entidade intermédia de gestão do FSE (Direção Regional de Qualificação Profissional – Unidade Segregada) em conjugação com a entidade gestora do FSE (IDR – Instituto de Desenvolvimento Regional) acabaram por adotar e executar posição diversa da nossa.”.

Antes de mais reitera-se que a “*Questão da não elegibilidade da renda da concessão de exploração da EPHTM*”, analisada no ponto **3.5.2.**, que se colocou entre setembro de 2011 e agosto de 2014, envolvendo a Autoridade de Gestão (Instituto de Desenvolvimento Regional), o Organismo Intermédio na Gestão do programa RUMOS (DRQP) e o CELFF, foi resolvida no sentido de considerar a renda como elegível para efeitos de financiamento, mediante a intervenção do signatário, na então qualidade de Secretário Regional da Educação e dos Recursos Humanos, através do despacho exarado no parecer do seu Gabinete datado de agosto de 2014²¹⁵. Na sequência desse despacho, a DRQP reenviou o parecer para o Instituto de Desenvolvimento Regional, o qual, apesar de ter confirmado a sua interpretação de que o contrato de concessão não poderia ser considerado um arrendamento de imóveis, aceitou a solicitação do CELFF no sentido de que a despesa em apreço fosse reclassificada e incluída na rubrica de encargos gerais do projeto, passando assim a ser elegível.

Jorge Maria Abreu de Carvalho também destaca que “(...) *por referência ao período em funções do atual Governo Regional da Madeira, o Relato de Auditoria do Tribunal de Contas abrange apenas o hiato temporal compreendido entre 20.04.2015 e 12.2015*”. Prossegue clarificando que “[o] GRM teve conhecimento da Ação movida pelo CELFF contra a RAM – e que se encontra a correr os seus termos junto do Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal sob o Processo n.º 139/15.8BEFUN – após a sua tomada de posse já que foi instaurada em **07.04.2015, 13** (treze) dias antes da tomada de posse do XII, e atual, Governo Regional da Madeira, que ocorreu a **20.04.2015**.”

Assim, à data de entrada em funções do GRM, as hipóteses de (re)ação do GRM em face dos incumprimentos do CELFF em matéria de rendas devidas no âmbito do Contrato de Concessão encontravam-se fortemente limitadas, já que, atentos os termos da Ação instaurada, a boa interpretação das normas legais (substantivas e processuais) implicava que a efetivação desse direito de crédito do GRM se tivesse que fazer no âmbito e em sede de Pedido Reconvencional, a deduzir em sede de Contestação, o que veio a ser feito pela RAM”.

Embora se aceite o alegado pelo contraditado, reforçado pelo facto de que na atual organização do GR o exercício da tutela da EPHTM recair sobre a SRETC, conforme já foi oportunamente referido, e a execução financeira do contrato de concessão sobre a SRF, a atuação da concessionária com vista a resolver a situação de não pagamento das rendas contratualmente devidas, desde que esse incumprimento se iniciou, foi esparsa e pouco contundente, nos termos destacados no ponto **3.5.2.**

Noutro tom, o atual responsável pela pasta da Educação assume o compromisso do “(...) *GRM a diligenciar no sentido de apurar o (in)cumprimento, pelo CELFF, das suas obrigações contratuais*” e “*a fazer uso das disposições legais e contratuais ao seu dispor para conduzir os termos da Execução do Contrato de Concessão, mormente com vista à eventual aplicação de multas contratuais e/ou redefinição de termos (ou cessação) do Contrato de Concessão*”.

²¹⁵ Cfr. o ofício n.º Z-43, de 17 de julho de 2015 00-DRQP.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

Francisco José Vieira Fernandes retira do relato a afirmação de que “(...) «as irregularidades apuradas, designadamente (sublinhado nosso), as tratadas nos pontos 3.2.1.1, 3.2.1.4, 3.2.1.6 e 2.3.1.7, só passaram a ser sancionadas pela LOPTC a partir da entrada em vigor daquela que foi a sua última alteração, aprovada pela Lei n.º 61/2011», de 7 de dezembro, deduzindo-se que o uso do termo «designadamente» pressupõe que a nota se refere a todas as irregularidades detetadas, e não apenas às especificamente mencionadas”.

Interpretação que não espelha o sentido da frase citada uma vez que a utilização do advérbio “*designadamente*” procurou particularizar as situações onde as ilegalidades apreciadas só passaram a conduzir à imputação de responsabilidade financeira sancionatória pela sua prática a partir da entrada em vigor da Lei n.º 61/2011, pois as tratadas nos pontos **3.2.1.2.**, **3.2.1.3.** e **3.2.1.5.** continuam a não merecer essa cominação.

Avança contestando “(...) as referidas «irregularidades», não apenas para sua defesa e para justificação dos atos de gestão que praticou, mas também por dever ético para com os que, sob sua tutela, estiveram de alguma forma ligados ao procedimento objeto do RELATO, em especial o Júri do Concurso.

Antes de mais, cumpre referir que este foi o 1.º procedimento a ser colocado na Plataforma Vortal pela SREC – arriscaria mesmo que terá, provavelmente, sido o 1.º em toda a estrutura do Governo Regional – e que o mesmo decorreu ao abrigo de um CCP, então recente, o qual veio a alterar imenso a tramitação dos procedimentos concursais. Por tal razão deverão ser contemporizadas as conclusões em termos de estrita legalidade, no que tange a entendimentos que apenas subsequentemente foram alcançados em análises jurídicas e jurisprudenciais desse douto Tribunal. Adite-se aliás, a inexistência ao tempo de orientações aos serviços da Administração Pública Regional”.

O que não colhe inteiramente porquanto as irregularidades apontadas decorrem do não cumprimento de normas do CCP que não envolvem qualquer necessidade de interpretação para além da leitura da própria letra da lei.

Continua alegando que “[n]ão será, também, despidendo invocar a envergadura técnico-jurídica deste procedimento dada a sua configuração e caráter inovador, por se tratar do único estabelecimento desta natureza existente no País (Escola Profissional de Hotelaria e Turismo com Hotel e Restaurante de Aplicação). (...)”

Ainda em decorrência do facto de ter sido lançado na Plataforma Informática (Vortal), terão existido documentos que, presumimos, tenham ficado APENAS E SÓ na dita plataforma e não em papel, desconhecendo o signatário se a sobredita plataforma dará garantias a 100% da guarda de todos os documentos, sabendo-se as nuances informáticas que sempre ocorrem a par das inovações tecnológicas.

Em particular, e na senda do que acima se afirma, está o caso da nomeação do Júri que, como pode ser comprovado, consta da Plataforma, quer com a indicação dos Gestores do Procedimento, quer com a composição do Júri. Como é natural, e estando perante técnicos experientes, estes em nenhum caso se iriam autonomear para o exercício daquela importante função, tendo que haver, previamente, alguma indicação para a sua constituição, enquanto Júri do Procedimento, tendo tal nomeação sido lançada no Portal e, assim, assumido caráter público. Acresce mesmo que esta irregularidade, que como suscitado no douto Relato configurará uma anulabilidade, logo sanada em virtude da sua não oponibilidade, em momento algum foi invocada, o que reforçará o nosso entendimento de que, quer o concorrente, quer toda a administração que acompanhou a tramitação concursal, designadamente Notário Privativo do Governo tiveram oportunidade de verificar, não se manifestando contra”.

Antes de mais, e ao contrário do que foi afirmado, em momento algum foi evidenciada na plataforma utilizada pela entidade adjudicante a nomeação do júri. E nem é o ato administrativo de nomeação formal do júri do procedimento que é inserido nessa plataforma, mas os dados relevantes do mesmo, o qual foi já assumido que não tem existência física, ao contrário dos restantes elementos procedimentais.

É certo, e também em resposta à dúvida levantada, que a obrigação de manter os documentos que constituem o procedimento de contratação em análise e o *software* e tecnologias que permitiam a sua leitura, extinguiu-se a 1 de setembro de 2014, pois esse prazo é de 4 anos a contar da data da celebração do contrato, em resultado da articulação da norma do art.º 17.º do DL n.º 143-A/2008, de 25 de julho, que estabelece os princípios e regras gerais a que devem obedecer as comunicações, trocas e arquivo de dados e informações²¹⁶, com a do art.º 107.º do CCP.

Mas foi pela resposta da SRE, trazida a coberto do ofício n.º 5.128, de 15 de outubro de 2015, que foi confirmada a existência “[d]o processo físico” mas não “a evidência da aprovação dos elementos que compõem o Júri por parte do órgão competente para a decisão de contratar”.

Quanto ao entendimento de que esta omissão constitui uma “(...) irregularidade, que como suscitado no douto Relato configurará uma anulabilidade, logo sanada em virtude da sua não oponibilidade, em momento algum foi invocada”, recorde-se que para que um ato seja anulado é necessário o recurso à via judicial pelo que se mantém juridicamente eficaz, significando a sua convalidação na ordem jurídica não a sanção da irregularidade que encerra mas apenas o decurso do tempo previsto para contra ele reagir, reação que, no que concerne ao concorrente, poderia não interessar. E ao notário privativo do governo regional competia apenas verificar, de um ponto de vista formal, o mencionado no texto do contrato de concessão e não a regularidade formal e material de todo o processo de formação que o antecedeu.

Clarifica, repetidamente, que “[f]oi nosso entendimento que, havendo uma Resolução do GR a mandar o SREC (e o SRPF) para a abertura do concurso e, depois, para outorga do contrato, que este mandato, de tão amplo, encerra, implicitamente, o entendimento de que estariam mandatados para a nomeação do Júri e demais tramitação interna inerente ao próprio contrato, cumprindo-se a máxima latina a maiori, ad minus. Adite-se também aqui, que semelhante irregularidade nunca foi suscitada.

Tal interpretação foi também a do Júri que, de boa-fé, ao submeter o Relatório Final ao Secretário Regional de Educação e Cultura, o faz para «para a decisão de contratar», conforme documento na posse desse Tribunal, o que, também de boa-fé, se fez. (...)

Concorre ainda nesse sentido, e tal poderá ser comprovado por todos os membros que, ao tempo, constituíam o Governo Regional, que esta matéria foi bastas vezes abordada em Conselho do Governo, com grande insistência para que o SREC desse por concluído o procedimento, ficando claro que o signatário nunca o faria de motu-próprio, mas sim em cumprimento de mandato do Governo Regional”.

O pressuposto em que o ex-governante diz ter assentado a sua atuação não procede, pelos motivos expendidos no ponto 3.2.1.1., daí se extraindo que a Resolução do CGR n.º 1504/2009 não manda o “SREC” e o “SRPF” para a abertura do concurso, nem que este mandato é tão amplo que encerre implicitamente que esses Secretários estariam mandatados para a demais tramitação do procedimento, porque a competência administrativa é fixada por lei ou por ato por ela habilitado. E, no caso, o órgão com competência para tomar a decisão de contratar – o CGR – não interveio ao longo do procedimento nas situações a que a lei obrigava mas sim o signatário, na qualidade de Secretário Regional da Educação e Cultura, quando não se encontrava legitimado para tal através de um ato expresso de delegação de competências.

Rui Manuel Teixeira Gonçalves, a par de outras considerações, esclareceu que “(...) a Ação movida pelo CELFF contra a RAM – e que se encontra a correr os seus termos junto do Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal sob o Processo n.º 139/15.8BEFUN – foi instaurada em 07.04.2015, 13 (treze) dias antes da tomada de posse do XII Governo Regional da Madeira, que ocorreu em 20.04.2015.

²¹⁶ Norma que comanda que “[o]s documentos que constituem o procedimento são conservados nos termos do artigo 107.º do Código dos Contratos Públicos, juntamente com o software e tecnologias que permitam a sua leitura, até ao final do prazo estabelecido na lei para aquela conservação”.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

8. Assim, à data de entrada em funções do atual Governo Regional, as hipóteses de (re)ação em face dos incumprimentos do CELFF em matéria de rendas devidas no âmbito do Contrato de Concessão encontravam-se fortemente limitadas já que, atentos os termos da Ação instaurada, a boa interpretação das norma legais (substantivas e processuais) implicava que a efetivação desse direito de crédito se tivesse que fazer no âmbito e em sede de Pedido Reconvençional, a deduzir em sede de Contestação, o que veio a ser feito pela RAM”.

Destaca que “9. Antes porém, e já na vigência do atual Governo Regional, procurou-se acionar a execução fiscal, situação que não veio a se efetivar por falta de enquadramento legal.

10. Ainda a este respeito, manifestamos a discordância face à conclusão alcançada pela SRMTC no primeiro parágrafo de fls. 44, onde é referido que: «Em retrospectiva, o quadro factual e normativo descrito expõe a ineficácia das medidas adoptadas pela concedente no âmbito da execução financeira deste contrato e o facto de não se ter servido, de forma plena, dos poderes que a lei e o contrato lhe atribuem para por cobro a uma situação de incumprimento do cocontratante que se arrasta por seis anos e tem implicado a perda de receitas públicas, situação que, em última análise, podia integrar a hipótese legal consagrada na al. a) do n.º 1, articulada com o n.º 2, do art.º 65.º da LOPTC, de aplicação de multa [p]ela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas»”.

11. Em primeiro lugar, os poderes que a Lei e o Contrato de Concessão atribuem à Região – que, em suma, consubstanciam poderes de aplicação de Sanções Administrativas, como identificadas no Relatório de Auditoria a fls. 42 e 43 – não tinham a virtualidade de permitir a imediata liquidação, cobrança e arrecadação do valor das rendas devidas pelo CELFF, já que do Sequestro, do resgate e/ou da Resolução do Contrato de Concessão não resultaria qualquer disponibilidade imediata de capital por parte do CELFF. Antes pelo contrário, poderia levar, em teoria, à irrecuperabilidade do crédito.

12. Em segundo lugar, e relativamente á aplicação de Sanções Pecuniárias e Execução de Cauções, pouco sentido faria a opção por essa via de atuação, uma vez da mesma resultaria uma menor disponibilidade financeira do CELFF, já que era diminuta em face da aparente impossibilidade de este fazer face ao compromisso de pagamento da renda do Contrato de Concessão.

13. Considerou a Região pouco crível que aplicar Sanções Pecuniárias e Executar Cauções viesse a incentivar – ou obrigar – o CELFF ao cumprimento das suas obrigações de índole pecuniária.

14. Em terceiro lugar, embora relacionado com os dois fundamentos anteriores, importa esclarecer que a Região, enquanto Concedente – e sem prejuízo dos deveres que sobre si impendem – incumbe a tarefa de gerir a prossecução do interesse público, ainda que esta esteja acometida a um articular mediante um Contrato de Concessão.

15. A SRMTC considera, em tese, que a Região dispunha de uma panóplia de instrumentos legais ao seu dispor para pôr termo à situação de incumprimento por parte do CELFF, não levando em linha de apreciação/consideração questões como a de saber se a Região se encontrava em condições de ele próprio prosseguir o Objeto da Concessão ou se algum interessado existia que se encontrasse disponível para substituir o CELFF na Execução do Contrato de Concessão.

16. Na atuação da Região – dentro ou fora do domínio contratual – preside sempre a preocupação de gestão do interesse público, nomeadamente, e in casu, o de garantir e assegurar que, com maior ou menor dificuldade, havia continuidade na exploração da EPHTM através de i) realização de cursos e ações de formação no sector de hotelaria e turismo; ii) exploração o hotel de aplicação, restaurante e bar; e iii) Centro de Novas Oportunidades.

Essa é uma preocupação que não cabe no juízo apreciativo da SRMTC, mas que está sempre presente na tomada de qualquer decisão pela Região, e, no caso do Contrato de Concessão em apreço, tal não foi exceção.

Tal não prejudica a conclusão de que a situação de incumprimento tenha de ser, obrigatoriamente, sanada, estando a Região a tomar as medidas necessárias e suficientes para tal, as quais terão sempre em linha de conta, e como pano de fundo, a cabal defesa do interesse público”.

Não obstante o XII GR ter tomado posse a 20 de abril de 2015, afigura-se importante reforçar as conclusões plasmadas nos pontos **3.2.1.4.** e **3.5.1.**, que:

- ✓ A opção de não fixar requisitos mínimos de capacidade financeira aos candidatos inobservou o ditado pelo n.º 5 do art.º 164.º do CCP, *a contrario*, e não permitiu acautelar o incumprimento em apreciação por via da seleção de um parceiro dotado dos recursos financeiros adequados para garantir que desenvolveria a sua atividade durante o período contratual e executaria integralmente o contrato, e que
- ✓ A cláusula 34.^a do contrato de concessão que impunha o pagamento ao concedente, a título de renda, de um montante anual de 200 mil euros, proposto pela concessionária, a pagar em prestações mensais no valor de 16 667,00€, só foi cumprida relativamente aos últimos quatro meses de 2010, assim como não foi observado o previsto no Acordo de pagamentos, celebrado a 10 de janeiro de 2014, para efeitos de regularização dos montantes que já se encontravam em dívida, tendo a Região apenas executado a garantia bancária no valor de 90 000,00€.

Donde se retira que a atuação da Região pecou por esparsa e pouco contundente, sendo disso exemplo o facto de Região só ter reagido, através da dedução de um pedido reconvenicional, a 9 de outubro de 2015, à ação contra si movida pelo CELFF, independentemente das outras hipóteses que possam ter sido cogitadas, mas não postas em prática.

Definidos estes pressupostos, admite-se que os poderes que a lei e o contrato atribuem à concedente não possibilitavam a imediata liquidação da dívida, mas permitiam que, a médio ou a longo prazo, fosse evitada a sua acumulação. A questão não residia, deste modo, em “*incentivar*” ou em “*obrigar*” a concessionária a cumprir a sua obrigação contratual mas em assegurar a prossecução do interesse público mediante a arrecadação da receita devida e da “*realização de cursos e ações de formação no sector da hotelaria e turismo*”, na “*exploração do hotel de aplicação, restaurante e bar*” e no “*Centro de Novas Oportunidades*”.

Por conseguinte, ainda que se perceba o interesse público na manutenção da concessão de exploração da EPHTM pelos motivos avançados, a verdade é que o incumprimento financeiro do contrato torna inviável a perfeita execução do mesmo e também coloca o interesse público em risco por não se assegurar a obtenção de receitas que foram concebidas em torno do mesmo.

No tocante a saber se “*algum interessado existia que se encontrasse disponível para substituir o CELFF na Execução do Contrato de Concessão*”, apenas através do lançamento de um novo procedimento concursal é que se poderia obter a resposta a tal questão, risco que, porém, também foi corrido aquando do lançamento do concurso que conduziu à escolha da atual concessionária.

António Eduardo de Freitas Jesus, antes de contestar a matéria controvertida no relato, expõe o seguinte entendimento que suscita uma questão que logra ser elucidada:

- “1. *O Exponente foi notificado nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 13.º, da LOPTC, o qual prevê – previamente à instauração dos processos de efetivação de responsabilidades, bem como dos processos de multa o direito de pronúncia dos «responsáveis» quanto aos factos que lhes são imputados, a respetiva qualificação, o regime legal e os montantes a repor ou a pagar.*
2. *Em face da convocação expressa do regime legal previsto no artigo 13.º, da LOPTC, o Exponente é levado a pressupor que se pretende – ou, pelo menos, tem-se em vista – a efetivação de responsabilidade(s) e/ou a aplicação de multa(s), pois que, se assim não fosse, teria o Exponente sido notificado ao abrigo dos Princípios da Coadjuvação e Cooperação, previstos nos artigos 11.º e 12.º, da LOPTC, respectivamente (...).”*



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

É ponto assente que, pelas ilegalidades que transparecem do relato, não foi imputada qualquer forma de responsabilidade financeira. Tal não impede, todavia, que o Tribunal oiça, nos termos do n.º 1 do art.º 13.º da LOPTC, “[n]os casos sujeitos à sua apreciação (...) os responsáveis individuais e os serviços, organismos e demais entidades interessadas e sujeitas aos seus poderes de jurisdição e controlo financeiro”, como é o caso, situações em que a audição deve ser feita “(...) antes de o Tribunal formular juízos públicos de simples apreciação, censura ou condenação”, por força do n.º 3 da mesma norma.

Esclarecido este ponto, apreciemos a “*PRONÚNCIA STRICTO SENSU*”:

- “40. (...) o TC deslinda a existência de incumprimentos pelo CELFF, procurando repercutir esses incumprimentos no GRM, em face dos poderes de verificação e fiscalização de que este dispõe nos termos do Contrato de Concessão, e que entende não terem sido exercidos. (...)”
57. De fls. 39, do Relato de Auditoria, resulta que as falhas identificadas pelo TC se reportam a: i) não criação de uma equipa destinada a acompanhar a Execução do Contrato de Concessão; ii) não verificação da alocação e da adequação dos Recursos Humanos e Materiais previstos; iii) ausência de registo de nível de satisfação dos utentes; iv) não aprovação de um manual de gestão e fiscalização da Execução do Contrato de Concessão; e v) não elaboração de quaisquer relatórios de acompanhamento da Execução do Contrato de Concessão.
58. Tem o GRM a esclarecer que as enunciadas falhas – que de todo em todo se podem imputar ao actual GRM – nunca foram perspectivadas como consubstanciando falhas graves, susceptíveis de gerar a aplicação de multas contratuais e/ou (re)equacionar os termos da Execução do Contrato de Concessão, como é entendimento e posição expressa deste TC. (...)”
60. As falhas apontadas pelo TC nunca foram equacionadas pelo GRM como susceptíveis de influir na prossecução/realização do interesse público, com o que os Poderes de Direção e Fiscalização foram sempre exercidos na medida do estritamente necessário e em preocupação permanente de não perturbar a Execução do Contrato de Concessão.
61. O que se expõe assume relevo, ainda, na medida em que o GRM, até à presente data, nunca considerou necessário interferir na Execução do Contrato de Concessão, i.e., a satisfação do interesse público, até à data, nunca exigiu a intervenção do Contraente Público para defesa desse interesse, já que as falhas enunciadas pelo TC nunca influíram nessa tarefa, o que não significa que a evolução do interesse público subjacente ao Contrato de Concessão não venha a impor que se configurem essas falhas como graves²¹⁷” (...)”
64. (...) todavia, e atenta a posição do TC vertida em sede de Relato de Auditoria, este GRM, enquanto Concedente, não deixará de retirar as devidas ilações, seja para efeitos de aplicação de multas contratuais, seja em matéria de manutenção do Contrato de Concessão, o qual, e assim, se irá (re)perspetivar e (re)ponderar, de forma a acolherem-se as recomendações do TC.
65. Relativamente às demais falhas identificadas pelo TC²¹⁸, a generalidades dessas não surge como demonstrada/provada, surgindo tal evidenciado em face do recurso, pelo TC; a expressões como «não tem sido confirmado que o CELFF mantém o inventário dos bens.»

²¹⁷ Para Jorge Andrade da Silva, in *Código dos Contratos Públicos, Anotado e Comentado*, 2015, 5.ª Edição, Almedina, pág. 610, “A acção de fiscalização da execução do contrato pelo contraente público é exercida nas vertentes contratuais técnica, financeira e jurídica, destinando-se a acompanhar a tramitação do processo dessa execução, **controlando-a com vista a evitar surpresas prejudiciais para o interesse público**”.

²¹⁸ i) ausência de inventário dos Bens e dos direitos que integram a Concessão (fls. 36 a 37); ii) ausência de confirmação pelo GRM de que nunca foi solicitada qualquer autorização para a alienação ou oneração de bens afectos à Concessão, assim como a alienação total ou parcial do Objecto da Concessão (fls. 37); iii) ausência de confirmação, pelo GRM, de que os compromissos assumidos com Terceiros pela EPHTM têm sido observados pela Concessionária (fls. 37); iv) ausência de comprovação pelo GRM de que a Concessionária mantém o imóvel integrante da Concessão em bom estado de conservação e em normais condições de utilização e segurança, se realiza, e quando necessário, as obras de manu-

66. Também nesta matéria o GRM se compromete a diligenciar no sentido de apurar o (in)cumprimento, pelo CELFF, das suas obrigações contratuais, comprometendo-se igualmente a fazer uso das disposições legais e contratuais ao seu dispor para conduzir os termos da Execução do Contrato de Concessão, mormente com vista à eventual aplicação de multas contratuais e/ou redefinição de termos (ou cessação) do Contrato de Concessão.

Sem conceder, há a referir que algumas das «falhas» identificadas assentam em ilações que o TC retira da circunstância de o GRM não ter conseguido fazer aquilo que juridicamente é comumente designado por «prova diabólica» («diabólica probatio»)

67. As conclusões alcançadas pelo TC relativamente a essas «falhas» apoiam-se na circunstância de o GRM não ter logrado fazer a prova de factos negativos, como resulta de fls. 37, onde é referido pelo TC que «a SRETC recorre ao seu conhecimento empírico, por não ser suportado em qualquer prova documental, para afirmar que nunca foi solicitada qualquer autorização para a alienação ou oneração de bens afectos à concessão, assim como a alienação total ou parcial do objecto da concessão».

68. O mesmo ocorre a fls. 38, quando é referido pelo TC que «a SRETC recorreu novamente ao seu conhecimento empírico para afirmar que não foi solicitada qualquer autorização para celebrar novos contratos de trabalho para suprir necessidades de funcionamento da EPHTM».

69. Se nenhum elemento documental existe relativamente a qualquer (pedido de) autorização para os fins anunciados, não podia o GRM fazer prova da existência de um facto negativo,

70. Julgando o Exponente que não é legítima – e, com o devido respeito, é forçada – a ilação do TC segundo a qual inexistindo prova documental relativamente a qualquer (pedido de) autorização para os fins enunciados então existe omissão de agir do GRM matéria de acompanhamento da Execução do Contrato. (...)

72. As falhas que ora se imputam ao CELFF não foram tidas como relevantes para efeito de aplicação de sanções contratuais, perspectivadas como um castigo e/ou punição em reacção a uma conduta censurável do Concessionário²¹⁹. (...)

74. (...) A partir deste momento, e ciente que está quanto ao juízo de especial gravidade que este TC faz incidir sobre as falhas que identificou, compromete-se o GRM a fazer uso das disposições legais e contratuais ao seu dispor para conduzir os termos da Execução do Contrato de Concessão.

75. Em quarto lugar, cumpre ao GRM esclarecer que, até este momento, nunca considerou que as falhas elencadas tenham de algum modo influído nos termos da Execução do Contrato de Concessão, o qual visa a prossecução de um Interesse Público de extrema relevância para a Região Autónoma da Madeira, consubstanciado na exploração da EPHTM através de i) realização de cursos e ações de formação no sector da hotelaria e turismo; ii) exploração do hotel de aplicação, restaurante e bar; e iii) Centro de Novas Oportunidades.

76. Por outras palavras: admitindo-se um menor acompanhamento, fiscalização e supervisão, pelo GRM; do Contrato de Concessão, e, bem assim, admitindo-se a existência de falhas na Execução do Contrato, o GRM - até ao presente Relato de Auditoria – nunca havia perspectivado essas falhas como susceptíveis de influir na prossecução do Interesse Público (...).”

tenção contratualmente assumidas, se zela pelo bom funcionamento das estruturas e dos equipamentos e materiais usados na exploração da EPHTM, bem como pelo cumprimento dos regulamentos de higiene e segurança em vigor, e se tem sido cumprido o regime de acesso à EPHTM e do uso dos respectivos serviços e equipamentos (fls. 37); e v) ausência de aplicação de multas à Concessionária (fls. 39).”

²¹⁹ Vide, neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, in *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, pág. 530.



Tribunal de Contas

Secção Regional da Madeira

No ponto **57.** acima transcrito é referido que as “falhas” apontadas se reconduzem ao resumido nas respetivas als. i) a v), as quais nunca foram perspectivadas como sendo graves e suscetíveis de gerar a aplicação de multas.

Não se tratam aqui, no entanto, de “falhas” pois o que aqui está primacialmente em causa é o desconhecimento ou a não verificação do cumprimento, pela concedente, das obrigações legais e contratuais, no âmbito da execução do contrato, da concessionária e prendem-se, designadamente, com a inexistência de um inventário dos bens atualizado, com o desconhecimento do cumprimento dos compromissos assumidos com terceiros, nos termos dos protocolos celebrados ou se o imóvel integrante da concessão se encontra em bom estado de conservação e se foram realizadas as obras necessárias, entre outras.

Apontados, sumariamente, os aspetos em que se evidenciaram deficiências na execução material do contrato de concessão, foram elencados, a título indicativo, algumas manifestações dos alegados “poderes-deveres” de que a concessionária podia ter lançado mão e que correspondem aos assinalados pelo signatário nas alíneas i) a v).

Insiste-se, assim, que “[r]ecaía sobre a concedente o dever de, durante a execução material do contrato, proceder à verificação e fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais a que se vinculou a concessionária, tal como decorre do clausulado contratual, das peças procedimentais e das normas do CCP, nomeadamente dos art.ºs 302.º e ss., que elencam os poderes do contraente público no âmbito da fiscalização, sublinhando-se, em especial, o de dirigir e fiscalizar o modo de execução das prestações [vd. as als. a) e b) e os art.ºs 303.º, 304.º e 305.º]”.

Logo, a concedente não se pode demitir do dever, porque legal e contratualmente previsto, de acompanhar a execução material do contrato, no sentido não só de verificar mas também de fiscalizar o cumprimento das obrigações, legais e contratuais, que recaem sobre a concessionária, no âmbito da concessão, o que não sucedeu, sendo essa a atuação que se propugna e não a aplicação de multas *per si*, que só devem resultar de uma reação posterior a incumprimentos apurados.

Termos em que argumentos como “[a]s falhas apontadas pelo TC nunca foram equacionadas pelo GRM como susceptíveis de influir na prossecução/realização do interesse público (...)”, ou que “(...) até à presente data, nunca considerou necessário interferir na execução do Contrato (...)” são incapazes de justificar a (falta de) atuação da Região ao longo de grande parte do período de vigência do título jurídico que aqui se trata.

Na verdade, não é possível, em defesa do interesse público subjacente, deixar a execução material contratual simplesmente fluir, sem qualquer tipo de verificação ou de fiscalização pois esse é um dos mecanismos essenciais que permite detetar situações lesivas desse mesmo interesse.

Também se repugna a afirmação feita no ponto **65.** de que as “demais falhas” não surgiram como demonstradas/provadas face ao recurso, pelo TC, a expressões como “não tem sido confirmado (...)”, pois a leitura correta a ser feita da utilização dessas palavras deve ser precisamente a inversa, na medida em que espelham a incapacidade ou impossibilidade de a SRECT, depois de instada a fazê-lo, demonstrar que deu cumprimento aos seus deveres contratuais, nomeadamente que acompanhou a execução material do contrato de concessão, não fazendo, por isso, sentido a alegação de que em causa estava a prova de um facto negativo.

O que se desaprova é a falta de conhecimento do cumprimento ou não das obrigações contratuais da concessionária pela concedente, o que levaria *a posteriori* a uma análise da reação devida perante esses incumprimentos face aos instrumentos legais e contratuais existentes para sancionar esses comportamentos.

Acerca dos argumentos invocados nos pontos **83., 88., 89. e 90. a 96.,** remete-se para o que se teceu a propósito do avançado por Rui Gonçalves sobre a execução financeira do contrato de concessão.

4. EMOLUMENTOS

Nos termos dos art.^{os} 10.º, n.^{os} 1 e 2, e 11.º, n.^{os} 1 e 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo art.º 1.º do DL n.º 66/96, de 31 de maio²²⁰, são devidos emolumentos, a suportar em partes iguais, pelas Secretarias Regionais da Economia, Turismo e Cultura, das Finanças e da Administração Pública e da Educação, no montante de 1 716,40€ (cfr. o Anexo IV).

²²⁰ Retificado pela Declaração de Retificação n.º 11-A/96, de 29 de junho, e alterado pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pelo art.º 95.º da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril.



5. DETERMINAÇÕES FINAIS

O Tribunal de Contas, em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira, e ao abrigo do disposto no art.º 106.º, n.º 2, da LOPTC, decide:

- a) Aprovar o presente relatório e as recomendações nele formuladas.
- b) Ordenar que exemplares deste relatório sejam remetidos aos responsáveis identificados no ponto 2.4. deste documento.
- c) Entregar um exemplar deste relatório ao Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público junto desta Secção Regional, nos termos do art.º 29.º, n.º 4, da LOPTC.
- d) Determinar que as Secretarias Regionais da Economia, Turismo e Cultura e das Finanças e da Administração Pública, no prazo de 6 meses, informem o Tribunal de Contas sobre as diligências por si efetuadas para dar acolhimento às recomendações constantes do relatório agora aprovado, mediante o envio de documentos comprovativos desses factos.
- e) Fixar os emolumentos nos termos descritos no ponto 4.
- f) Mandar divulgar o presente relatório na *Intranet* e no sítio do Tribunal de Contas na *Internet*, depois da notificação dos interessados.
- g) Expressar às Secretarias Regionais da Economia, Turismo e Cultura, das Finanças e da Administração Pública e da Educação o apreço do Tribunal pela celeridade na apresentação dos documentos solicitados e dos esclarecimentos prestados.

Aprovado em sessão ordinária da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, aos 13 dias do mês de outubro de 2016.

A Juíza Conselheira,

(Laura Tavares da Silva)

A Assessora,

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

O Assessor,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

Fui Presente,

O Procurador-Geral Adjunto,



(Nuno A. Gonçalves)



ANEXOS



I – ESTRUTURA ORGANIZACIONAL RELEVANTE DA SRETC, DA SRE E DA SRF

A SRETC

DRR n.º 8/2011/M, DE 14/11: Aprovou a organização e funcionamento do XI GR, e previu, na al. e) do art.º 1.º, a Secretaria Regional da Cultura, Turismo e Transportes (SRT), na respetiva estrutura orgânica.

Anexo ao DRR n.º 1/2012/M, de 08/03²²¹: Aprovou a orgânica da SRT, cuja missão, de acordo com o art.º 2.º, era definir, coordenar, executar e avaliar a política regional nos setores da cultura, do turismo, dos transportes, das comunidades madeirenses e dos assuntos parlamentares, sendo dirigida superiormente pelo respetivo Secretário Regional, ao qual eram cometidas genericamente todas as competências para a realização das atribuições referidas no art.º 1.º.

Atribuições conferidas à SRT a destacar: art.º 3.º, als. a) e n): *“Contribuir para a formulação de linhas estratégicas que promovam o desenvolvimento sustentado, articulado e equilibrado dos sectores da cultura, do turismo, dos transportes, das comunidades madeirenses e dos assuntos parlamentares (...)”* e *“Promover a regulação e fiscalização dos sectores tutelados”*.

Principais competências do Secretário Regional:

- ✓ **Art.º 4.º, n.º 2, al. e), subalínea iii):** Exercer os poderes de tutela sobre a EPHTM.
- ✓ **Art.º 4.º, als. b), c), d) e g):** *“Definir, coordenar, avaliar e orientar a política da Região (...) nos sectores da cultura, do turismo (...)”; “Superintender e coordenar a ação dos vários órgãos e serviços da SRT”; “Exercer a atividade normativa, reguladora e inspetiva no âmbito dos setores adstritos à SRT”, e “Fixar os preços, taxas e tarifas, conceder licenças e autorizações, bem como outorgar concessões relativas aos vários setores de atividade sob a sua tutela e superintendência”.*

Serviços, Organismos e outras entidades:

A SRT exercia tutela sobre a EPHTM, na qualidade de serviço da administração indireta da RAM, nos termos da **al. b) do n.º 1 do art.º 8.º (vd. ainda o art.º 5.º)**.

DRR n.º 2/2015/M, de 12/05: Aprovou a organização e funcionamento do XII GR e, previu, na al. e) do art.º 1.º, a SRETC na respetiva estrutura orgânica.

DRR n.º 4/2015/M, de 18/06: Aprovou a SRETC, a qual passou a ter como missão *“(...) definir, coordenar, executar e avaliar a política regional nos setores da economia e empresas, turismo, cultura, comércio, indústria e serviços, inspeção das atividades económicas, transportes, acessibilidades e mobilidade, energia, qualidade, empreendedorismo, inovação e apoio às empresas”* (vd. o art.º 2.º).

Principais competências do Secretário Regional:

Art.º 4, n.º 2, als. a), b), d) e g): Representar a Secretaria, superintender e coordenar a ação dos vários órgãos e serviços daquele departamento regional, exercer a atividade normativa, reguladora e inspetiva no âmbito dos setores adstritos, fixar os preços, taxas e tarifas, conceder licenças e autorizações, bem como outorgar concessões relativas aos vários setores sob a sua tutela.

Serviços da Administração Indireta:

A SRETC exerce a superintendência e tutela sobre a EPHTM, enquanto serviço da administração indireta da RAM, de acordo com o n.º 1 do art.º 7.º da orgânica (vd. ainda o art.º 5.º).

A SRE

DRR n.º 5/2007/M, de 23/07: Procedeu à reestruturação do GR, tendo consagrado na sua estrutura a SREC [cfr. a al. f) do art.º 1.º].

DRR n.º 1/2008/M, de 17/01:²²² Aprovou a respetiva orgânica.

Atribuições conferidas à SREC a destacar:

Art.º 2.º: Estudar e executar a política educativa, do desporto, da formação profissional, da sociedade de informação e do conhecimento, das comunicações e da cultura da RAM.

²²¹ Alterado e aditado pelo DRR n.º 6/2013/M, de 20 de fevereiro, retificado pela Declaração de Retificação n.º 4/2013, de 20 de fevereiro, e revogado pelo DRR n.º 4/2015/M, de 18 de junho.

²²² Revogado pelo DRR n.º 5/2012/M, de 16 de maio.

A SRE

Principais competências do Secretário Regional em matéria de formação profissional

Art.º 3.º, n.º 1, als. b), c), d), e), g) e i): “Orientar e superintender todas as actividades a desenvolver nas áreas (...) da formação profissional; Superintender e realizar a gestão dos meios humanos, materiais e financeiros para efectivação das atribuições enunciadas na alínea anterior; Garantir o direito (...) à formação profissional (...); Orientar e avaliar o funcionamento e desenvolvimento do sistema (...) de formação profissional nas suas diversas modalidades; (...) Organizar e administrar a certificação profissional e gerir os fundos destinados à formação profissional; (...) i) Inspeccionar o funcionamento do sistema educativo, acompanhando, auditando e controlando a actividade das escolas, dos órgãos e serviços e demais estruturas que o integram (...)”.

A SREC exercia a tutela sobre a EPHTM, enquanto serviço integrado na administração indireta da RAM, ao abrigo do **art.º 4.º e da al. c) do n.º 1 do art.º 6.º**.

Gabinete do Secretário: Integrava a administração direta da RAM [cfr. **a al. a) do n.º 1 do art.º 5.º**], o qual devia prestar apoio nos vários domínios de competência da secretaria, bem como assegurar o seu normal funcionamento nas áreas que não fossem da competência específica noutros departamentos, de acordo com as **als. a) e l) do n.º 1 do art.º 11.º**.

Obedecia a um modelo estrutural hierarquizado que compreendia a Divisão de Gestão Organizacional e Jurídica [**vd. a al. e) do n.º 1 do art.º 13.º**], chefiado por um chefe de divisão (cfr. o n.º 5 do dito artigo).

Centro de Novas Oportunidades: Previsto no art.º 10.º da orgânica, como unidade, no Gabinete do Secretário, que poderia funcionar nos moldes do n.º 2 do art.º 8.º e que promoveria o desenvolvimento e gestão do sistema de reconhecimento, validação e certificação de competências escolares e profissionais, assegurando a coordenação da rede de centros novas oportunidades públicos e privados na RAM, bem como a sua monitorização e avaliação (cfr. o n.º 1).

O DRR n.º 8/2011/M, de 14 de novembro, que procedeu à reestruturação do GR, previu na al. g) do art.º 1.º a Secretaria Regional da Educação e dos Recursos Humanos (legalmente designada SRE, mas para efeitos de distinção aqui referida como SRERH), onde se manteve englobado o setor da formação profissional.

A respetiva orgânica foi aprovada em anexo ao DRR n.º 5/2012/M, de 16 de maio²²³, sendo sua a missão de, nos termos do art.º 2.º, “(...) definir a política regional nos setores da educação, do desporto, da educação especial, da formação profissional, da ciência e tecnologia, da juventude, do trabalho e das comunicações”.

A SRERH era dirigida pelo Secretário Regional respetivo, ao qual foram genericamente atribuídas as seguintes competências em matéria de formação profissional, em consonância com o n.º 1 do art.º 3.º:

- “b) Orientar e superintender em todas as atividades a desenvolver nas áreas da (...) formação profissional (...);*
- c) Orientar e avaliar o funcionamento e desenvolvimento do sistema (...) de formação profissional nas suas diversas modalidades; (...)*
- e) Organizar e administrar a certificação profissional e gerir os fundos destinados à formação profissional; (...)*
- g) Inspeccionar o funcionamento do sistema educativo regional, acompanhando, auditando e controlando a atividade das escolas, dos órgãos e serviços e demais estruturas que o integram (...).”*

Competia ao Secretário representar a Secretaria e dirigir, superintender e orientar, com respeito pelas als. a) a d) do n.º 2 do art.º 3.º.

Da leitura *a contrario* dos art.ºs 6.º e art.º 4.º a EPHTM deixou de integrar os serviços da administração indireta sobre os quais a SRERH exercia tutela.

A Secretaria prosseguia as suas atribuições através de serviços integrados na administração direta da RAM, de organismos integrados na administração indireta, de órgãos consultivos e de outras estruturas (vd. o art.º 4.º da orgânica).

Um dos serviços que integrava a administração direta era o Gabinete do Secretário [al. a) do n.º 1 do art.º 5.º], serviço a que foram atribuídas as atribuições e competências definidas no art.º 10.º da orgânica, a saber: prestar apoio ao Secretário, nos vários domínios de competência da Secretaria, coordenar as ações referentes à organização e à preservação do património e arquivo, bem como assegurar o normal funcionamento nas áreas que não fossem da competência específica de outros departamentos [als. a) e g)].

Nos termos do n.º 1 do art.º 22.º, era “(...) o órgão de apoio técnico (...) que tem por missão realizar estudos de natureza jurídica no domínio das matérias relacionadas com as atribuições e competências desta secretaria, bem como propor as medidas que, naquele âmbito, se revelem adequadas”, sendo coordenado por um técnico superior indicado por despacho do Secretário Regional (n.º 3 do art.º 22.º).

A sua organização interna obedecia a um modelo estrutural hierarquizado que compreendia o Gabinete de gestão financeira e o Gabinete jurídico, entre outros [vd. as als. a) e c) do n.º 1 do art.º 12.º].

Para além de prestar apoio nos procedimentos de contratação pública [cfr. a al. d)], devia ainda emitir pareceres e elaborar estudos jurídicos em matéria de natureza jurídica e assegurar o tratamento de reclamações, bem como exercer as demais funções que, dentro da sua área funcional, lhe fossem atribuídas, em sintonia com as als. a), f) e g) do n.º 2.

Atualmente a estrutura orgânica da SRE consta, em anexo, ao DRR n.º 20/2015/M, de 11 de novembro, face ao DRR n.º 2/2015/M, que procedeu à organização e funcionamento do XII GR.

²²³ Retificado pela Declaração de retificação n.º 34/2012, de 10 de julho, alterado pelo DRR n.º 14/2013/M, de 22 de novembro, e revogado pelo DRR n.º 20/2015/M, de 11 de novembro.



A SRF

Com a organização e funcionamento do GR aprovada pelo DRR n.º 5/2007/M, de 23 de julho²²⁴, a SRPF continuou a ser um departamento do GR, cuja orgânica foi aprovada e publicada em anexo ao DRR n.º 2/2008/M, de 15 de fevereiro²²⁵.

A SRPF tinha por missão “(...) definir, conduzir e executar a política regional, nos domínios das finanças, estatísticas, informática (...), orçamento, **património regional**, fundos comunitários, plano, habitação, assuntos fiscais, inspeção de finanças, Centro Internacional de Negócios da Madeira e Registo Internacional de Navios da Madeira – MAR” (destaque nosso) (vd. o n.º 1 do art.º 1.º).

No domínio específico das finanças públicas tinha por “(...) missão especial promover a gestão racional dos recursos públicos com vista a garantir a economia de meios e o aumento da eficiência e eficácia dos recursos” (vd. o n.º 2 do art.º 1.º).

Nessa conformidade, as als. a) e c) do art.º 2.º, conferiam à SRPF a definição e controlo da execução da política financeira da RAM e a missão de acompanhar, controlar e gerir os instrumentos financeiros da Região, designadamente o orçamento, o tesouro e o património, à exceção do artístico e do cultural.

Para tal, aquele departamento compreendia os serviços integrados na administração direta da RAM²²⁶.

Dentro da dita estrutura da SRPF, e com competências específicas na área do património, destaca-se, de entre os serviços executivos e ou de controlo, auditoria e fiscalização²²⁷, a Direção Regional do Património (DRPA), que, nos termos previstos pelo n.º 1 do art.º 14.º, tinha por missão “(...) executar e controlar as acções necessárias na área da gestão e administração do património da RAM, que não tenha sido transmitido nem esteja concessionado à PATRIRAM, assim como realizar os estudos e procedimentos adequados à concretização das aquisições de imóveis necessários a obras públicas ou outros fins de interesse público”, sendo dirigida por um diretor regional.

O DRR n.º 4/2012/M, de 9 de abril²²⁸, em conformidade com o disposto no art.º 9.º do DRR n.º 8/2011/M, de 14 de novembro²²⁹, que aprovou a orgânica do XI GR, procedeu à reestruturação orgânica da SRPF, que passou a ser designada abreviadamente por SRF²³⁰.

Apesar da dita reestruturação, foi mantida a parte da missão do dito departamento relativa à área da definição, condução e execução da política regional no domínio quer das finanças, quer do património regional e dos fundos da União Europeia²³¹.

Nessa conformidade, as als. a) e c) do art.º 2.º, continuaram a conferir à SRPF as atribuições de definir e controlar a execução da política financeira da RAM e de acompanhar, controlar e gerir os instrumentos financeiros da Região, designadamente o orçamento, o tesouro e o património, à exceção do artístico e do cultural.

Também a DRPA manteve-se como serviço integrado na administração direta, e em função da sua tipologia como serviço executivo e ou de controlo, auditoria e fiscalização da SRF (vd. a al. e) do n.º 6 do art.º 5 da orgânica), serviços que, de acordo com o n.º 5 do art.º 5.º, “(...) garantem a prossecução das políticas referidas no artigo 1.º do presente diploma”²³².

Nos termos do previsto no n.º 7 do dito art.º 5.º “Os serviços referidos a alíneas a) a f), com funções predominantemente executivas, exercem ainda funções de controlo da despesa pública no âmbito das respetivas atribuições”.

A missão e a direção da DRPA, previstas agora no art.º 16.º, mantiveram-se iguais.

²²⁴ Vd. a al. g) do art.º 1.º.

²²⁵ Revogado pelo DRR n.º 4/2012/M, de 9 de abril.

²²⁶ Assim como exercia a tutela e superintendência sobre organismos da administração indireta e ainda sobre pessoas coletivas de natureza empresarial compreendidas no setor empresarial da RAM.

²²⁷ Cujo n.º 1 do art.º 6.º da referida orgânica preceitua que “Os serviços Executivos e ou de Controlo, Auditoria e Fiscalização garantem a prossecução das políticas referidas no artigo 1.º do presente diploma e exercem funções de acompanhamento e avaliação de execução dessas políticas”.

²²⁸ Alterado e parcialmente revogado pelo DRR n.º 4/2014/M, de 14 de março, e totalmente revogado pelo DRR n.º 3/2015/M, de 28 de maio.

²²⁹ Vd. a al. c) do art.º 1.º.

²³⁰ Apesar de legalmente ser essa a designação, para distinguir da atual Secretaria Regional das Finanças e Administração Pública, cuja sigla também é SRF, continuaremos a designar a Secretaria Regional do Plano e Finanças por SRPF, apenas para efeitos do presente relatório.

²³¹ O n.º 2 do art.º 1.º manteve a sua redação.

²³² O n.º 1 do art.º 1.º menciona que a SRPF tem por “(...) missão definir, conduzir e executar a política regional nos domínios das finanças, estatística, informática da administração pública, orçamento, património regional, fundos da União Europeia, plano, assuntos fiscais, inspeção de finanças, Centro Internacional de Negócios da Madeira e Registo Internacional de Navios da Madeira – MAR”. Já nos termos do n.º 2 “No domínio da política de finanças públicas, a SRF tem por missão especial promover a gestão racional dos recursos públicos, com vista a garantir a economia de meios e o aumento da eficiência e eficácia dos recursos”.

A SRF

Através do DRR n.º 2/2015/M, que aprovou a organização e funcionamento do XII GR, o Governo passou a integrar na sua composição a SRF, que agregou todas as competências da extinta SRPF e as novas competências na área da Administração Pública e da gestão e funcionamento da Loja do Cidadão.

Procedeu-se, conforme decorre do respetivo preâmbulo, à redução de estruturas administrativas da criação, extinção e reestruturação de serviços. Assim, tendo subjacentes os princípios de racionalização e de eficácia e eficiência, foi criada a Direção Regional do Património e de Gestão dos Serviços Partilhados, que integra a missão e as atribuições da DRPA e da Direção Regional de Informática, que também foram extintas, por fusão (vd. a al. b) do n.º 1 e as als. c) e d) do n.º 2 do art.º 23.º)^{233 e 234}.

Dada a atribuição da SRF em acompanhar, controlar e gerir os instrumentos financeiros da RAM, nomeadamente orçamento, o tesouro e o património, à exceção do artístico e cultural [cfr. a al. b) do art.º 2 da dita orgânica], o art.º 1.º, n.º 1 confere-lhe a missão de *“(…) definir, conduzir e executar a política regional nos domínios da (...) finanças, coordenação geral dos fundos comunitários (...), orçamento, planeamento, património e serviços partilhados e tesouro”*²³⁵.

Dentro da estrutura orgânica da SRF²³⁶, como serviço executivo e ou de controlo, de auditoria e de fiscalização que garante a prossecução das políticas referidas no art.º 1.º da orgânica e que integra a administração direta da RAM, destaca-se a Direção Regional do Património e dos Serviços Partilhados (DRPaGeSP) [vd. a al. c) do n.º 1 e do n.º 3 do art.º 5.º], que tem por missão *“(…) executar e controlar as ações necessárias para a aquisição, gestão e administração do património da Região (...) que não tenha sido transmitido nem esteja concessionado à PATRIRAM (...)”* (vd. o n.º 1 do art.º 12.º), e é dirigida por um diretor regional, coadjuvado por um subdiretor regional, cargo de direção superior de 2.º grau (vd. o n.º 2 do art.º 12.º da orgânica).

Relativamente aos diplomas orgânicos da mencionada Direção Regional, cumpre reter que em 2008 foi aprovada a respetiva orgânica em anexo ao DRR n.º 11/2008/M, de 18 de junho, dispondo o art.º 1.º que a DRPA era um serviço que prosseguia *“(…) a política da Secretaria Regional do Plano e Finanças na área do património”*, encontrando-se a sua missão na área da gestão e administração do património da RAM prevista no n.º 1 do art.º 2.º, sendo sua atribuição, nos termos da al. b) do n.º 2 do mesmo artigo, assegurar a execução e o controlo das ações necessárias à gestão do património da RAM.

Competia ao diretor regional orientar a ação dos diversos serviços da Direção, apoiar o Secretário na execução e controlo das medidas respeitantes ao património, propor a aprovação das normas relativas à racionalização dos procedimentos de gestão dos bens patrimoniais da RAM e administrar os bens patrimoniais da Região, conforme decorre das als. a) a d) do n.º 2 do art.º 3.º.

Em 2012 foi aprovada uma outra orgânica em anexo ao DRR n.º 18/2012/M²³⁷, de 1 de agosto, cujo o art.º 1.º mantinha na sua alçada a prossecução da *“(…) a política da Secretaria Regional do Plano e Finanças na área do património”*, gizada através da sua missão de efetuar e controlar as áreas necessárias na gestão e administração do património da RAM, tal como prevista no n.º 1 do art.º 2.º, sendo sua atribuição, assegurar a execução e o controlo das ações necessárias à gestão do património da RAM, bem como estudar e propor as medidas necessárias à gestão dos bens da RAM [vd. o art.º 2.º, n.º 2, als. b) e c)].

Ao diretor regional cabia orientar a ação dos diversos serviços da Direção, apoiar o Secretário na execução e controlo das medidas respeitantes ao património, propor a aprovação das normas relativas à racionalização dos procedimentos de gestão dos bens patrimoniais da RAM e administrar os bens patrimoniais da Região [vd. as als. a) a d) do n.º 2 do art.º 3.º].

A orgânica da DRPaGeSP foi aprovada pelo DRR n.º 10/2015/M, de 14 de agosto, que lhe conferiu a missão (vd. o art.º 2.º), enquanto serviço executivo, de *“(…) executar e controlar as ações necessárias para a aquisição, gestão e administração do património da Região (...)”*.

De molde que lhe cumpre, entre outras competência, assegurar a execução e controlo das ações necessárias à gestão do património da Região [vd. as al. b)] e estudar e propor as medidas necessárias à gestão dos bens da Região [vd. as als. b) e c) do art.º 3.º].

O respetivo diretor regional deverá orientar a ação dos diversos serviços da Direção, apoiar o Secretário na execução e controlo das medidas respeitantes ao património, propor a aprovação das normas relativas à racionalização dos procedimentos de gestão dos bens patrimoniais da RAM e administrar os bens patrimoniais da Região [vd. as als. a) a c) e e) do n.º 2 do art.º 4.º]²³⁸.

²³³ Conforme decorre do respetivo preâmbulo *“A fusão das atribuições da Direção Regional de Informática e da Direção Regional do Património neste novo serviço tem por objetivo melhorar o desempenho das funções ligadas ao desenvolvimento e à gestão dos serviços partilhados, na área do património e das tecnologias de informação e comunicação, prestadas à administração pública regional”*.

²³⁴ Quanto à produção de efeitos das criações, fusões e reestruturações previstas na orgânica, vd. o art.º 24.º.

²³⁵ Já de acordo com o n.º 2 do art.º 1.º *“No domínio da política de finanças públicas, a SRF tem por missão especial promover a gestão racional dos recursos públicos, com vista a garantir a economia de meios e o aumento da eficiência e eficácia dos recursos”*.

²³⁶ Que compreende os serviços integrados na administração direta, de organismos integrados na administração indireta e de entidades integradas no setor empresarial da RAM.

²³⁷ Revogado pelo DRR n.º 10/2015/M, de 14 de agosto.

²³⁸ De salientar que esta Direção Regional teve sempre, ao longo do tempo, a sua estrutura nuclear, bem com as atribuições e competências das respetivas unidades orgânicas aprovadas por Portarias da RAM.



II – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DA EPHTM

EXECUÇÃO DO CONTRATO (VD. A CLÁUSULA 1.ª):

A execução do contrato obedece, por força da al. a) do n.º 1 da cláusula 1.ª, “Às cláusulas do presente contrato e (...) em todos os elementos e documentos que dele fazem parte integrante (...)”, de entre os quais se contam (vd. o n.º 2):

- a) O clausulado contratual, os seus anexos, incluindo o ajustamento de propostas de acordo com o disposto no artigo nonagésimo nono do CCP e aceites pela concessionária, nos termos do disposto no artigo centésimo primeiro do CCP;
- b) O caderno de encargos;
- c) A proposta adjudicada;
- d) Todos os outros documentos que sejam referidos no clausulado contratual ou no caderno de encargos;
- e) A Resolução número mil e quinhentos e quatro barra dois mil e nove e o despacho do Secretário Regional da Educação e Cultura que aprova a minuta do presente contrato”.

Em caso de divergência entre os documentos referidos os n.ºs 2 e 3 preveem as regras a seguir.

ESTABELECIMENTO DA CONCESSÃO (VD. A CLÁUSULA 5.ª):

A concessão integra os bens móveis e imóveis afetos à EPHTM e os direitos e obrigações destinados à realização do interesse público (n.º 1).

Estão assim afetos à concessão (n.º 2):

- ✓ Todos os bens existentes à data da celebração do presente contrato, nomeadamente os equipamentos, máquinas e respetivos acessórios e outros bens constantes do Anexo A [al. a) do n.º 3)]; as obras, equipamentos e outros bens que venham a ser realizados e implantados [al. b) do n.º 3] e os terrenos e os imóveis integrados nos limites físicos da concessão [al. c) do n.º 3], e
- ✓ Todos os bens a criar, construir, adquirir ou instalar pela concessionária em cumprimento do mesmo, indispensáveis ao desenvolvimento das atividades concedente, independentemente do direito de propriedade pertencer à concedente, à concessionária ou a terceiros.

Para o efeito, prevê o n.º 4 que a concessionária elaborará e manterá permanentemente atualizado e à disposição da concedente um inventário dos bens referidos nos n.ºs 2 e 3 como dos direitos que integram a concessão, com indicação dos ónus e encargos que sobre eles recaiam.

A alienação ou oneração dos bens afetos à concessão está sujeito às regras e respetivas exceções previstas nos n.ºs 5 a 7 da dita cláusula.

Em relação à delimitação física da concessão, consagra o n.º 1 da cláusula 6.ª que a área afeta possui 7.776 metros quadrados, localizado na Travessa dos Piornais, freguesia de São Martinho, no Funchal. De acordo com o n.º 2, estão integradas na concessão as áreas da Escola propriamente dita [al. a)], do HA [al. b)] e do Internato de alunos [al. c)].

OBRIGAÇÕES DA CONCEDENTE (VD. A CLÁUSULA 7.ª):

- ✓ Prestar toda a informação e colaboração necessária à continuidade da exploração da EPHTM pela concessionária;
- ✓ Desenvolver todas as ações preparatórias, necessárias até à entrega da EPHTM à concessionária indispensáveis ao seu bom funcionamento;
- ✓ Entregar os equipamentos afetos à EPHTM no estado em que se encontram de funcionamento, que permita a realização do plano de formação previsto.

DIREITOS DA CONCEDENTE:

Os direitos da concedente assentam essencialmente nos poderes de fiscalização das atividades da concessionária e nos poderes sancionatórios, de modificação unilateral (cfr. a cláusula 42.ª, em caso de resgate) e em caso de incumprimento (cfr. as cláusulas 43.ª e 44.ª, nos casos de sequestro e resolução, respetivamente).

REGIME DO RISCO:

Por força do n.º 1 da cláusula 8.ª “A concessionária 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” (destaque nosso), dispendo ainda o n.º 2 que “Em caso de dúvida sobre a limitação ou repartição do risco da concessionária, considera-se que o risco corre integralmente por conta desta”.

O FINANCIAMENTO DA CONCESSÃO (VD. AS CLÁUSULAS 9.ª, 10.ª E 11.ª):

A concessionária é responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao desenvolvimento de todas as atividades que integram o objeto do contrato, de forma a garantir o exato e pontual cumprimento das suas obrigações (vd. o n.º 1 da cláusula 9.ª), tendo de obter os fundos necessários, não sendo oponíveis à concedente quaisquer exceções ou meios de defesa que resultem das relações contratuais estabelecidas pela concessionária conforme previsto no n.º 1, nos termos do n.º 2 da dita cláusula.

Prevê-se, no entanto, no n.º 3 que a concessionária “(...) terá o direito de (...)” celebrar com a RAM os contratos de financiamento ao abrigo do Fundo Social Europeu e/ou do ORAM que estejam previstos na lei e regulamentos em vigor para o apoio ao ensino e formação profissional privados.

Por outro lado, a concessionária não será responsável por qualquer obrigação que resulte de ato ou facto praticado ou omitido em data anterior à data de início da concessão, prevendo-se que, após o apuramento dos valores em balanço à data da celebração do contrato, todos os ativos ficam por conta da concessionária, sendo por ela geridos e serão devolvidos no final da concessão, salvo utilizações devidamente justificadas/autorizadas, assim como todos os passivos são da responsabilidade da concedente, devendo ser liquidados nas datas de vencimento dos respetivos prazos (vd. as cláusulas 10.ª e 11.ª).

<p>CONCESSIONÁRIA (VD. AS CLÁUSULAS 14.ª, 15.ª E 16.ª):</p> <p>A concessionária é o CELFF (n.º 1 da cláusula 14.ª), e deve manter, ao longo de todo o período de duração da concessão, a sua sede em Portugal e a forma de sociedade estabelecida (cláusula 13.ª).</p> <p>Qualquer alteração ao contrato de sociedade depende de prévia autorização da concedente, nos termos do n.º 2 da cláusula 14.ª, sendo também esse o sentido do disposto na cláusula 15.ª, excetuando-se apenas as alterações estatutárias relativas à composição e funcionamento dos órgãos sociais, por via do n.º 2.</p> <p>A concessionária ficou desde logo autorizada a exercer e desenvolver atividades que não interfiram, direta ou indiretamente, com o objeto da concessão (cláusula 16.ª).</p>
<p>OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA (VD. A CLÁUSULA 17.ª):</p> <p>Exercício:</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Da atividade letiva, de acordo com o calendário letivo para os cursos de formação de dupla certificação estipulado pela SREC;✓ Continuado e sem interrupções da exploração do Hotel de Aplicação, restaurante e bar;✓ Contínuo das ações do CNO. <p>É-lhe vedado encerrar temporária ou definitivamente a EPHTM, salvo casos devidamente justificados (cfr. o n.º 2 da dita cláusula).</p> <p>A concessionária obriga-se ainda a:</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Respeitar os compromissos assumidos com terceiros através dos protocolos celebrados devidamente identificados no Anexo IV ao contrato.✓ Ceder o pessoal, em regime de contrato da função pública ou não, que a concedente, por interesse público, queira afetar a outros serviços sob a sua tutela (cfr. o n.º 5).✓ De terminar os cursos e ações de formação iniciados pela EPHTM, cuja lista consta do Anexo E (cfr. o n.º 7). <p>Releva ainda o disposto no n.º 4 da dita cláusula que prevê que <i>“Na sua atuação, ao abrigo e nos limites do presente contrato, a concessionária intervirá no seu interesse e por sua conta e risco”</i>²³⁹.</p>
<p>MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO (VD. A CLÁUSULA 18.ª):</p> <ul style="list-style-type: none">✓ A concessionária, a expensas suas, obriga-se a manter o imóvel integrante da concessão em bom estado de conservação e em normais condições de utilização e de segurança (cfr. os n.ºs 1 e 2), devendo efetuar as obras de manutenção identificadas no n.º 3 da cláusula 16.ª do caderno de encargos (cfr. o n.º 3) (vd. ainda o n.º 4);✓ Deve cumprir as obrigações decorrentes dos contratos de prestação de serviços, cujas cópias constam do Anexo VII (cfr. o n.º 5);✓ Cabe-lhe suportar todas as despesas relacionadas com a atividade principal, designadamente, água, eletricidade, gás, entre outros (cfr. o n.º 6).
<p>RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA (CFR. A CLÁUSULA 19.ª):</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Pelo bom funcionamento das estruturas e dos equipamentos e materiais usados na exploração da escola (cfr. o n.º 1) (vd. ainda o n.º 2);✓ Por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais causados à concedente ou a terceiros que, por qualquer motivo, resultem da exploração da EPHTM (cfr. o n.º 3) (vd. ainda o n.º 4);
<p>MARCAS E PATENTES (VD. A CLÁUSULA 20.ª):</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Apesar de a cláusula 20.ª referir que são da responsabilidade da concessionária quaisquer encargos decorrentes da utilização de patentes e marcas registadas, cuja lista constaria do Anexo H, nada consta do dito anexo.
<p>PLANO DE FORMAÇÃO (VD. A CLÁUSULA 21.ª):</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Obriga-se a elaborar e a remeter, até ao fim do mês de maio de cada ano, um plano de formação para o ano letivo seguintes.
<p>OBTENÇÃO DE LICENÇAS E AUTORIZAÇÕES (VD. A CLÁUSULA 22.ª):</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Compete-lhe requerer, custear, obter e manter em vigor todas as licenças e autorizações necessárias ao exercício das atividades integradas ou relacionadas com o objeto do contrato, nomeadamente quanto à certificação profissional e homologação dos cursos, devendo informar a concedente se lhe for retirada, caducar, for revogada ou deixar de operar os seus efeitos;

²³⁹ Do contrato contam ainda os Anexos A (Lista de equipamentos da EPHTM); B (Plano de Estudos aprovado para 2010/2011); C (Plano de atividades e número de inscritos no CNO); D (Protocolos em vigor assinados pela EPHTM); E (Detalhe de cursos e ações de formação iniciadas); F [Lista de encargos com patentes e marcas (não aplicável à EPHTM)]; G (Lista de pessoal da EPHTM); H (Folha de vencimentos de julho de 2010); e I (Lista de alunos inscritos nos cursos da EPHTM para 2010/2011).



Tribunal de Contas
Secção Regional da Madeira

GARANTIAS PRESTADAS A FAVOR DA CONCEDENTE (CFR. A CLÁUSULA 23.ª):

Necessita de autorização prévia e expressa da concedente a suspensão, substituição, cancelamento ou a prática de qualquer ato que afete a eficácia das garantias prestadas a favor da concedente (vd. ainda os n.ºs 2 e 3). **REGULAMENTO DAS TARIFAS (CFR. A CLÁUSULA 24.ª):**

A concessionária terá de propor anualmente um regulamento tarifário com as tarifas mínimas e máximas pela utilização dos serviços públicos, nomeadamente propinas e taxas relativas aos alunos, até trinta dias antes da sua entrada em vigor, que deverá ser devidamente publicitado (cfr. os n.ºs 1 e 5) (vd. ainda o disposto nos n.ºs 2 a 4).

ACESSO ÀS INSTALAÇÕES DA CONCESSÃO E AOS DOCUMENTOS DA CONCESSIONÁRIA (CFR. A CLÁUSULA 25.ª):

Deve facultar à concedente, ou a qualquer entidade por esta nomeada, livre acesso a todas as instalações da concessão, bem como aos documentos relativos às mesmas e às atividades objeto da concessão (vd. ainda o n.º 2).

FISCALIZAÇÃO PELA CONCEDENTE (CFR. AS CLÁUSULAS 26.ª E 28.ª):

Prevê o n.º 1 da cláusula 26.ª que “(...) a concedente pode ordenar a realização de testes ou exames, na presença de representantes da concessionária, que permitam avaliar as condições de funcionamento e as características do equipamento, sistemas e instalações respeitantes à concessão, correndo os respetivos custos por conta da concessionária”.

De acordo com o n.º 2 da mesma cláusula “As determinações da concedente emitidas ao abrigo dos seus poderes de fiscalização são imediatamente aplicáveis e vinculam a concessionária, devendo esta proceder à correção da situação, diretamente ou através de terceiros, correndo os correspondentes custos por sua conta”.

Estipula a cláusula 28.ª que “O acesso às instalações da concessão e aos documentos da concessionária, a fiscalização pela concedente e os pedidos de informação da concedente (...) devem ser exercidos dentro dos limites de razoabilidade e de forma a não perturbar o normal funcionamento de todos os serviços da EPHTM”.

OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO (CFR. A CLÁUSULA 27.ª):

Obriga-se a apresentar prontamente as informações complementares ou adicionais que lhe sejam solicitadas pela concedente.

RECLAMAÇÕES DOS UTENTES (CFR. A CLÁUSULA 29.ª):

Obriga-se a ter à disposição dos utentes da EPHTM livros destinados ao registo de reclamações, devendo enviar à concedente, semestralmente, as reclamações registadas, acompanhadas das respostas dadas aos utentes e dos resultados das investigações e demais providências que tenham sido tomadas (vd. os n.ºs 1 e 3). Os livros podem ser visados periodicamente pela concedente, nos termos do n.º 2.

POSTOS DE TRABALHO DA EPHTM (CFR. A CLÁUSULA 30.ª):

✓ Obriga-se a assegurar, durante o período da concessão e eventuais prorrogações, a manutenção de todos os direitos e regalias dos trabalhadores vinculados à EPHTM à data da celebração e assinatura do contrato, de acordo com a relação que consta do Anexo IX (vd. a cláusula n.º 2);

✓ Anualmente dará conhecimento da composição do quadro de pessoal afeto à concessão, nos termos do n.º 5 (vd. ainda os n.ºs 3 e 4).

MODIFICAÇÕES SUBJETIVAS (CFR. AS CLÁUSULAS 31.ª, 32.ª E 33.ª):

Das cláusulas que as regulam retira-se que, em geral, é interdito ceder, alienar ou por qualquer modo onerar, no todo ou em parte, a concessão (cfr. o n.º 1 da cláusula 31.ª), não podendo também a concessionária ceder a sua posição contratual (cfr. a cláusula 32.ª).

Já a subcontratação de terceiras entidades para a execução das atividades integradas no objeto do contrato é possível, sem prejuízo das limitações legalmente estabelecidas e das contratualmente estipuladas nos n.ºs 2 a 6 do da cláusula 33.ª.

CONTRAPARTIDAS FINANCEIRAS A PAGAR À CONCEDENTE (CFR. A CLÁUSULA 34.ª):

“A concessionária deverá pagar à concedente, a título de renda, o montante anual de duzentos mil euros, a pagar mensalmente em prestações iguais”.

ELABORAR PROJETOS DE INVESTIGAÇÃO E DESENVOLVIMENTO (CFR. A CLÁUSULA 35.ª):

Obriga-se, através de si ou de uma entidade terceira, a elaborar e executar um ou mais projetos de investigação e desenvolvimento, nos termos da proposta adjudicada, de valor correspondente a, pelo menos, um por cento do preço contratual, mediante contrato a ser elaborado pela concedente (vd. os n.ºs 1 e 2) (cfr. resulta do n.º 3, na data da celebração e assinatura do contrato de concessão deve ser celebrado um contrato que regule a elaboração e execução dos projetos de investigação e desenvolvimento (vd. ainda a cláusula 36.ª).

GARANTIAS DO CUMPRIMENTO DO CONTRATO (CFR. AS CLÁUSULAS 37.ª E 38.ª):

Para garantir o exato e pontual cumprimento das suas obrigações a concessionária prestou uma caução "(...) correspondente a 5% do preço total do contrato, no montante de cento e cinquenta mil euros, através da a garantia bancária (...) emitida hoje pelo Banif – Banco Internacional do Funchal, S.A. (...) tomando sobre si a responsabilidade perante o Governo Regional da Madeira (...) para garantia do cumprimento deste contrato em todas as suas partes, o qual título foi julgado conforme pelo despacho sobre ele exarado hoje pelo Secretário Regional da Educação e Cultura (...)” (n.º 1 da cláusula 37.ª).

Em consonância com o que se entende por garantia *first demand*, se a concessionária não cumprir as suas obrigações legais ou contratuais, considera-se perdida a favor da concedente a caução, independentemente de decisão judicial ou arbitral, nos termos do previsto no n.º 2 da dita cláusula que reflete o previsto no art.º 296.º do CCP.

Específico do presente contrato é o facto da concedente obrigar-se a promover a liberar a caução no valor de 10% por cada ano de contrato, a ser entregue nos 30 dias seguintes ao termo de cada ano, de acordo com o mencionado no n.º 3 da mesma cláusula.

No n.º 1 da cláusula 38.ª também ficou previsto que a concessionária deve assegurar a existência e a manutenção em vigor das apólices de seguro necessárias para garantir uma efetiva e compreensiva cobertura dos riscos da concessão, emitidas por seguradoras aceites pela concedente.

Pelo n.º 2 constitui estrita obrigação da concessionária a manutenção em vigor das apólices previstas no Anexo X, pagando atempadamente os respetivos prémios, nomeadamente dos seguros de acidentes pessoais relativos aos alunos da EPHTM e dos utentes do CNO; de acidentes de trabalho relativos a todo o pessoal que prestar serviço na EPHTM, independentemente do seu regime laboral; de danos para as instalações e para os bens integrantes, com capitais adequados aos valores desses bens; e de responsabilidade civil geral decorrente do exercício das suas atividades.

Com respeito pelo n.º 3 cada um dos seguros deverá estar em vigor a partir da data da celebração do contrato de concessão, devendo cobrir os seus períodos de vigência até ao termo da respetiva execução, e o pagamento dos respetivos prémios ser satisfeito dentro dos prazos legais, podendo a concedente solicitar a prova dos mesmos sempre que entender, conforme permite o n.º 4 (vd. ainda os n.ºs 6 a 8 relativos ao eventual incumprimento da obrigação referida ou da alteração, substituição, suspensão, cancelamento ou anulação das apólices).

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL PERANTE TERCEIROS (CFR. A CLÁUSULA 39ª):

A responsabilidade pela culpa e pelo risco é assumida pela concessionária, nos termos da lei geral, por quaisquer prejuízos causados a terceiros no exercício das atividades que constituem objeto da concessão (vd. ainda a responsabilidade da concessionária por prejuízos causados por entidades contratadas).

INCUMPRIMENTO DO CONTRATO E EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DA CONCESSÃO

PELA CONCEDENTE (CFR. AS CLÁUSULAS 41ª, 42.ª, 43.ª E 44.ª):

✓ Sanções contratuais (cfr. a cláusula 41.ª): A concedente pode, com observância do previsto no 325.ª e 329.º do CCP, aplicar multas em caso de incumprimento pela concessionária das suas obrigações, incluindo as resultantes de determinações da concedente emitidas nos termos da lei ou do presente contrato (cfr. o n.º 1), variando o seu montante em função da gravidade da falta e do grau de culpa, entre 25 000,00 e 100 000,00 euros (cfr. o n.º 2). No caso de não pagamento voluntário, a concedente pode utilizar a caução para pagamento das mesmas (cfr. o n.º 3).

✓ Resgate (cfr. a cláusula 42.ª): A concedente pode resgatar a concessão, por razões de interesse público, ou por outros motivos devidamente justificados, não imputáveis a nenhuma das partes, após o decurso do prazo de 5 anos sobre o início do contrato (vd. o n.º 1), tendo, no entanto, *direito* a uma indemnização, correspondente a 10% das remunerações (cfr. o n.º 3) (vd. ainda os n.ºs 2 e 4);

✓ Sequestro (cfr. a cláusula 43.ª): A concedente pode tomar a ser cargo o desenvolvimento das atividades concedidas, em caso de incumprimento grave pela concessionária das suas obrigações ou estando o mesmo iminente, nos termos do n.º 1 e 2.

✓ Resolução (cfr. a cláusula 44.ª):

A concedente pode resolver o contrato, sem prejuízo dos fundamentos gerais de resolução do contrato e do direito de indemnização nos termos gerais, quando se verifique:

- Desvio do objeto da concessão [cfr. a al. a)];
- Cessação ou suspensão, total ou parcial, pela concessionária da gestão do serviço público, á exceção devidamente comprovada de alterações e circunstâncias de mercado, a que a concessionária seja alheia [cfr. a al. b)];
- Recusa ou impossibilidade da concessionária em retomar a concessão na sequência de sequestro [cfr. a al. c)];
- Repetição, após a retoma da concessão, das situações que motivaram o sequestro [cfr. a al. d)];
- Ocorrência de deficiência grave na organização e desenvolvimento das atividades concedidas, em termos que possam comprometer a sua continuidade ou regularidade nas condições exigidas pela lei e pelo contrato [cfr. a al. e)];
- Obstrução ao sequestro [cfr. a al. f)];
- Sequestro da concessão pelo prazo máximo permitido pela lei [cfr. a al. g)].

Prevê o n.º 3 da dita cláusula que sem prejuízo da observância do procedimento previsto nos n.ºs 1 e 2 do art.º 325.ª do CCP a notificação à concessionária da resolução produz efeitos imediatos, independentemente de qualquer outra formalidade (vd. ainda o n.º 4).



Tribunal de Contas
Secção Regional da Madeira

PELA CONCESSIONÁRIA (CFR. A CLÁUSULA 46.ª):

- ✓ Resolução: Tem o direito de resolver e/ou rever o contrato, caso se verifique uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.
- ✓ Caducidade (cfr. a cláusula 46.ª): Caduca quando se verificar o fim do prazo da concessão, ou da sua renovação, extinguindo-se as relações contratuais existentes entre as partes, sem prejuízo das disposições que, pela sua natureza ou pela sua letra, se destinem a perdurar para além daquela data, ressalvando-se que a concedente não é responsável pelos efeitos da caducidade do contrato nas relações contratuais estabelecidas entre o concessionário e terceiros.

REVERSÃO DOS BENS (CFR. A CLÁUSULA 47.ª):

Revertem gratuita e automaticamente para a concedente todos os bens, livres de quaisquer ónus e encargos, obrigando-se a concessionária, dentro de um prazo razoável, a entregá-los em bom estado de conservação e funcionamento, sem prejuízo do seu normal desgaste e uso.

A concessionária disponibiliza gratuitamente à concedente todos os projetos, planos, plantas, documentos e outros materiais, de qualquer natureza, que se revelem necessários ao desempenho das funções que a esta incumbem nos termos do presente contrato, ou são exercício dos direitos que lhe assistem nos termos do mesmo, e que tenham sido especificamente adquiridos ou criados no desenvolvimento das atividades integradas na concessão, nos termos do n.º 1 da cláusula 48.ª.

De acordo com o n.º 2, os direitos de propriedade intelectual sobre os estudos e projetos elaborados para os fins específicos do desenvolvimento das atividades integradas na concessão e bem assim os projetos, planos, plantas, documentos e outros materiais serão transmitidos no fim do prazo do concessão, competido à concessionária adotar todas as medidas para o efeito necessárias.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO GR (CFR. A CLÁUSULA 50.ª):

Decorre do n.º 1 que, *“A concessionária obriga-se a conceder, sempre que esteja em causa a prestação de serviços no âmbito da restauração e hotelaria, ao Governo Regional, uma percentagem de desconto de vinte e cinco por cento relativamente aos preços tabelados para o público me geral”*, ordenando o n.º 2 que *“Para efeitos do disposto no número anterior e como complemento ao processo de formação dos alunos da EPHTM, o Governo Regional recorre à prestação daqueles serviços à concessionária por ajuste direto”*.



III – O ACORDO DE PAGAMENTO

A Resolução do CGR n.º 14/2014, de 9 de janeiro, pela qual foi aprovada a outorga do *Acordo de pagamentos* com o CELFF, a respetiva minuta e delegou no Secretário Regional do Plano e Finanças os poderes de representação para, em nome da RAM; assinar o documento, considerava que a solução encontrada fixa “*um plano de pagamentos para a liquidação do valor em dívida e regularização da situação de incumprimento*”, ficando desse modo salvaguardado o interesse público²⁴⁰.

Essa outorga teve lugar no dia 10 de janeiro de 2014, sendo o acordo de pagamentos daí emergente enquadrado pelos considerandos seguidamente vertidos:

Pressupostos:

Primeiro – No âmbito do contrato de «*Concessão de Exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira*» celebrado, em 1 de setembro de 2010, entre a Região, representada pela Secretaria Regional do Plano e Finanças (SRPF) e pela Secretaria Regional da Educação e Cultura, e o **CELFF**, foi assumido por este, nos termos da cláusula trigésima quarta, o compromisso do pagamento de uma contrapartida financeira, correspondente a uma renda anual de 200.000,00€ (duzentos mil euros), a pagar mensalmente em prestações iguais, no valor de 16.666,67€ (dezasseis mil, seiscentos e sessenta e seis euros e sessenta e sete cêntimos).

Segundo – Verifica-se um incumprimento, por parte do **CELFF**, no pagamento das rendas respeitantes ao período entre janeiro de 2011 e dezembro de 2013 (36 meses), no valor global de 600.000,00€.

Terceiro – No âmbito das negociações encetadas entre as partes para obtenção de uma solução com vista à regularização da dívida, foi possível chegar a um consenso relativamente à determinação de um plano de pagamentos, o qual consta do presente ACORDO DE PAGAMENTOS, aprovado pela Resolução de Conselho de Governo n.º 14/2014, tomada em reunião de 09 de janeiro.

Posto o que acordaram as partes:

Primeira

É estabelecido, no âmbito do presente ACORDO DE PAGAMENTOS, um plano de pagamentos para regularização da dívida decorrente do incumprimento das contrapartidas financeiras fixadas no contrato de «*Concessão de Exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira*».

Segunda

Assim, os termos da alínea a) do artigo 12.º do Decreto Legislativo Regional n.º 31-A/2013/M, de 31 de dezembro, fica estabelecido que o **CELFF** se compromete a proceder ao pagamento do valor global em dívida supra referenciado, prescindindo a Região do pagamento dos juros vencidos até à presente data.

Terceira

Um – O plano de pagamentos tem a duração de 10 anos (120 meses), correspondente ao valor mensal de 5.000,00€ (cinco mil euros).

Dois – Desde a data da outorga do presente acordo, acrescem ao valor em dívida, até ao seu integral pagamento, juros à taxa legal em vigor, atualmente fixada em 5,535%.

Três – Em caso de incumprimento das obrigações decorrentes do presente «acordo de pagamentos» vencem-se automaticamente todos os montantes em dívida, incluindo os juros vencidos a que se refere a cláusula anterior.

Quarta

Um – O presente ACORDO DE PAGAMENTOS pressupõe o cumprimento atempado do pagamento das rendas vincendas, a partir de janeiro de 2014.

Dois – Em caso de incumprimento do pagamento das rendas vincendas serão devidos juros à taxa legal em vigor.

Quinta

Os respetivos pagamentos deverão ser efetuados, até ao dia 8 de cada mês com início no próximo mês de fevereiro de 2014, por transferência bancária para o NIB 0781 0112 0000 0008 2505 6, com a designação IGCP-GRM-Geral.

²⁴⁰ Informação obtida a coberto do ofício n.º 214 da SRPF, de 20 de janeiro de 2014.



Tribunal de Contas
Secção Regional da Madeira

IV – NOTA DE EMOLUMENTOS

(DL n.º 66/96, de 31 de maio)

AÇÃO:

Auditoria de fiscalização concomitante ao contrato de concessão de exploração da Escola Profissional de Hotelaria e Turismo da Madeira

ENTIDADE FISCALIZADA:

Secretaria Regional da Economia, Turismo e Cultura
Secretaria Regional das Finanças e da Administração Pública
Secretaria Regional da Educação

SUJEITO PASSIVO:

Secretaria Regional da Economia, Turismo e Cultura
Secretaria Regional das Finanças e da Administração Pública
Secretaria Regional da Educação

DESCRIÇÃO	BASE DE CÁLCULO		VALOR
ENTIDADES COM RECEITAS PRÓPRIAS			
EMOLUMENTOS EM PROCESSOS DE CONTAS (artigo 9.º)	%	RECEITA PRÓPRIA/LUCROS	VALOR
VERIFICAÇÃO DE CONTAS DA ADMINISTRAÇÃO REGIONAL/CENTRAL:	1,0		0,00 €
VERIFICAÇÃO DE CONTAS DAS AUTARQUIAS LOCAIS:	0,2		0,00 €
EMOLUMENTOS EM OUTROS PROCESSOS (artigo 10.º) (CONTROLO SUCESSIVO E CONCOMITANTE)	CUSTO STANDARD a)	UNIDADES DE TEMPO	
AÇÃO FORA DA ÁREA DA RESIDÊNCIA OFICIAL:	119,99 €	0	0,00€
AÇÃO NA ÁREA DA RESIDÊNCIA OFICIAL:	88,29 €	177	15.627,33€
ENTIDADES SEM RECEITAS PRÓPRIAS			
EMOLUMENTOS EM PROCESSOS DE CONTAS OU EM OUTROS PROCESSOS (n.º 4 do art.º 9.º e n.º 2 do art.º 10.º):	5 x VR (b)		1 716,40 €
<p>a) Cfr. a Resolução n.º 4/98 – 2.ª Secção do TC. Fixa o custo <i>standard</i> por unidade de tempo (UT). Cada UT equivale 3H30 de trabalho.</p> <p>b) Cfr. a Resolução n.º 3/2001 – 2.ª Secção do TC. Clarifica a determinação do valor de referência (VR), prevista no n.º 3 do art.º 2.º, determinando que o mesmo corresponde ao índice 100 da escala indiciária das carreiras de regime geral da função pública em vigor à data da deliberação do TC geradora da obrigação emolumentar. O referido índice encontra-se atualmente fixado em 343,28€ pelo n.º 2.º da Portaria n.º 1553-C/2008, publicada no DR Série I, n.º 252, 4.º Suplemento, de 31 de dezembro de 2008 (atualiza em 2,9 % os índices 100 de todas as escalas salariais).</p>	EMOLUMENTOS CALCULADOS:		€
	LIMITES b)	MÁXIMO (50xVR)	17 164,00 €
		MÍNIMO (5xVR)	1 716,40 €
	EMOLUMENTOS DEVIDOS:		1 716,40 €
	OUTROS ENCARGOS (n.º 3 do art.º 10.º)		0,00 €
TOTAL EMOLUMENTOS E OUTROS ENCARGOS:		1 716,40 €	