

**Conselho Regulador da
Entidade Reguladora para a Comunicação Social**



**Deliberação
3/LIC-TV/2009**

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

**Candidaturas admitidas e excluídas, nos termos do disposto no n.º
3 do artigo 11.º do Regulamento do Concurso Público para o
licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional,
generalista, de acesso não condicionado livre, aberto pela Portaria
nº 1239/2008, de 31 de Outubro**

Lisboa

23 de Março de 2009

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 3/LIC-TV/2009

Assunto: Candidaturas admitidas e excluídas, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento do Concurso Público para o licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre, aberto pela Portaria n.º 1239/2008, de 31 de Outubro

Introdução. Considerações gerais

1. Pela Portaria n.º 1239/2008, de 31 de Outubro, publicada no Diário da República, 1ª Série, n.º 212, de 31 de Outubro de 2008, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 68/2008, publicada no Diário da República, 1ª Série, n.º 224, de 18 de Novembro de 2008, foi aberto o Concurso Público para o licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre e aprovados os respectivos Regulamento e Caderno de Encargos.

2. Nos termos conjugados da alínea a) do n.º 1 do artigo 13.º e do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho (doravante, Lei da Televisão), compete à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) a instrução do processo de licenciamento.

3. Dando cumprimento ao disposto no artigo 10.º do Regulamento do Concurso Público (doravante, Regulamento), teve lugar, no dia 23 de Janeiro de 2009, o acto público do concurso para abertura dos pedidos de candidatura, do qual resultou, após a prática de todos os actos previstos naquela disposição regulamentar por parte de Comissão nomeada para a sua condução pelo Conselho Regulador da ERC, a

apresentação das candidaturas da Telecinco, S.A. (doravante, Telecinco), e da ZON II, Serviços de Televisão, S.A. (doravante, ZON II).

4. Entretanto, em 4 de Fevereiro de 2009, e ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 17.º do Regulamento do Concurso, a concorrente Telecinco interpôs junto do Conselho Regulador da ERC um recurso hierárquico impróprio relativo à deliberação da Comissão que, em sede de acto público, considerou improcedente a reclamação aí formulada pela mesma Telecinco em que esta alegava que a ZON II não teria assegurado a observância de determinados requisitos exigidos pelos instrumentos concursais aplicáveis.

5. Por Deliberação de 19 de Fevereiro de 2009 (Deliberação 1/LIC-TV/2009), o Conselho Regulador considerou improcedentes os argumentos invocados pela recorrente, confirmando, em consequência, o acto impugnado por esta.

6. Na mesma data, foi aprovada a Proposta Fundamentada de Lista de Candidaturas Admitidas e Excluídas (Deliberação 2/LIC-TV/2009), tendo o Conselho proposto a exclusão das candidaturas apresentadas pela Telecinco e pela ZON II (sociedade a constituir), por não reunirem os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso.

7. Tendo-se procedido, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º do Regulamento do Concurso, à notificação das concorrentes do conteúdo da referida Proposta Fundamentada, para efeitos de audiência prévia de interessados, nos termos dos artigos 100.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA), as concorrentes apresentaram, no dia 9 de Março de 2009, as respectivas pronúncias sobre a Proposta, as quais serão, nos termos da lei, tidas em consideração na presente decisão final.

8. Na sua pronúncia, a concorrente Telecinco suscita questões que denominou como “prévias” e que poderiam inquinar a legalidade da Proposta Fundamentada e, por consequência, da própria decisão final.

9. Por um lado, a Telecinco alega que o Conselho Regulador procedeu a “um juízo valorativo sobre o mérito das propostas submetidas a concurso” (Pronúncia Telecinco, par. 6), o que não deveria ser efectuado na fase actual de admissão de candidaturas, que exige apenas uma “análise jurídico-formal das peças que compõem cada uma das propostas” (par. 7). Diz ainda que, perante o “putativo défice de informações e elementos para sustentar a viabilidade económico-financeira do projecto apresentado pela Telecinco, S.A” (par. 28), o Conselho Regulador deveria ter recorrido ao artigo 14.º do Regulamento e pedido esclarecimentos e informações (parágs. 16 e segs). Semelhante objecção foi referida, a título incidental, pela ZON II, na sua Pronúncia (p. 4). Esta questão será pormenorizadamente analisada *infra*, nos parágs. 92 a 97 da presente decisão.

10. A Telecinco suscita, ainda, a questão, para si crítica, de o Conselho Regulador ter solicitado pareceres externos (Pronúncia Telecinco, parágs. 36 a 43), o que se passará desde já a analisar.

11. Alega a concorrente que, sendo certo que “a Administração apenas pode praticar os actos que a lei permitir” (par. 39) e que o artigo 12.º do Regulamento apenas prevê o parecer vinculativo do ICP-ANACOM, o Conselho Regulador não poderia solicitar qualquer outro parecer externo.

12. Cumpre explicitar que não assiste razão à concorrente e que o seu esforço argumentativo revela desconhecimento, desde logo, do disposto no artigo 98.º do CPA, que consagra, precisamente, a possibilidade de “o órgão competente para a decisão” solicitar parecer, que, caso não esteja previsto como uma fase do procedimento, é considerado facultativo e não vinculativo. E o mesmo resulta, também, do disposto no

artigo 47.º dos Estatutos da ERC (aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro), que lhe permite encarregar terceiros da realização de estudos ou de pareceres técnicos relativos a matérias abrangidas pelas atribuições que lhe estão cometidas. Como tal, o Conselho Regulador encontra-se evidentemente habilitado, em face dos citados preceitos, a angariar os pareceres externos que considere necessários e úteis à boa decisão.

13. Por outro lado, não se pode deixar de concordar com a consideração da Telecinco de que o Conselho Regulador da ERC “detém todos os conhecimentos necessários para uma fiel e adequada ponderação sobre os documentos sujeitos à sua cognição” (par. 40). Porém, tal juízo não obsta, contrariamente ao suposto pela concorrente, a que sejam solicitados pareceres sobre questões de indubitável complexidade técnica, cuja análise e ponderação é pressuposto de uma decisão, aqui, aliás, de especial responsabilidade. No presente caso, houve, num primeiro momento, recurso ao Centro de Estudos de Gestão Empresarial da Universidade Nova de Lisboa (CEGE-UNL) e ao Instituto de Engenharia de Sistemas e Computadores do Porto (INESC), instituições especialmente habilitadas para o exercício das tarefas consultivas solicitadas. Para além destes, e tendo sempre presente um princípio pró-concurso, de que, depois, mais se falará, a ERC solicitou ainda, mais recentemente, parecer a um consultor de média, Luís Pinto Enes, relativamente a temáticas suscitadas, essencialmente, pela Pronúncia da ZON II. Por constituírem uma análise especializada, aprofundada e fundamentada sobre as questões objecto de consulta, os pareceres emanados auxiliaram a tomada da decisão do Conselho Regulador. Naturalmente que, vinculando apenas os seus autores, os pareceres não condicionam a avaliação do Conselho, sobretudo no caso de, eventualmente, conterem elementos que não podem, sequer, ser considerados na presente fase concursal.

14. A concorrente desenvolve, ainda, o argumento de que o parecer do CEGE-UNL “não comporta o alcance que lhe surge imputado na proposta” do Conselho Regulador da ERC (par. 42). Sobre esta ideia, cabe salientar que, não sendo o parecer vinculativo,

poderia até o Conselho não seguir o ali explanado – embora, essencialmente, não tenha sido isso o que se verificou. O parecer, solicitado como acto consultivo, representou um contributo para a fundamentação da decisão do Conselho, que não abdicou, por essa via, das suas naturais competências para ponderar e avaliar as propostas das concorrentes. O recurso a um acto consultivo não limita, é bom de ver, as competências de análise do órgão decisório.

15. Não deixa, porém, de ser peculiar, na argumentação aduzida pela Telecinco, que se sustente, de uma banda, a impossibilidade de a ERC solicitar pareceres externos no quadro do presente concurso; e que, de outra banda, e logo a seguir, a Telecinco se ampare nos *mesmos* pareceres para defender que o Conselho Regulador deles se não deveria, alegadamente, ter afastado (o que, reconheça-se, este não fez).

16. Diz, por último, a Telecinco que os consultores se pronunciaram sobre “documentos das concorrentes que incorporam matéria de especial sensibilidade e reserva e que, na pureza dos conceitos, se deveria manter confidencial” (par. 38). Como a concorrente não poderia deixar de saber, dado que consultou os documentos constantes do processo administrativo em curso, os consultores vincularam-se, expressamente, a “observar o dever de sigilo relativamente a quaisquer factos cujo conhecimento resulte da prestação dos serviços contratados com a ERC” (declarações datadas dos dias 6 e 8 de Fevereiro de 2009). Vinculação essa, aliás, que resultaria já da própria lei, pois, nos termos do n.º 1 do artigo 54.º dos Estatutos da ERC, quaisquer pessoas ao serviço desta entidade, “independentemente da natureza do respectivo vínculo, estão obrigad[a]s a guardar sigilo de factos cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente pelo exercício das suas funções”. Pelo que não tem razão de ser a preocupação da concorrente.

I

DECISÃO SOBRE LISTA DE CANDIDATURAS ADMITIDAS E EXCLUÍDAS

A. Análise das candidaturas

17. Nesta fase do Concurso, cumpre identificar as situações que determinam a admissão ou exclusão das candidaturas. Logo em primeiro lugar, assumindo especial relevância por se tratar do texto legal que enforma todo o concurso, surgem as condições de admissão a que se refere o n.º 3 do artigo 15.º da Lei da Televisão e que se prendem com:

- a. Os requisitos dos operadores e as restrições ao exercício da actividade;
- b. As regras sobre concentração da titularidade dos meios de comunicação social;
- c. A correspondência dos projectos ao objecto do concurso;
- d. A viabilidade económica e financeira dos projectos;
- e. As obrigações de cobertura e o respectivo faseamento;
- f. A suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos a afectar;
- g. A regularização da situação fiscal dos candidatos e perante a segurança social.

18. Em cumprimento da Lei da Televisão, o Regulamento identifica a documentação que deve acompanhar as candidaturas, a qual permitirá a verificação da conformidade das concorrentes e dos projectos às exigências legais e regulamentares, como adiante se verá.

19. As condições legais de admissão ao concurso encontram-se concretizadas no Regulamento, seja por via de exigências meramente formais, que se traduzem na apresentação de determinados documentos e declarações, seja por via de uma *análise tanto formal como substantiva* dos projectos, como acontece, nomeadamente, no caso

da demonstração da sua viabilidade económica e financeira e da suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos.

20. As candidaturas poderão ser excluídas em qualquer fase do processo do concurso, nos termos e com os fundamentos constantes do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento. Porém, entende o Conselho Regulador que, no que se refere à apreciação, em concreto, das condições de admissão, se impõe proceder, neste momento, ao saneamento de todas as questões que sejam impeditivas de uma potencial análise final das candidaturas, para efeitos da sua avaliação e graduação, salvaguardando-se, naquela disposição do Regulamento, a possibilidade da ocorrência de circunstâncias supervenientes que obriguem à verificação do cumprimento dos requisitos e das condições do concurso, nos termos admitidos, nomeadamente, por aquela mesma disposição regulamentar.

21. Na verdade, na presente fase do procedimento concursal, para além de apreciar o preenchimento formal dos requisitos e documentos exigidos pelo Regulamento do Concurso, como sucedeu aquando do acto público de abertura das propostas (e como sublinhado na já mencionada Deliberação 1/LIC-TV/2009, de 19 de Fevereiro de 2009), o Conselho Regulador tem o poder-dever de proceder a um juízo substantivo sobre as propostas, na parte atinente à verificação, *in casu* – e quando tal se impuser –, das diferentes condições de admissão estabelecidas legalmente e depois concretizadas no Regulamento do Concurso.

22. Do que se tratou, por conseguinte, foi de respeitar o dever de não proceder a uma apreciação somente perfunctória e formal – onde, além disso, apenas se replicasse o tipo de verificação já efectuada, e bem, quando do acto público do concurso. Impõe-se, então, ir além, dando o passo subsequente. Qual seja, o de, nomeadamente em relação à viabilidade económica e financeira dos projectos e à suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos a eles afectos, apreciar os elementos apresentados pelos concorrentes – numa avaliação formal e substantiva.

23. Mal se vê, de facto, como esta apreciação poderia considerar-se suficiente, enquanto cumprimento de um dever do Conselho Regulador, se, porventura, não tivesse natureza substantiva. De todo o modo, é bom notá-lo, e como parâmetro da sua pronúncia, o Conselho Regulador considera que não lhe cabe dar como *provadas* as exigências que resultem das diferentes condições de admissão a Concurso. Antes, deverá qualificar como satisfatórios (enquanto juízo positivo) os elementos apresentados pelas candidaturas, se e na medida em que permitam encarar como razoável, como plausível, aquilo que expõem e se propõem demonstrar.

24. Dá-se, assim, como assente que, em caso de dúvida, vale o princípio do “favor” do concurso e dos concorrentes, no seguimento, aliás, do que sustenta a doutrina jus-administrativa (cfr., para o efeito, Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das Fontes às Garantias*, 2.^a reimpressão da edição de 1998, Almedina, Coimbra, 2005, p. 125). E o Conselho também tem noção, na senda do atrás referido, que a decisão de admissão de uma proposta é “um acto ou momento decisivo”, a partir do qual os concorrentes “têm direito (e a Administração está comprometida reciprocamente)” a que, entre outras dimensões, “as suas propostas sejam apreciadas e classificadas, segundo os critérios do concurso”, e, bem assim, a “impugnar todas as decisões intercalares ou finais que afectem a sua posição no concurso (ou beneficiem a de outrem)” – cfr. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 440.

25. Relativamente às condições de admissão a Concurso que, atrás, se mencionaram como exemplo de situações em que, necessariamente, *deve* ser realizada uma análise de cariz material ou substantivo, isso significará, mais em concreto, que a demonstração da viabilidade económico-financeira se poderá ter por assente se, razoavelmente (não se exigindo, repete-se, um *standard* de certeza), os elementos de natureza económico-financeira aduzidos no projecto do concorrente tornarem legítima a convicção de que as expectativas de *share*, de receitas publicitárias, de *merchandising*, etc., estão ancoradas

numa análise sólida o suficiente. E, no que se refere à suficiência dos recursos humanos e técnicos a afectar ao projecto, a operação de análise do Conselho basear-se-á, *mutatis mutandis*, no mesmo processo: o confronto entre aqueles recursos e o projecto de televisão que, em concreto, é apresentado por cada concorrente, deverá, a final, justificar uma convicção razoável de adequação, por ampla que seja a latitude com que tal apreciação de razoabilidade é arquitetada.

26. Significa isto, em síntese, que o Conselho Regulador poderá, nesta fase do Concurso, entender como não preenchido um requisito ou condição de admissão lá onde, na posse de todos os elementos de análise, considerar que não existe dúvida razoável ou plausível sobre o incumprimento do *standard* de avaliação imposto legalmente e nos diferentes normativos que informam o Concurso. E que deverá admitir a candidatura lá onde, embora com dúvidas sérias, considere que os requisitos *mínimos* estão cumpridos.

27. Não obstante a aprofundada argumentação acima aduzida – que já constava na Proposta Fundamentada –, a Telecinco, em sede de audiência de interessados, não se conforma com aquela, alegando que o Conselho Regulador não deveria, como acima referido, proceder a “um juízo valorativo sobre o mérito das propostas submetidas a concurso” (par. 6) na fase de admissão de candidaturas, a qual exigiria apenas uma “análise jurídico-formal das peças que compõem cada uma das propostas” (par. 7). Entende a concorrente que o Conselho “cindiou o que era incidível”, posto que “a viabilidade do projecto, do ponto de vista económico e do ponto de vista financeiro, tem de ser aferida em função do projecto televisivo a implementar, porque é essa a sua riqueza” (par. 11).

28. O entendimento da concorrente ignora, ou não consegue contrariar, a posição expressa pelo Conselho Regulador, pelo que não pode ser considerado procedente.

29. De qualquer modo, e com vista à dissipação de quaisquer dúvidas que possam subsistir, reafirma-se que os parâmetros por que se move a presente fase concursal, que compreende a fixação da admissão e exclusão das propostas apresentadas a concurso, são diversos e, necessariamente, mais ambiciosos que aqueles relativos ao acto público do concurso. Que assim é demonstra-o, ainda, a circunstância de o artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento do Concurso fixar para a elaboração da respectiva Proposta Fundamentada um prazo (máximo) de 20 dias úteis. Esta extensão de período de tempo seria incompreensível se servisse apenas para reiterar a mera análise jurídico-formal já efectuada em sede de acto público. Atente-se, ainda, na maior carga simbólica e importância conferidas ao acto de admissão e exclusão das candidaturas, o qual, na sua versão definitiva, é insusceptível de delegação pelo Conselho Regulador (cfr. n.º 3 do artigo 11.º e n.º 1 do artigo 17.º, *a contrario*).

30. Acresce, e ao contrário do que a Telecinco parece pretender sugerir, que a dita apreciação de mérito das propostas não ocorre *in totum*, i.e., relativamente a todos os elementos que integram estas, mas antes, e tão só, *quanto a certas exigências* que constituem condições de admissão a concurso (assim qualificadas, desde logo, pela própria Lei da Televisão), e não já a *critérios de graduação das mesmas*.

31. Já no respeitante à invocada apreciação “isolada” do plano de viabilidade económica e financeira levada a cabo pelo Conselho Regulador, concede-se que, num plano conceptual (aliás, da evidência chã), o plano económico e financeiro possui natural ligação com o projecto televisivo correspondentemente proposto. Contudo, e também com naturalidade, para efeitos de análise, os diferentes instrumentos concursais viabilizam – aliás, impõem – a “separação” entre essas duas realidades (cfr., a propósito, das alíneas i) e k) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento do Concurso, ou os capítulos II e III do Caderno de Encargos). Por isso se exige a sua formalização em documentos separados, e a sua subsequente apreciação nos mesmos termos. E, enquanto a avaliação do primeiro é concretizada como condição de admissão, já a análise do

segundo, decomposta em vários *itens* de apreciação, ocorrerá, sendo caso disso, em sede de graduação de candidaturas.

32. E por isso não é exacto pretender, como o faz a Telecinco, que “consumindo nesta fase [da admissão e exclusão das candidaturas] o direito de a concorrente poder vir a assistir a uma valoração equitativa e aprofundada do projecto [televisivo] (...) que apresentou a concurso, a apreciação estanque do plano de viabilidade económica e financeira fica sem suporte adequado – facto que interfere nefastamente na respectiva apreciação”. Não é possível acompanhar este entendimento, uma vez que, à luz das regras concursais aplicáveis, das duas, uma: a) ou uma dada proposta não é excluída, por se considerarem satisfeitos os critérios de admissão para o efeito previstos, entre os quais se conta, justamente, a plena conformação do plano económico-financeiro aos ditames concursais exigidos – e, nesse caso, a dita “valoração equitativa e aprofundada” do projecto televisivo apresentado ocorrerá em momento ulterior, à luz do modelo de avaliação para tanto aprovado e com recurso aos critérios de graduação para tanto previstos; b) ou uma dada proposta não é admitida, por não se considerarem satisfeitos os critérios para o efeito previstos, entre os quais se conta, justamente, a plena conformação do plano económico-financeiro aos ditames concursais exigidos – e, nesse caso, a dita “valoração equitativa e aprofundada” do projecto televisivo apresentado não chegará a ocorrer, por impossibilidade superveniente de se proceder à sua apreciação.

33. Por outras palavras, a dita “valoração equitativa e aprofundada” do projecto televisivo apresentado só pode ter lugar se e após ultrapassadas, ou satisfeitas, as exigências relativas à sua admissão a concurso. E é nesta fase prévia que, obrigatoriamente, ocorre a apreciação (formal e também substantiva) do plano económico-financeiro, porque este não mais será valorizado, enquanto tal, na fase subsequente de apreciação, classificação e graduação das candidaturas (cfr. artigo 13.º do Regulamento do Concurso). Não cabe, pois, afirmar a “não observância da cadência das formalidades exigidas pelo Regulamento do Concurso” (par.14), pois que uma e outras são, como se deixou visto, respeitadas na íntegra.

34. Isto dito, e tomando em consideração o enquadramento segundo o qual o Conselho Regulador irá efectuar a análise de cada uma das candidaturas, procede-se, em primeiro lugar, à apreciação da candidatura da Telecinco; seguindo-se a apreciação da candidatura da ZON II, S.A..

A.1. Candidatura da TELECINCO, S.A.

A.1.1. Pedido de candidatura

35. O pedido de candidatura da concorrente encontra-se formalizado por escrito, datado e assinado pelos seus administradores David Alves Borges e Augusto Torres Boucinha, é dirigido ao Presidente do Conselho Regulador da ERC e dele consta, ainda, a identificação da concorrente e a referência ao Regulamento, satisfazendo as exigências do n.º 1 do artigo 7.º do mesmo Regulamento.

A.1.2. Declaração do representante com poderes para vincular a concorrente (alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

36. A concorrente juntou uma declaração subscrita pelos administradores David Alves Borges e Augusto Torres Boucinha, devidamente reconhecidos com poderes para o acto, assumindo o compromisso de:

- a. Aceitar as condições do Concurso Público para o licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista e de acesso não condicionado livre;
- b. Sujeitar-se às obrigações decorrentes do acto de candidatura; e
- c. Vincular-se ao cumprimento integral do conteúdo da proposta em caso de atribuição da licença objecto do Concurso.

37. Deste modo, a concorrente cumpre na íntegra o disposto na norma do Regulamento.

A.1.3. Certidão da matrícula e inscrições em vigor (alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

38. Foi recebida a certidão permanente, com respectivo código de acesso, que se encontra depositada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa. Nela se confirma que o objecto da sociedade consiste no exercício da actividade de televisão, bem como que as acções têm natureza nominativa, satisfazendo, assim, os requisitos contidos nos n.ºs 1 e 4 do artigo 3.º do Regulamento e a condição de admissão prevista na alínea a) do n.º 3 do artigo 15.º da Lei da Televisão, que respeita aos requisitos dos operadores e às restrições ao exercício da actividade de televisão. A certidão permanente regista, ainda, a forma de obrigar a sociedade, através da assinatura de dois administradores, em coerência com os documentos apresentados na candidatura.

39. Verifica-se, pois, a consistência destes elementos relativamente ao teor da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento.

A.1.4. Estatutos da sociedade (alínea c) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

40. A concorrente juntou fotocópia simples dos estatutos da sociedade, dos quais se retira que o seu capital social é de € 50.000,00, integralmente realizado em numerário, obrigando-se os accionistas a aumentar o capital para o montante de € 5.000.000,00 nos trinta dias após a notificação da decisão de atribuição da licença objecto do concurso, o que acompanha o disposto no n.º 3 do artigo 3.º do Regulamento.

41. Nestes termos, considera-se respeitada a determinação do Regulamento.

A.1.5. Documento comprovativo da prestação de caução provisória (alínea d) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

42. Dando cumprimento a esta exigência regulamentar, a concorrente apresentou garantia bancária no valor de € 750.000,00.

A.1.6. Documentos que evidenciem a composição do capital social directo e indirecto da concorrente (alínea e) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

43. Para instrução do pedido, no que concerne a esta exigência, a concorrente juntou documento que identifica especificamente os titulares do capital social, o montante correspondente a cada participação e respectiva percentagem do capital social. Desta forma, constata-se o cumprimento formal desta norma do Regulamento.

A.1.7. Documentos comprovativos de regularização da situação contributiva da concorrente perante a segurança social e perante as contribuições e impostos (alínea f) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

44. Tendo a sociedade sido constituída no dia 20 de Janeiro de 2009, ou seja, nos 90 dias anteriores à data da entrega da sua candidatura, a concorrente, ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 8.º do Regulamento, encontra-se dispensada da entrega dos documentos referidos neste ponto.

A.1.8. Declaração de conformidade de contabilidade organizada nos termos do Plano Oficial de Contabilidade (alínea g) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

45. A dispensa de documentos referida no ponto anterior é igualmente válida para esta declaração.

A.1.9. Plano Técnico (alínea h) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

46. Seguindo a forma de apresentação determinada no artigo 9.º do Regulamento, a concorrente apresentou um fascículo indecomponível correspondente ao capítulo do Plano Técnico. Este elemento respeita o que é exigido no Caderno de Encargos, sem prejuízo de parecer posterior a cargo do ICP-ANACOM, de natureza vinculativa, nos termos previstos no artigo 12.º do Regulamento.

A.1.10. Suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos a afectar (alínea j) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

47. Esta exigência regulamentar traduz igualmente a condição de admissão ao concurso prevista na alínea f) do n.º 3 do artigo 15.º da Lei da Televisão.

48. Para efeitos da sua aferição, a concorrente entregou um documento intitulado “Meios Humanos e Técnicos”, de acordo com o estipulado na alínea j) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento.

49. Para a apreciação da proposta da concorrente de acordo com o presente requisito de admissão, foram solicitados um parecer técnico a uma entidade universitária especializada nas áreas de economia, finanças e gestão, relativo à suficiência e qualidade dos meios humanos apresentados, e um parecer técnico a uma entidade universitária especializada em consultoria na área de investigação tecnológica relativo à suficiência e qualidade dos meios técnicos propostos, cujos relatórios constam do processo.

50. Relativamente à suficiência e qualidade dos meios humanos propostos pela concorrente, conclui-se no referido parecer que o capítulo relativo à Política de Recursos Humanos apresentado pela concorrente segue, no essencial, o exigido pelo Caderno de Encargos, respondendo aos requisitos mínimos considerados. Assinala-se que a concorrente apresenta um organigrama que, embora com reduzido pormenor, identifica as funções responsáveis pela orientação e supervisão do conteúdo das emissões. Verifica-se, por outro lado, que são apresentados em pormenor os diversos cargos de direcção, bem como as respectivas qualificações, conforme exigido no Caderno de Encargos. Constata-se, demais, que a política de recursos humanos é apresentada explicitando, claramente, as políticas de recrutamento e de formação, identificando os parceiros qualificados para as áreas de selecção e formação. Considera-se que, face ao projecto de canal apresentado, seria de esperar um número de recursos humanos elevado, facto que se concretiza com um quadro de pessoal de 334 pessoas.

51. Conclui-se, em síntese, relativamente à suficiência e qualidade de meios humanos apresentados, que, em termos gerais, o quadro proposto é consistente com a estratégia proposta pela candidatura e com os requisitos de um canal a lançar no âmbito de um novo serviço de programas de televisão.

52. Relativamente à suficiência e qualidade dos meios técnicos propostos pela concorrente, o projecto está bem elaborado, sendo pormenorizado e consistente no que se refere aos meios técnicos de estúdio e às unidades de reportagem. Assinale-se, contudo, que alguns elementos técnicos não são apresentados, designadamente, meios técnicos de gestão de conteúdos, de conversão de conteúdos para as diferentes plataformas de distribuição e de componentes áudio dos programas em HD. Refira-se, por último, que a proposta é também omissa no que se refere a estruturas técnicas de suporte, como condicionamento de ar e a alimentação de energia de emergência. Mas estes são elementos que o Conselho pode considerar como não indispensáveis para a formação consistente de uma opinião a propósito da suficiência e qualidade dos meios

técnicos propostos pela concorrente, até pela circunstância de a Telecinco ir utilizar, de forma predominante, a alta definição, “em todas as suas componentes em termos de dispositivo técnico do canal candidato”, e “numa lógica de multi-plataforma” (Plano Técnico Telecinco, pág. 4).

53. Não se conformando com o entendimento *supra* explanado e que já constava da Proposta Fundamentada, a ZON II, na sua pronúncia em sede de audiência de interessados, alega que a proposta da Telecinco “não cumpre cabalmente as exigências” da alínea j) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, uma vez que não é realizada uma descrição da qualificação profissional dos Directores em causa, em moldes adequados (cfr. p. 53). Diz ainda a ZON II que a proposta da Telecinco não preenche o requisito de suficiência dos meios técnicos, “[a]tento o rol de faltas (uma delas até caracterizada de essencial e uma outra relativa ao cumprimento de uma exigência legal)...” - cfr. pág. 55.

54. O Conselho Regulador não tem reboço em aceitar que a descrição relativa aos recursos humanos, constante da proposta da Telecinco, não é exaustiva. Porém, entende-se que a Proposta, ao estabelecer quais os cargos de direcção a criar, as respectivas responsabilidades, realçando a importância da experiência profissional e comprometendo-se a contratar um número significativo de colaboradores, identifica, em suma, recursos humanos em *número e qualidade* consentâneos com rácios reconhecidos para um serviço de programas FTA, satisfazendo o requisito previsto na alínea j) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, no que respeita aos meios humanos.

55. No que toca aos meios técnicos, remete-se para o que acima foi referido e que nenhuma razão se vê para alterar.

56. Pode pois considerar-se, com segurança mínima, que o critério da suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos a afectar ao projecto da Telecinco, analisado numa óptica unitária e indissociável, tal com o faz a Lei da Televisão e, reflexamente, o

Regulamento do Concurso e respectivo Caderno de Encargos, assente na sua vertente humana, na primordial componente técnica e de especialização da sua actividade, traduzida na exigência da qualificação profissional dos responsáveis pelos principais cargos de direcção e na dotação e adequação das ferramentas físicas indispensáveis ao seu exercício, alcança, na proposta da concorrente, patamares de suficiência que permitem, nesta vertente, a sua admissão a Concurso.

A.1.11. Descrição detalhada da actividade televisiva que a concorrente se propõe desenvolver (alínea k) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento).

57. Seguindo a forma de apresentação determinada no artigo 9.º do Regulamento, a concorrente apresentou um fascículo indecomponível correspondente à Descrição Detalhada da Actividade Televisiva, para efeitos de cumprimento do que vem exigido na alínea k) do n.º 1 do artigo 8.º do mesmo Regulamento.

58. O documento segue, quanto ao essencial, a estrutura definida no Caderno de Encargos, designadamente, indicando o Estatuto Editorial, as Linhas Gerais de Programação e a designação do serviço de programas televisivo.

59. Conclui-se da análise da descrição da actividade televisiva que se propõe desenvolver que a concorrente concebeu um projecto que corresponde ao objecto do concurso – licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre – cumprindo, assim, o requisito de admissão previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 15.º da Lei da Televisão.

60. Este capítulo contém parte da informação que permitirá avaliar a candidatura de acordo com os critérios de graduação previstos no artigo 13.º do Regulamento e no Capítulo V do Caderno de Encargos. Considera-se por isso em síntese que, no caso, e

quanto a esta exigência em particular, nada obsta à admissão da concorrente ao Concurso.

A.1.12. Declaração da entidade reguladora relativa a serviços de programas já licenciados (alínea l) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento).

61. A concorrente, invocando a sua recente constituição, considera-se “manifestamente impossibilitada de apresentar a declaração titulada em seu nome prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 8.º do (...) Regulamento”. Junta, pois, uma declaração, sob compromisso de honra, assinada pelos administradores David Alves Borges e Augusto Torres Boucinha, com bastantes poderes para o acto, a qual teria cabimento em face do disposto no n.º 7 do artigo 8.º do Regulamento, nos seguintes termos:

“(…) tendo por referência cada um dos serviços de programas difundidos por via hertziana terrestre assume a observância:

1. das obrigações constantes das normas aplicáveis que regulam o acesso à actividade de televisão e o seu exercício;
2. do projecto aprovado no âmbito do processo de licenciamento.”

62. Quase se diria que o teor desta declaração se confunde com aquela que se encontra prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento. Poderia discutir-se se a recente constituição da sociedade será “motivo comprovado” que impossibilite a concorrente de apresentar a declaração da entidade reguladora que o Regulamento prevê, em conformidade com o admitido no n.º 7 do artigo 8.º do mesmo Regulamento, porquanto, no caso concreto, sempre poderia a ERC, se solicitada, emitir certidão de teor negativo. Todavia, não apresenta relevância a situação ora constatada, tal como já concluíra a Comissão que conduziu o acto público, uma vez que o Conselho Regulador, como princípio condutor em casos análogos, para mais legitimado no n.º 8 do artigo 8.º

do Regulamento, tem dispensado a apresentação de documentos ou elementos que contenham informação sua conhecida em virtude da sua actividade de regulação e supervisão. Não se justificaria, como aliás já demonstrado em pormenor na Deliberação 1/LIC-TV/2009, de 19 de Fevereiro (ponto 2.13) que uma interpretação apenas assente na letra da norma redundasse num resultado que o seu espírito não permite – isto é, que os outros elementos de interpretação não consentem. Entende-se, assim, suprida a falta da declaração emitida pela ERC para efeitos de verificação do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 13.º do Regulamento.

A.1.13. Declaração relativa à conformidade das cópias apresentadas com os originais e aceitação da sua prevalência (alínea m) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

63. A concorrente cumpre o estabelecido na alínea m) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, apresentando declaração em conformidade, assinada pelos administradores David Alves Borges e Augusto Torres Boucinha.

A.1.14. Outros elementos que a concorrente considere relevantes para a apreciação da candidatura (alínea n) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

64. Entendeu a concorrente fazer entrega de outros elementos, de natureza facultativa, que não têm relevância para efeitos de admissão a concurso.

A.1.15. Plano económico - financeiro e demonstração da viabilidade económica e financeira do projecto (alínea i) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

65. Em observância da forma de apresentação determinada no artigo 9.º do Regulamento, a concorrente apresentou um fascículo indecomponível correspondente ao Plano Económico-Financeiro.

66. Para a apreciação da viabilidade do Plano Económico-Financeiro e sua conformidade com os requisitos exigidos no Caderno de Encargos, foi solicitado um parecer técnico a uma entidade universitária especializada nas áreas de economia, finanças e gestão, cujo relatório consta do processo (doravante, Parecer CEGE-UNL).

67. Refere o Caderno de Encargos (Capítulo III) que “[a]s concorrentes devem apresentar um conjunto de informação fundamentada e detalhada respeitante ao plano económico-financeiro do projecto, evidenciando a sua viabilidade económica e financeira, e que tenha em consideração o período de 15 anos correspondente ao prazo da licença objecto do presente concurso.”

68. No que respeita à “Análise de Mercado”, refere o Caderno de Encargos (*loc. ult. cit.*) que “[a]s concorrentes *devem apresentar* o estudo de mercado subjacente à demonstração da viabilidade económica e financeira do projecto, incluindo, nomeadamente, a estimativa de captação de audiências, receitas publicitárias e outras, *tendo em consideração a realidade do mercado dos serviços de programas televisivos generalistas*, de âmbito nacional, de acesso não condicionado livre” (itálicos acrescentados no texto).

69. Apreciada a proposta da Telecinco, o Conselho Regulador verifica, como já concluíra na sua Proposta Fundamentada, que aquela, seguindo muito embora, no capítulo referente ao Plano Económico-Financeiro, a estrutura exigida pelo Caderno de Encargos, não apresenta, em sentido material, o “*estudo de mercado*” (entendido, quer na vertente “estudo”, quer na vertente “análise”, ambas identificadas no Caderno de Encargos). Nomeadamente, a concorrente não tem “*em consideração a realidade do*

mercado dos serviços de programas televisivos generalistas, de âmbito nacional”, elemento indispensável à verificação da viabilidade económico-financeira do projecto.

70. Reafirma-se, deste modo, o já declarado na Proposta Fundamentada de lista de candidaturas admitidas e excluídas do concurso, aprovada pela Deliberação n.º 2/LIC-TV/2009, de 18 de Fevereiro de 2009, quando o Conselho Regulador concluiu que a candidatura apresentada pela concorrente Telecinco não reúne os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso, por força do não preenchimento, pela respectiva proposta, da condição de admissão constante da alínea i) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, no que respeita à viabilidade do Plano Económico-Financeiro e sua conformidade com os requisitos exigidos no Caderno de Encargos.

71. De facto, o Estudo de Mercado – é bom tê-lo presente – é elemento indispensável (e de omissão não suprável) para avaliar o cumprimento do requisito de admissibilidade que agora se analisa. Este mesmo ponto é, aliás, sublinhado no Parecer acima referido.

72. É que, embora, nominalmente, a concorrente faça constar da sua candidatura uma “Análise de Mercado”, não apresenta, como constatado no citado parecer (p. 6) e, depois, na Proposta Fundamentada, que o Conselho aqui reitera, um “estudo de mercado” no sentido habitualmente dado a esta expressão e, portanto, quer os valores apresentados de captação de audiências, quer os de receitas publicitárias, *não podem ser aferidos quanto à sua razoabilidade e credibilidade*, revelando a candidatura da Telecinco quanto a este ponto, e *em geral*, “insuficiência de informação e detalhe” (Proposta Fundamentada, secção A.1.15; e parecer *cit.*, p. 7, *in fine*).

73. É importante ter presente que poderia a concorrente ter apresentado elementos que, agregados e na sua materialidade, pudessem integrar aquilo que se pressupõe dever constar de um “Estudo de Mercado” ou, para empregar outro termo, de uma “Análise de Mercado”.

74. Mas não o fez. Antes, na proposta da Telecinco consta, na pura forma, um capítulo nominado “Plano Económico-Financeiro” que, porém, em sentido substantivo – e sem que, de todo, se recorra a um padrão de exigência elevado – não inclui elementos desse estudo de mercado que permitam, razoável e plausivelmente, confirmar projecções e estimativas da concorrente *essenciais e determinantes* para poder o Conselho entender demonstrada, com um mínimo de consistência, a viabilidade económico-financeira do projecto.

75. Perante exigências tão circunstanciadas como as estipuladas no Caderno de Encargos, a proposta da Telecinco aduz, tão só, duas páginas, ainda assim, incompletas, e assentes em proposições de natureza não económica. Por exemplo, em matéria de estimativas de *share*, a Telecinco aponta para valores que resultam, pura e simplesmente, de apreciações subjectivas, que não permitem avaliação técnica minimamente validável: “Em termos de captação de audiências e *face às suas características inovadoras*, estima-se que o share do canal ‘Telecincomedia’ se situe num intervalo compreendido entre os 20% e os 25%, entrando directamente na luta com os canais já instalados” (Cap. III, par. 2, pág. 3).

76. Sem carácter exaustivo, note-se, uma análise ou estudo de mercado neste domínio deverá conter, *v.g.*, uma análise da situação da procura de televisão, segmentação de mercado e análise das preferências dos consumidores em cada segmento; uma análise da situação da oferta televisiva e sua evolução previsional; uma análise do mercado publicitário e da sua repartição pelos diferentes meios; e a evolução previsional do mercado publicitário e sua repartição pelos diferentes meios, tendo em conta a evolução esperada da economia e de outros factores que afectam o comportamento dos investidores em publicidade.

77. É certo que a candidatura apresenta as suas expectativas quanto à captação de audiências e de receitas publicitárias sem, contudo, as fundamentar devidamente e sem

as ligar ao estudo de mercado (que não é apresentado), impossibilitando a análise da fundamentação do plano a 15 anos.

78. Demais, o parecer CEGE-UNL demonstra de forma categórica que “[t]ambém a estimativa de receitas relativas a *merchandising* e outros proveitos carece de detalhe e fundamento”; e que, “[a]l pesar de no capítulo II da respectiva proposta a [concorrente] tecer vários comentários, eventualmente pertinentes, mas todos eles de natureza qualitativa, sobre a respectiva capacidade de captação de espectadores, *em lado algum faz uma análise fundamentada e detalhada do mercado que consubstancie o intervalo de share apresentado como base do seu plano económico-financeiro*”.

79. Esta ausência de uma fundamentação que permita validar, ou quando menos aceitar como minimamente sustentados, os valores para que aponta a proposta apresentada pela concorrente, seria, por si, já decisiva para que o Conselho Regulador pudesse e devesse concluir pela não demonstração da viabilidade económico-financeira do projecto da Telecinco.

80. Mas outros aspectos justificam destaque.

81. Um deles, e de monta, é o facto de a proposta da Telecinco não ter tomado em consideração a actual conjuntura económica, recessiva e difícil, com reflexos evidentes na evolução das receitas publicitárias da televisão, e que não era possível ignorar, razoavelmente, no momento em que foi submetida a sua candidatura. Este ponto é, também, destacado no parecer CEGE-UNL, que o Conselho evidentemente acompanha, pelo juízo objectivo, claro e inequívoco que comporta.

82. Do mesmo modo, a concorrente não teve em conta “*a realidade do mercado dos serviços de programas televisivos generalistas*” a que estava obrigada, em cumprimento do Caderno de Encargos. Realmente, a estimativa de *share* que apresenta - entre os 20% e os 25%” (Cap. III, p. 3) – é fundamentada, tão só, com base nas “características

inovadoras” do projecto, como pode verificar-se na única frase (em toda a documentação, apresentada pela concorrente) em que é possível encontrar uma tentativa de fundamentação – “*em termos de captação de audiências e face às suas características inovadoras, estima-se que o share do canal Telecincomedia se situe num intervalo que se situa entre os 20% e os 25%*”.

83. O Conselho Regulador não pode, pois, deixar de sufragar o parecer acima referido – cuja pronúncia não podia ser mais clara –, e bem assim, de reafirmar as conclusões da Proposta Fundamentada sobre este importante requisito de admissibilidade: “[o] share previsto, *elemento fundamental na avaliação da viabilidade económico-financeira, é apresentado por mera comparação com a situação dos canais existentes em 2006 e 2007*” (itálico acrescentado no texto).

84. A acrescer ao acima exposto, a concorrente apresenta adicionalmente, como receitas publicitárias para o primeiro ano de actividade, um valor de 65 milhões de euros – tendo como referência as receitas de publicidade publicadas pela SIC relativas a 2007 e primeiro semestre de 2008 – com base numa suposta conjugação dos dados de receitas publicitárias dos actuais canais generalistas com o referido *share* estimado para a Telecinco.

85. Ora, como bem refere o documento já citado, a referida “conjugação” não é explícita e, portanto, os respectivos valores *não podem ser qualificados como fundamentados*, concluindo ser “evidente” que “a actual conjuntura económica tem importantes reflexos sobre o mercado publicitário, os quais não são tidos em conta por esta candidatura” (parecer CEGE-UNL, p. 13. Cfr., ainda, parecer *cit.*, p. 6).

86. Assim, à luz de critérios de simples razoabilidade e na medida em que, como se refere, a concorrente não fundamenta o *share* que se propõe atingir, situado “num intervalo compreendido entre os 20% e os 25%” (Cap. III, p. 3), as estimativas da concorrente revelam-se irrealistas, desajustadas da realidade que caracteriza o sector –

por isso se impondo a convicção funda de que foram apresentados pressupostos de rendibilidade e sustentação económico-financeira do projecto *que em nenhuma circunstância são devidamente fundamentados*, ou até, em alguns pontos, *objecto de qualquer fundamentação, mínima que seja*.

87. Mais se diga, depois, que, nos primeiros anos de funcionamento do novo canal, não é tecnicamente possível a cobertura da totalidade do território nacional, uma vez que o dito “5.º canal” não será proposto em *simulcast*, ficando, de alguma forma, confinado ao ritmo de implantação do digital terrestre e plataformas de cabo e IPTV (facto, entre outros, omissis na “Análise de Mercado”, apresentada pela concorrente) e ao “*switch off*”, previsto para 2012.

88. É indiscutível que, por célere que seja o processo de generalização da cobertura do território nacional na plataforma digital terrestre, sempre o universo atingível pelo novo canal se situará aquém daquele que é, agora, alcançado pelos serviços de programas generalistas existentes. Daqui advém, por conseguinte, que um *share* tido como pressuposto, que se situa, nos termos da proposta da Telecinco, entre 20 a 25% logo no primeiro ano, apresentado por mera comparação com a situação dos canais generalistas de cobertura nacional existentes em 2006 e 2007, cobertura essa que pelas razões já expostas não é alcançável pelo dito “quinto canal” nos primeiros anos de funcionamento (até à concretização do “*switch off*”), se revele flagrantemente irrealista, dadas, quando menos (mas não só, como se viu), as limitações de distribuição atrás referidas.

89. O condicionalismo agora descrito, *que não depende da concorrente*, constitui uma limitação significativa, que mais reforça e sustenta a convicção do Conselho Regulador sobre a ausência de plausibilidade da estimativa de *share* apresentada pela Telecinco, definidor, como se percebe, da própria sustentação (ou sua ausência) das expectativas enunciadas pela concorrente em matéria de captação de receitas publicitárias.

90. Por isso, o parecer solicitado pelo Conselho, aqui acompanhado, afirma, e depois reafirma, “a inexistência de suficiente detalhe que fundamente as receitas previstas e respectivas evoluções” (p. 6).

91. Em síntese, o Conselho conclui que a proposta da Telecinco revela, em aspectos decisivos, insuficiência de informação e detalhe; e omite, além disso, elementos analíticos de enquadramento, por exemplo, e como visto, o contexto recessivo actual. Nessa medida, não só é impossível validar as estimativas apresentadas pela concorrente no plano da sustentação económico-financeira como, a agravar, estas se afiguram como claramente irrealistas.

92. A este propósito, na sua pronúncia em sede de audiência de interessados, a concorrente defende que, perante o défice de informações e elementos para sustentar a viabilidade económico-financeira do projecto por ela apresentado, o Conselho Regulador deveria ter recorrido ao artigo 14.º do Regulamento e pedido esclarecimentos e informações (parágs. 16 e segs). Argumenta a Telecinco que “às concorrentes se encontra regulamentarmente conferido um direito a prestar esclarecimentos e informações e até de apresentar suporte probatório sobre a proposta submetida a concurso sempre que ao Conselho Regulador da ERC se suscitem dúvidas ou careça de complemento alguma da matéria debitada nos documentos que a instruem e a acompanham” (par.17).

93. Além disso, em seu entender, a fase de esclarecimentos “não se consome com os esclarecimentos que podem ser prestados na actual fase de audiência prévia de candidatos” (par. 23), porque esta teria sempre lugar ainda que fossem prestados aqueles esclarecimentos, que se afigura uma “via de refutação e participação administrativa complementar e indispensável” (par. 26). Por último, a concorrente alega que o Conselho Regulador estaria sempre a tempo de determinar a exclusão das concorrentes, por força do artigo 11.º do Regulamento, caso viesse a considerar que as mesmas não

cumpriam os requisitos de admissão do concurso. Tal reforça a convicção de que a análise da viabilidade económico-financeira, nesta fase, deveria ser apenas formal (parágs. 32 a 35).

94. Preliminarmente, cabe esclarecer a Telecinco de que a prestação de informações a que se refere o artigo 14.º do Regulamento do Concurso não constitui, a título primário pelo menos, um direito das concorrentes, mas sim uma prerrogativa da própria Administração, cujo exercício – subordinado embora e necessariamente à prossecução de uma finalidade de interesse público – está na disponibilidade desta, determinando-se em função de motivações de conveniência e, ou, necessidade, sem prejuízo de o resultado desse exercício poder aproveitar a uma, ou mais, das concorrentes em confronto.

95. A concorrente defende, depois, que o recurso ao artigo 14.º *deveria* ter ocorrido em momento prévio à elaboração da proposta fundamentada de candidaturas admitidas e excluídas. Porém, o mesmo não poderia nunca ter lugar no caso vertente quanto à candidatura da Telecinco, e em face das características que a exornam. Com efeito, não faria sentido recorrer a tal mecanismo, ou a outro a ele assimilável, quando, como é o caso, *“não existe dúvida razoável ou plausível, sobre o incumprimento do standard de avaliação imposto legalmente e nos diferentes normativos que informam o concurso”* (cfr. par. 16 da Proposta Fundamentada, e par. 26 da presente decisão).

96. Sendo isso que sucede no caso vertente, até porque a dita “insuficiência de informação e detalhe”, que a ERC assinala quanto à candidatura da Telecinco, se reporta a exigências estruturalmente associadas a um dado critério de admissão, e que constituem seu elemento essencial. Assim, e por exemplo, a exigência de que “as concorrentes devem apresentar um conjunto de informação fundamentada e detalhada respeitante ao plano económico-financeiro” (cfr. Cap. III do Caderno de Encargos). Não está aqui em causa a necessidade ou o propósito de “tornar claro o que já se incluía (embora de forma ambígua ou prolixa) na proposta inicial” da Telecinco, mas sim a

ausência de elementos a ela essenciais e que, por isso, a deviam acompanhar de início, isto é, desde o momento da sua apresentação a concurso (cfr. Acórdão do STA de 13-05-2003, proc. 0581/03, in www.dgsi.pt).

97. Desta forma, admitir, no presente caso, a possibilidade de recurso ao expediente do artigo 14.º, ou a mecanismo similar, teria *necessariamente* como resultado a violação do princípio da intangibilidade das propostas.

98. Ainda em sede de audiência prévia, a concorrente Telecinco argumenta no sentido da não verificação do apontado vício relativo à ausência de estudo de mercado. Refere, em primeiro lugar, que recorreu, efectivamente, a um estudo de mercado, elaborado no mês de Janeiro de 2009, de modo a permitir, “em conjugação com outros elementos empíricos e de facto”, a elaboração do plano de viabilidade económico-financeira. Contudo, o estudo (que a concorrente anexou à sua pronúncia sobre a Proposta Fundamentada) não foi junto com a candidatura, porquanto essa junção, no entender da concorrente, não era exigida pelo Caderno de Encargos, que apenas impunha a abordagem de determinados tópicos essenciais para a demonstração da viabilidade económica e financeira do projecto. No tocante a estes últimos dados, a concorrente alega ter observado, integralmente, a estrutura constante do Capítulo III do Caderno de Encargos, correspondente ao Plano Económico-Financeiro.

99. Invoca depois que, materialmente, encontram-se nos documentos submetidos juntamente com a respectiva proposta todos os elementos de um estudo de mercado. Mesmo que fosse de considerar imperativa a junção de um documento intitulado “Estudo de Mercado”, o princípio da primazia da substância face à forma determinaria que uma tal condição se considerasse preenchida no caso, em virtude do Conteúdo do Plano Económico-Financeiro. Em todo o caso, no entender da concorrente, uma tal exigência não decorre do Caderno de Encargos, desde logo por ser desajustada face à estrutura do Capítulo III do Caderno de Encargos e à exigência de um fascículo indecomponível contendo os documentos reclamados por esse capítulo.

100. Além disso, entende a Telecinco que o grau de rigor e especificidade adoptado pelo Conselho Regulador não tem correspondência no Regulamento, no Caderno de Encargos ou tão pouco na Lei da Televisão. Acrescenta que o grau de desenvolvimento exigível de um estudo de mercado depende, em grande medida, do conhecimento que o destinatário (no caso, a ERC) tem do mercado em análise. Os conhecimentos aprofundados da ERC sobre o meio áudio-visual português dispensariam a concorrente de uma análise exaustiva e meramente descritiva – aliás, o recurso ao n.º 8 do artigo 8.º do Regulamento do Concurso seria apto, por si só, a permitir à ERC suprir a apontada deficiência, caso entendesse necessário.

101. Uma vez mais, verifica-se carecer de razão a pronúncia da concorrente Telecinco.

102. Nos termos da alínea i) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, os pedidos de candidatura deveriam ser instruídos com um “plano económico e financeiro elaborado de acordo com a estrutura definida no caderno de encargos”. O Capítulo III do Caderno de Encargos desenvolve o conteúdo desta exigência. Impunha-se aos concorrentes a apresentação de “um conjunto de informação fundamentada e detalhada respeitante ao plano económico-financeiro, evidenciando a sua viabilidade económica e financeira, e que tenha em consideração o período de 15 anos correspondente ao prazo da licença objecto do presente concurso”.

103. Entre os elementos que, nos termos do segundo parágrafo do III Capítulo, deveriam obrigatoriamente ser incluídos sob essa rubrica, constava o seguinte, descrito sob o subtítulo “Análise de Mercado”: *“estudo de mercado subjacente à demonstração da viabilidade económica e financeira do projecto, incluindo, nomeadamente, a estimativa de captação de audiências, receitas publicitárias e outras, tendo em consideração a realidade do mercado dos serviços de programas televisivos*

generalistas, de âmbito nacional, de acesso não condicionado livre” (itálico acrescentado no texto)

104. Ora, é duma perspectiva que atende, justamente, à primazia da substância sobre a mera forma que se reafirma aquilo que se demonstrou já na Proposta Fundamentada, no tocante à inexistência na proposta da Telecinco, em sentido material, de um verdadeiro estudo de mercado.

105. Verdadeiramente, e como já acima exposto, o documento originariamente enviado pela Telecinco limitava-se, na sua parte mais substancial, a expor uma série de previsões, desacompanhadas de qualquer fundamentação que permitisse a verificação de tais conclusões e a compreensão do *iter* dialéctico que conduziu às mesmas – um semelhante grau de minimalismo expositivo, que se traduz numa total ausência de fundamentação das conclusões e previsões formuladas, é inadmissível, independentemente do alegado grau de conhecimento do seu objecto de que dispõe a entidade sua destinatária.

106. Um semelhante grau de minimalismo obsta, igualmente, a que se reconheça à análise originariamente apresentada pela concorrente o mínimo de cientificidade indispensável ao merecimento da qualificação do documento como um “estudo”. Um semelhante grau de minimalismo expositivo torna, em suma, a fundamentação das conclusões apresentadas verdadeiramente indiscernível – até mesmo (ou sobretudo) para uma entidade com um conhecimento aprofundado dos *média* portugueses.

107. Aliás, tendo em conta que a razão de ser para uma tão extraordinária ascensão e optimismo – em termos de audiências e de receitas publicitárias, como aquelas que são projectadas pela concorrente –, muito dificilmente se poderia considerar evidente ou auto-explicativa, não assentando, tão pouco, em factos notórios ou do conhecimento geral, daqueles que geralmente se entendem dispensarem qualquer prova, e não decorrendo de uma cabal interpretação dos elementos originariamente fornecidos pela

concorrente, não se vê como poderia o Conselho Regulador lançar mão do n.º 8 do artigo 8.º do Regulamento do Concurso *sem incorrer em ilegalidade*. Não pode, com efeito, o Conselho Regulador – ou qualquer outra entidade, incluindo a própria concorrente – aditar conteúdos novos à proposta após a respectiva apresentação, sob pena de violar o princípio da intangibilidade das propostas.

108. Acresce, a este propósito, que, caso a ERC recorresse aos seus “conhecimentos aprofundados sobre o meio áudio-visual português”, conforme pretendido pela concorrente, isso apenas reforçaria sobremaneira a inclinação para a exclusão da candidatura da Telecinco, uma vez que todos os dados conhecidos quanto ao estado actual, à evolução recente e às perspectivas futuras do mercado áudio-visual português apontam para a radical inverosimilhança das metas propostas em matéria de *share* e de receitas publicitárias. Pelo que, do ponto de vista da Telecinco, seria ainda mais imperioso ter ancorado essas metas em estudos aprofundados que permitissem inverter tal juízo de implausibilidade, demonstrando que, pelo contrário, se trataria de objectivos credíveis e razoáveis, ou, quando menos, aceitáveis.

109. Como já referido no par. 98 da presente decisão, a Telecinco, em anexo à respectiva pronúncia em sede de audiência prévia, remeteu à ERC um documento intitulado “Estudo do Mercado Português de Televisão”, datado de Janeiro de 2009. Este documento, que não havia sido apresentado à ERC juntamente com a proposta (nem nunca foi nesta objecto de qualquer referência), debruça-se sobre a viabilidade da hipótese de um novo canal de televisão atingir um *share* comercial de 20% no primeiro ano de emissão. Uma vez que os argumentos aduzidos por este documento, a serem aceites, determinariam uma alteração de teor da proposta que resultaria, materialmente, numa proposta nova, não pode o mesmo ser tomado em consideração nesta fase do procedimento. Com efeito, conforme se refere no já citado Acórdão do STA de 13-05-2003, “a linha de demarcação entre o que é permitido e proibido, é, assim, a manutenção da proposta inicial tal como a mesma se apresentou a concurso, devendo os esclarecimentos ser limitados a tornar claro o que já se incluía (embora de forma

ambígua ou prolixa) na proposta inicial. O esclarecimento que se traduza na reformulação ou complementação da proposta é ilícito”. A nova proposta que resultaria da inclusão do estudo pretendido pela concorrente não é susceptível de se inferir, por via hermenêutica, da proposta originária, pelo que aquele não poderá ser aceite, por força do princípio da intangibilidade das propostas, corolário dos princípios da concorrência, da igualdade e da imparcialidade.

110. Daqui decorre igualmente, em consonância com o exposto, que o Conselho Regulador não pode e não deve pronunciar-se relativamente a elementos que, a serem aceites, subverteriam as regras que devem presidir a qualquer concurso público.

111. Considerou ainda a concorrente Telecinco, também em sede de audiência prévia, que a Proposta Fundamentada enuncia uma petição de princípio que inquina a conclusão acerca de o plano económico-financeiro constante da sua proposta não ter tomado em consideração a actual conjuntura económica. Entende ainda que não se justificaria atender ao “pretensu impacto da actual crise económica porque, ponderadamente, o mesmo será irrelevante quando reportado ao segundo semestre do ano 2010, ano em que se prevê o lançamento da emissão do novo canal”.

112. No entanto, independentemente das conjecturas permitidas pela actual situação económica, com inevitáveis reflexos em todos os aspectos que enformam o mercado de televisão, a verdade é que competiria à concorrente, tendo em conta o que vem estabelecido no ponto 1 do Capítulo III do Caderno de Encargos, ter “em consideração a realidade do mercado dos serviços de programas televisivos generalistas, de âmbito nacional, de acesso não condicionado livre”, conforme atrás se afirmou.

113. No âmbito do plano económico-financeiro, a concorrente ignorou os aspectos caracterizadores dessa realidade, não oferecendo, como lhe competia, a análise que enquadrasse o desenvolvimento das suas projecções de carácter económico e expectativas de *share*. A concorrente limitou-se a tomar por referência os valores

alcançados por *um outro operador*, como se, dessa forma, se esgotasse a necessidade de demonstrar em que medida o mercado reagiria e se ajustaria ao aparecimento de um novo serviço de programas generalista.

114. Dito isto, seria irrelevante – e até despropositado – o juízo que a ERC pudesse aqui produzir quanto ao quadro de funcionamento desse novo serviço de programas e quanto à evolução da situação económica do mercado. Verdadeiramente, o que está em causa no projecto da concorrente é apenas a ausência de elementos relevantes que caracterizem o ambiente complexo em que se exerce a actividade de televisão generalista. Tanto mais que o alcance dessa análise não se deveria confinar ao curto prazo, como é a previsão quanto à inversão do actual ciclo económico, mas sim, também, quanto à sustentabilidade do próprio modelo de televisão a adoptar durante o prazo de validade da licença, mesmo tendo presentes as inevitáveis limitações de que padece este tipo de previsões a longo prazo.

115. Já quanto à cobertura do território, a concorrente parte de um equívoco na análise empreendida a propósito das limitações com que o serviço de programas a licenciar se deparará até ao *switch off* previsto para 2012 (parágs. 170 a 180 da pronúncia em sede de audiência de interessados). Efectivamente, em parte alguma da Proposta Fundamentada se afirma “a possibilidade de a adjudicatária da licença se encontrar durante um ano, pelo menos, como único utilizador da plataforma TDT, permanecendo as estações analógicas até ao fim do prazo para se efectivar o *switch off*, no sistema tradicional de emissão”. Antes pelo contrário, e fácil é comprová-lo, o que se sublinhou na dita Proposta Fundamentada foi a desvantagem do designado “5.º canal” em relação aos demais serviços de programas generalistas existentes quanto à possível cobertura territorial, uma vez que estes poderão ser propostos em *simulcast* até à data prevista para o *switch off*. Para o efeito, assegurou-se que o conjunto de frequências correspondentes a uma cobertura de âmbito nacional, a que estará associado o Multiplexer A (MUX A), reservará capacidade para os operadores licenciados ou concessionados à data da entrada em vigor da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, ou seja, a

RTP1, a RTP2, a SIC e a TVI, bem como a RTP Açores e a RTP Madeira nas respectivas Regiões Autónomas (artigo 19.º do Regulamento do respectivo concurso público).

116. Assim, fica obviamente esvaziado o cenário de “uma potencial grande vantagem para o quinto canal”, propugnado pela Telecinco, que lhe daria “o usufruto do monopólio da televisão digital” (parágs. 171 e 172), mantendo-se, pois, a plena pertinência do exposto nos parágs. 63 a 65 da Proposta Fundamentada, cujo conteúdo foi acima retomado, quanto ao impacte que as limitações de cobertura do território, ignoradas no plano económico-financeiro da concorrente, poderão ter na estimativa de *share* por si adiantada.

117. Não sendo atendíveis as objecções da concorrente apresentadas em sede de audiência de interessados, o Conselho Regulador conclui, no que respeita à “apreciação da viabilidade do Plano Económico-Financeiro e sua conformidade com os requisitos exigidos no Caderno de Encargos”, requisito de admissibilidade a concurso nos termos da alínea i) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, que a proposta da Telecinco assenta em pressupostos não demonstrados nem suficientemente analisados, incapazes, por isso, de validar as projecções em que assenta toda a exposição relativa à viabilidade económico-financeira do projecto da Telecinco.

Tudo visto, e não devendo (*rectius*, não podendo, pelos motivos *supra* aduzidos nos parágs. 19 e segs.) transferir para fase ulterior do Concurso decisão, positiva ou negativa, relativa ao cumprimento de requisitos de admissão dos concorrentes ao mesmo Concurso, o Conselho entende que, relativamente à “viabilidade do Plano Económico-Financeiro e sua conformidade com os requisitos exigidos no Caderno de Encargos”, a proposta da Telecinco não preenche, manifestamente, esta condição de admissão a concurso.

A.2. Candidatura da Zon II – SERVIÇOS DE TELEVISÃO, S.A.

118. A título introdutório, assinala-se que a concorrente Telecinco insiste, na sua pronúncia, em retomar a discussão de questões por ela já inicialmente suscitadas, primeiro, em sede de acto público, e, mais tarde, em sede de recurso hierárquico impróprio, relativamente a requisitos jurídico-formais que a Zon II teria desrespeitado. A apreciação e discussão de tais matérias já foram efectuadas em momento e lugar próprios, pelo que não será aqui retomada.

119. Cumpre, apenas, dissecar o único novo argumento a este respeito introduzido pela Telecinco, que alega que o reconhecimento, por parte da solicitadora, das assinaturas dos representantes da accionista da ZON II não cumpre o requisito do n.º 3 do artigo 155.º do Código do Notariado, por não ter sido feita indicação expressa dos documentos que comprovam a menção especial de que os signatários agiram na qualidade de administradores e em representação da ZON Multimédia.

120. Contrariamente ao alegado pela Telecinco, se as menções especiais forem do conhecimento pessoal do autor do reconhecimento – o que era o caso –, não se impõe a exibição e referência dos documentos no termo de reconhecimento, uma vez que o n.º 3 do artigo 153.º do citado Código prevê, expressamente, a possibilidade de a “menção de qualquer circunstância especial” ser do conhecimento do notário (cfr. ainda o n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto).

Passa-se a analisar, de seguida, a candidatura da ZON II, sendo de anotar que se está perante uma sociedade a constituir, pelo que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento, se encontra dispensada da entrega dos documentos previstos nas alíneas a), b), c), f) e g) do n.º 1 do mesmo artigo, devendo apresentar, em contrapartida, os documentos referidos nas alíneas a), b) e c) do aludido n.º 2 do artigo 8.º.

A.2.1. Pedido de candidatura

121. O pedido de candidatura da concorrente encontra-se formalizado por escrito, datado e assinado por Rodrigo Costa e José Pereira da Costa, respectivamente Presidente Executivo e Administrador da ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S., S.A., única accionista da sociedade a constituir, é dirigido ao Presidente do Conselho Regulador da ERC e dele consta ainda a identificação da concorrente e a referência ao Regulamento do Concurso, satisfazendo as exigências do n.º 1 do artigo 7.º do mesmo Regulamento.

122. Como particularidade do pedido, assinala-se a circunstância de ser elencado um conjunto de factores, nas páginas 4 e 5 do documento, numerados de 1 a 5, cuja verificação é considerada crítica pela própria concorrente. Em nenhuma passagem se refere que esses “factores” podem constituir um modo de condicionar as propostas apresentadas, o que poderia significar uma situação de exclusão da candidatura. Não estando esses “factores” identificados pela própria concorrente como propostas condicionadas, tendo em conta a sua inserção no pedido e não em qualquer dos documentos que o instruem, que seria o espaço indicado para a concretização das propostas, e considerando a declaração de que adiante se dará destaque, quanto à aceitação das condições do concurso (alínea a) do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento), entende-se que as considerações em causa não passam de um mero exercício crítico de reflexão, encetado pela concorrente, mas que não prejudica qualquer dos compromissos que se propõe assumir no projecto em caso de atribuição da licença.

A.2.2. Protocolo vinculativo dos constituintes (alínea a) do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento)

123. Para efeitos de cumprimento da alínea a) do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento, a concorrente juntou uma declaração subscrita por Rodrigo Costa e José Pereira da Costa, respectivamente Presidente Executivo e Administrador da ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S., S.A., única accionista da sociedade a constituir, em seu nome e em representação da concorrente, aceitando as condições do Concurso e sujeitando-se às obrigações decorrentes do acto de candidatura e ao conteúdo das respectivas propostas, em caso de atribuição da licença.

124. Nestes termos, a concorrente cumpre na íntegra o disposto na norma do Regulamento acima mencionada.

A.2.3. Projecto de estatutos (alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento)

125. A concorrente juntou fotocópia simples do projecto de estatutos da sociedade, a cujo teor os constituintes se vinculam, dos quais consta que a sociedade terá por objecto principal o exercício da actividade de televisão, que o seu capital social será de € 5.000.000,00, e que as acções serão de natureza nominativa, o que permite concluir pela verificação dos requisitos contidos nos n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 3.º do Regulamento e da condição de admissão prevista na alínea a) do n.º 3 do artigo 15.º da Lei da Televisão, que respeita aos requisitos dos operadores e restrições ao exercício da actividade de televisão.

126. Nestes termos, considera-se acatada a determinação do Regulamento.

A.2.4. Cópia do cartão provisório de identificação (alínea c) do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento)

127. Em lugar de cópia do cartão provisório de identificação, a concorrente juntou cópia do certificado de admissibilidade de firma ou denominação, com o respectivo

código que permite o acesso através da internet, tendo este documento o mesmo valor e os mesmos efeitos do supracitado cartão, conforme resulta do disposto no Decreto-Lei n.º 247-B/2008, de 30 de Dezembro, especialmente do n.º 1 do seu artigo 15.º, que alterou o artigo 15.º do Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas (Decreto-Lei n.º 199/98, de 13 de Maio).

A.2.5. Documento comprovativo da prestação de caução provisória (alínea d) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

128. Dando cumprimento a esta exigência regulamentar, a concorrente apresentou garantia bancária no valor de € 750.000,00.

A.2.6. Documentos que evidenciem a composição do capital social directo e indirecto da concorrente (alínea e) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

129. Visando dar cumprimento a esta exigência do Regulamento, a concorrente entregou declaração que identifica, especificamente, os titulares do capital social da ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S., S.A., única accionista da sociedade a constituir, designadamente, o montante correspondente a cada participação e respectiva percentagem do capital social.

130. A informação prestada pela concorrente permite a verificação do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 13.º do Regulamento, pelo que se encontra satisfeito este requisito de admissão ao Concurso.

A.2.7. Plano Técnico (alínea h) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

131. Seguindo a forma determinada no artigo 9.º do Regulamento, a concorrente apresentou um fascículo indecomponível correspondente ao capítulo do Plano Técnico. Este elemento respeita o que é exigido no Caderno de Encargos, sem prejuízo de parecer posterior a cargo do ICP-ANACOM, de natureza vinculativa, nos termos previstos no artigo 12.º do Regulamento.

A.2.8. Plano económico-financeiro e demonstração da viabilidade económica e financeira do projecto (alínea i) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

132. Observando a forma determinada no artigo 9.º do Regulamento, a concorrente apresentou um fascículo indecomponível correspondente ao Plano Económico-Financeiro.

133. Para a apreciação da viabilidade do Plano Económico-Financeiro e sua conformidade com os requisitos exigidos no Caderno de Encargos, foi solicitado um parecer técnico a uma entidade universitária especializada nas áreas de economia, finanças e gestão (CEGE-UNL), cujo relatório consta do processo.

134. Conclui-se no referido parecer que a proposta da concorrente responde, adequadamente, aos requisitos exigidos no Caderno de Encargos, considerando que o plano de negócios apresentado revela consistência interna e pormenor razoável. Assinala-se que o projecto apresenta um estudo de mercado com qualidade, que é utilizado para desenvolver e validar a estratégia adoptada e gerar uma estimativa de receitas. Refere-se que o plano apresentado entra, adequadamente, em linha de conta com a realidade do mercado publicitário e a sua evolução previsional, aspectos com os quais revela ter consistência. Afirma-se, contudo, que as projecções relativas a *share*, embora se mostrem consistentes com a estratégia adoptada, poderiam ser melhor fundamentadas. Assinala-se, também, que as projecções de custos com programação revelam valores mais baixos nos anos iniciais, o que pode ser incompatível com uma

estratégia de empresa “entrante” num mercado dominado por “incumbentes” fortes. Refere-se que esta circunstância tem impacto importante na avaliação do projecto neste ponto, assinalando-se que o mesmo revela uma viabilidade económico-financeira “apenas marginalmente positiva”.

135. Perante as conclusões deste parecer, pode o Conselho dar por verificada a viabilidade económico-financeira do projecto, que constitui condição de admissão ao Concurso, conforme de infere do estipulado na alínea d) do n.º 3 do artigo 15.º do Regulamento – pelo que, neste capítulo, nada obsta à admissão da candidatura da concorrente.

A.2.9. Descrição detalhada da actividade televisiva que a concorrente se propõe desenvolver (alínea k) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

136. Seguindo a forma determinada no artigo 9.º do Regulamento, a concorrente apresentou um fascículo indecomponível correspondente à Descrição Detalhada da Actividade Televisiva, para efeitos de cumprimento do que vem exigido na alínea k) do n.º 1 do artigo 8.º do mesmo Regulamento.

137. O documento segue, quanto ao essencial, a estrutura definida no Caderno de Encargos, designadamente, indicando o Estatuto Editorial, as Linhas Gerais de Programação e a Designação do serviço de programas televisivo.

138. Conclui-se da análise da descrição da actividade televisiva que se propõe desenvolver que a concorrente concebeu um projecto que corresponde ao objecto do concurso – licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre – cumprindo, assim, o requisito de admissão previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 15.º da Lei da Televisão.

139. Este capítulo contém parte da informação que permitirá avaliar a candidatura de acordo com os critérios de graduação previstos no artigo 13.º do Regulamento e no Capítulo V do Caderno de Encargos. Considera-se por isso em síntese que, no caso, e quanto a esta exigência em particular, nada obsta à admissão da concorrente ao Concurso.

A.2.10. Declaração da entidade reguladora relativa a serviços de programas já licenciados (alínea l) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

140. A concorrente não juntou a declaração prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento. Todavia, entende-se, como ficou já expresso no ponto A.1.12. *supra*, a propósito da concorrente Telecinco, que a ERC pode dispensar a apresentação do documento em causa, porquanto se trata de informação de que é possuidora em virtude da sua actividade de regulação e supervisão, conforme decorre do n.º 8 do artigo 8.º do Regulamento.

141. A concorrente terá entendido que a circunstância de ser uma sociedade a constituir, não detendo qualquer licença de televisão, obviaria à emissão de declaração da ERC. No entanto, no caso concreto, sempre poderia a ERC, se solicitada, emitir certidão de teor negativo, até porque o n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento prevê, expressamente, os documentos que não são exigíveis às sociedades a constituir, não constando desse rol a declaração ora em causa.

142. A situação ora constatada não inibe a admissão da concorrente, tal como concluiu a Comissão que conduziu o acto público, uma vez que o Conselho Regulador, como princípio condutor em casos análogos, tem promovido o suprimento de insuficiências instrutórias imputáveis aos interessados, desde que disponha da informação que o permita fazer. Tão pouco faria sentido, por economia processual,

conceder à concorrente um prazo para suprir a omissão, que se traduziria num pedido à ERC para a emissão desse documento.

A.2.11. Declaração relativa à conformidade das cópias apresentadas com os originais e aceitação da sua prevalência (alínea m) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)

143. A concorrente cumpre o estabelecido na alínea m) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, apresentando declaração em conformidade, assinada por Rodrigo Costa e José Pereira da Costa, respectivamente Presidente Executivo e Administrador da ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S., S.A., única accionista da sociedade a constituir.

A.2.13. Indicação expressa da morada para a qual deverá ser enviada toda a correspondência no âmbito do Concurso (n.º 3 do artigo 8.º do Regulamento)

144. A concorrente entregou declaração subscrita, igualmente, por Rodrigo Costa e José Pereira da Costa, respectivamente, Presidente Executivo e Administrador da ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S., S.A., única accionista da sociedade a constituir, cumprindo o disposto nesta norma regulamentar.

A.2.14. Suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos

145. A demonstração da suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos a afectar ao projecto apresentado, condição de admissão ao Concurso por força do disposto na alínea f) do n.º 3 do artigo 15.º da Lei da Televisão, bem como na alínea j) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, pressupõe a adequação desses meios às linhas gerais de programação propostas por cada concorrente e à estrutura operacional

associada de forma a concretizar a emissão televisiva. Nem poderia ser de outro modo, uma vez que um serviço de programas se materializa numa *grelha de programas* composta, *grosso modo*, por informação, programas, publicidade e continuidade.

146. O requisito da suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos a afectar considera-se cumprido se, à luz de critérios baseados, entre outros factores, no conhecimento do sector e em critérios de razoabilidade relativos ao funcionamento de um serviço de programas generalista de âmbito nacional e de acesso não condicionado livre, os meios humanos e técnicos propostos se revelarem adequados em quantidade (suficiência) e qualidade aos respectivos projectos.

147. Naturalmente, e como é bom de ver, não está em causa, nesta fase do concurso, a *apreciação do mérito* ou *demérito do projecto*, designadamente, das linhas gerais de programação propostas. Diferentemente, e tão-só, verificar em que medida os meios humanos e técnicos anunciados são suficientes e qualificados para realizar o projecto televisivo que a concorrente se propõe desenvolver – estritamente à luz do critério de admissão ora em apreciação. Daqui resulta, por conseguinte (e com os limites acima apresentados), o cotejo entre os meios humanos e técnicos anunciados no momento da apresentação a concurso e as necessidades em recursos humanos e meios técnicos inerentes ao projecto televisivo propriamente dito. Ora, é bom de ver (e em coerência com o exposto *supra*, nos parágs. 31 e 32 da presente decisão) que este cotejo em nada pressupõe uma análise *material* da qualidade do projecto televisivo apresentado na Proposta da concorrente.

148. Como se afirma na Proposta Fundamentada, para apreciação da proposta, de acordo com o presente requisito de admissão, foram solicitados um parecer técnico a uma entidade universitária especializada nas áreas de economia, finanças e gestão, relativo à suficiência e qualidade dos meios humanos apresentados, e um parecer técnico a uma entidade universitária especializada em consultoria na área de investigação tecnológica, cujos relatórios constam do processo. A esses pareceres junta-

se, agora, e sempre numa perspectiva pró-concurso, o de um consultor de média, tal como referido no par. 13, *supra*.

149. Para avaliação da demonstração da suficiência dos meios humanos e técnicos afectos ao projecto, importa referir, como elemento enquadrante da apreciação, que o modelo de canal apresentado pela ZON II é definido pela concorrente como um modelo de gestão, controle e distribuição de conteúdos, sendo que “[t]odas as operações de produção de programas, incluindo as de informação, são de responsabilidade externa” (Cap. IV, p. 12). Nesse sentido, a ZON II não inclui meios destinados à produção de conteúdos. Os meios técnicos e humanos considerados na proposta compreendem, apenas, a gestão de conteúdos (incluindo continuidade de emissão), o tratamento da publicidade e da promoção dos canais, não considerando, em consequência, a existência de uma infra-estrutura dedicada à produção de segmentos de programação próprios.

150. Sem olhar, sequer, ao modelo adoptado e, por isso, sem entrar em questões relativas ao mérito do mesmo, importa apontar que, mesmo dando como certo que a produção técnica dos conteúdos é externa, como a ZON II reafirma na sua pronúncia no âmbito da audiência de interessados (cfr., naquela, “Do esclarecimento quanto à suficiência dos meios humanos propostos”, págs. 23 e segs.), a produção de conteúdos próprios, com produção técnica externa, *implica sempre o envolvimento de recursos humanos internos qualificados*.

151. Recorde-se, a concorrente alega na Pronúncia que o modelo de estação de televisão subjacente à sua proposta, designadamente a opção pela compra e a produção externa dos conteúdos para a quase totalidade da oferta televisiva do canal, representa uma indiscutível mais-valia, na medida em que “proporcionará o desenvolvimento do sector de produção independente audiovisual em Portugal, no qual existe capacidade disponível e subaproveitada, como faz reparar o parecer do INESC.” Conclui depois, quanto a este ponto, que “não inclui nem pode incluir na sua candidatura meios técnicos destinados à produção de conteúdos” (Pronúncia, p. 24).

152. Mas, insiste-se, trata-se, tão-só, como aliás já clarificado no par. 97 da Proposta Fundamentada, de “verificar em que medida os meios humanos e técnicos anunciados são suficientes e qualificados para realizar o projecto televisivo que a concorrente se propõe desenvolver”. Pelo que, como facilmente pode ser comprovado pela leitura da Proposta Fundamentada e exposição ali aduzida, o Conselho Regulador só de forma estritamente instrumental se referiu ao projecto televisivo da ZON II, sem qualquer qualificação e, evidentemente – escusado seria dizê-lo –, sem de nenhum modo o desqualificar ou minorizar. A temática não é pertinente nesta fase do concurso, não devendo, por conseguinte, ser trazida à colação – num ou noutro sentido.

153. Quanto à alegação de que a opção por um modelo de televisão em que a “quase totalidade da oferta televisiva do canal” resulta da compra e produção externa, o que, segundo a concorrente, constitui por si só uma impossibilidade prática de incluir na proposta meios técnicos destinados à produção de conteúdos, não pode aquela (como já acima se percebeu) ter-se como procedente. De facto, não só no par. 99 da Proposta Fundamentada (citado pela concorrente) não se exprime qualquer *juízo de valor* sobre a existência ou não de mais ou menos meios técnicos e humanos próprios do canal, mas também porque a opção por esse ou outro modelo, em todo o caso, nunca dispensaria a concorrente da demonstração da suficiência dos meios a utilizar, *independentemente de eles serem ou não próprios*.

154. Acresce que na proposta da ZON II se admite a produção própria de alguns conteúdos, adiantando-se, apenas, que nesta situação haverá recurso a contratação técnica externa. É porém importante notar, e o facto não é tomado em consideração, ou sequer enfrentado, no projecto da concorrente, que a actividade de televisão, nomeadamente, a que se refere à produção, não se reduz, única e exclusivamente, à mera produção técnica dos conteúdos e simples injeção dos mesmos nos “workflows” que conduzem aos arquivos e emissão.

155. Verdadeiramente, deverá sopesar-se o seguinte. No domínio da produção, é sempre possível – tratando-se de aquisição externa, como exposto na Proposta da ZON II – enveredar por um de dois caminhos: a compra de *produto acabado*, em que o operador adquire *apenas* direitos de exibição; ou, em alternativa, a encomenda de um determinado projecto, em que *todas as fases da produção (da criação ao produto final) são controladas pelo operador (cliente)*. Este segundo caminho pressupõe uma intervenção bem mais significativa do operador televisivo (ainda que mantendo a sua qualidade de cliente). Realmente, é fácil de alcançar que esta opção envolve e exige recursos humanos mais consistentes do que aquela outra, acima esboçada.

156. Ora, se a ZON II propugna a *produção própria* de alguns conteúdos, independentemente da propriedade dos meios técnicos, também neste plano (por uma opção mais pesada em matéria de recursos humanos) o projecto não demonstra a suficiência de recursos humanos e técnicos afectados à sua concretização em termos de programação regular.

157. Ou seja: ainda que na sua pronúncia a ZON II defenda que, propondo-se recorrer ao exterior sempre que necessário, será difícil, ou mesmo impossível, que se invoque “contra si” qualquer insuficiência na área dos recursos humanos, da mesma sorte se deverá retorquir, pelas razões acima expostas, que o modelo proposto pela ZON II *exige*, inevitavelmente, recursos humanos cuja suficiência não está, a final, demonstrada de forma minimamente consistente.

158. Noutra vertente, adianta ainda a concorrente que, em seu entender, a existência de uma infra-estrutura técnica dedicada à produção de segmentos de programação próprios não é uma condição imposta nem pelas regras do concurso, nem pela Lei da Televisão (entenda-se, para o exercício de actividade televisiva em acesso não condicionado livre). De facto, em sentido estrito, assim é.

159. Contudo, como atrás clarificado, não é isso que está em causa na Proposta Fundamentada, mas antes a circunstância de a concorrente se limitar a enunciar a *modalidade de contratação* dos meios (ou de parte deles) humanos e técnicos a afectar ao projecto, sem demonstrar a sua qualidade e suficiência (agora, numa perspectiva quantitativa). Mais concretamente, a ZON II *apenas* refere que “[t]odas as operações de produção de programas, incluindo as de informação, são de responsabilidade externa” (Proposta, Cap. IV, p. 12). Essa afirmação de intenção não pode, porém, substituir a exigência do Regulamento do Concurso, na parte em que este se refere à necessidade de que a proposta reflecta suficiência e qualidade dos meios técnicos que a ZON II pretende afectar ao seu projecto.

160. Aliás, ao referir que não pode explicitar para *já os meios técnicos de que vai dispor* (nomeadamente, os afectos à informação diária), uma vez que, segundo afirma, desconhece quais são aqueles que os produtores externos irão utilizar para a produção desses conteúdos, a concorrente assume, implicitamente, que na sua proposta não cumpre o estipulado na alínea j) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento.

161. Nestes termos, a concorrente dispensa-se de qualquer demonstração, *que sempre seria possível*, limitando-se a reiterar que os meios técnicos constantes da sua proposta são “os necessários para a contratação, selecção, organização, planeamento, agregação e emissão de programas televisivos”.

162. A concorrente não usou aliás, como estava ao seu dispor, a faculdade prevista no Caderno de Encargos (Capítulo I) da apresentação de elementos que pudessem contribuir para “melhor fundamentação e apreciação da candidatura, incluindo documentação comprovativa de eventuais pré-acordos, contratos promessa ou acordos já efectuados, designadamente, nos domínios da programação, informação, inovação e criatividade, recursos humanos e financiamentos”.

163. Na medida em que a ZON II se propõe adquirir os conteúdos da sua grelha de programas no exterior, os meios técnicos propostos não incluem estúdios, equipas ENG, unidades móveis de reportagem ou outros meios ligeiros de produção *tidos como essenciais na actividade televisiva* de um serviço de programas generalista, embora não necessários ao desenvolvimento da actividade de agregação, distribuição e comercialização de conteúdos.

164. A este respeito, a consultoria da ERC conclui que, sendo “muito inovadora”, designadamente por considerar “[uma] solução técnica avançada para a gestão dos conteúdos e do próprio canal”, a proposta da concorrente ZON II “não inclui quaisquer meios destinados à produção de conteúdos, os quais serão adquiridos a fornecedores externos”, razão pela qual não é possível exprimir um juízo “sobre a qualidade dos meios usados na produção, pois estes não estão no momento determinados” (Parecer INESC, p. 8).

165. E, continua, afirmando não conseguir ver “como este modelo de gestão e controlo do processo noticioso – para o qual ainda não se encontrou substituto à altura – [pode] ser aplicado de forma responsável num processo dirigido por seis pessoas, com outras matérias de preocupações (os restantes programas de informação), à distância (presume-se que os editores não estão fisicamente nos fornecedores externos), para dois jornais televisivos diários de 30 minutos cada” (pág. 7).

166. Na descrição da sua política de recursos humanos, a ZON II invoca, para melhor compreensão da sua proposta, “a incerteza actual quanto às previsões de evolução do mercado publicitário em TV”, por isso declarando ter procurado “dimensionar a estrutura de recursos humanos de forma cautelosa, para garantir a sustentabilidade do negócio *durante os primeiros anos* em que a envolvente de mercado se afigura mais difícil (Capítulo I – Identificação da concorrente, Política de Recursos Humanos, pág. 2) - *italico acrescentado no texto.*

167. Por conseguinte, e sopesados os condicionalismos que considera existirem no momento em que se apresenta a concurso, a ZON II estabelece uma dotação total de apenas 59 (cinquenta e nove) colaboradores, incluindo três administradores, assim distribuídos organicamente: Direcção de Antena, 3; Direcção de Informação, 6; Identidade Gráfica, 7; Direcção e Programas, 10; Direcção de Engenharia, 2; Arquivo e Ingest, 6; Centro de Difusão de Conteúdos, 5; Engenharia e Manutenção, 4; Direcção Comercial, 1; Comerciais, 4; *Marketing* e Comunicação, 1; *Merchandising* e *Wholesale*, 1; Serviço de Suporte, 1; Jurídico, 1; Planeamento e Controlo Financeiro, 2; Recursos Humanos, 2; Gestão de Infra-estruturas, 1.

168. A ZON II mais declara que, ocorrendo duas condições (“a recuperação económica do sector” e uma *performance* do Canal que o permita), poderão os recursos humanos do Canal “ser aumentados em consonância”. Assim, enquanto aquelas duas condições não estiverem preenchidas, a ZON II não ponderará qualquer aumento dos recursos humanos do Canal além daqueles que, na sua proposta, estabelece como compromisso que assume neste domínio.

169. Naturalmente, o Conselho Regulador *não pode e não deve atender* a esta possibilidade, meramente hipotética (e que o projecto da ZON II não estabelece, sequer, como obrigação que possa ser avaliada), uma vez que a própria proposta, submetida para o período de vigência da licença – isto é, quinze anos – define como patamar *certo*, e único concretizado, aquele que já acima foi descrito de forma sumária. Por outro lado, se o maior envolvimento na produção de conteúdos pode estar dependente da evolução do mercado, já o mesmo não se pode dizer relativamente à suficiência dos recursos afectos às operações técnicas de um serviço de programas generalista de âmbito nacional de acesso não condicionado.

170. Pelo que, qualquer que seja o “estado” do mercado, terá sempre de haver um número suficiente de recursos humanos e técnicos para que, entre outras tarefas fundamentais, a emissão (qualquer que seja) possa ser produzida, a aquisição

operacional de conteúdos funcione e a circulação de sinais seja garantida – é, por conseguinte, uma exigência que não depende do mercado ou que tenha que flutuar em função da sua evolução.

171. Sucede, à luz de tais elementos, que o Conselho deve ponderar se estes meios humanos e técnicos são suficientes (como atrás dito, segundo um critério de razoabilidade, e até de plausibilidade), à luz do disposto na alínea f) do n.º 3 do artigo 15.º, da Lei da Televisão, bem como na alínea j) do n.º 1 do artigo 8.º), do Regulamento. E a indagação afigura-se tanto mais imperiosa e indispensável quanto, no parecer a propósito solicitado, se afirma, por exemplo, que aqueles meios humanos “poderão ser insuficientes para controlar eficazmente a qualidade e outros aspectos de conteúdo da produção subcontratada, sobretudo no domínio da informação” (parecer CEGE-UNL, *cit.*, págs. 4, 5).

172. Relativamente ao exposto no ponto 105 da Proposta Fundamentada (pág. 20), em particular onde se refere que o projecto apresentado pela ZON II estabelece a existência de uma “área de funções de suporte” para articulação com áreas homólogas da ZON Multimédia, “sem qualquer quantificação dos meios humanos a utilizar nessa articulação de suporte”, a concorrente retoma o argumento de que os recursos humanos apresentados se encontram em linha com o modelo orientado para a produção externa de conteúdos, acrescentando que a sua prossecução deverá estar suportada em “recursos humanos internos com muita experiência e qualidade nas áreas críticas de suporte à operação do canal”, aspecto que é, aliás, reflectido no custo por operador previsto no plano económico-financeiro, “acima das actuais referências do mercado” (Pronúncia ZON II, p. 25).

173. Acrescenta ainda, a este respeito, que o negócio da actividade televisiva, a dimensão do mercado e situação concorrencial são factores que recomendam “prudência” nos compromissos a assumir relativamente à contratação dos recursos humanos, adiantando que o “facto de não se assumirem compromissos mais agressivos

nesta candidatura não resulta que este quadro de pessoal não tenha potencial para aumento na sequência de um desenvolvimento favorável do negócio.”

174. Ora, tal como explicitado no ponto 106 da Proposta Fundamentada e agora reiterado, o Conselho Regulador “não pode e não deve” atender à possibilidade enunciada, dependente da combinação de diferentes condições futuras, por se tratar apenas da uma intenção manifestada em termos hipotéticos e condicionada a dinâmicas que não dependem, unicamente, da concorrente (mas, por outro lado, em que esta é *o único juiz do ponto de vista da respectiva qualificação ou verificação*), não expressando qualquer compromisso concreto relativamente a uma evolução do quadro de recursos humanos perante eventuais necessidades de suficiência do projecto, nesse domínio. É certo que à ERC, na hipótese de atribuição da licença, não cabe apreciação quanto à política de recursos humanos. Nem esse é ponto controvertido. Mas, evidentemente, à ERC impõe-se, nesta fase concursal, uma análise que tome em consideração a consistência e coerência daquilo que, com um mínimo de previsibilidade, a concorrente assume como obrigação na sua proposta. Assinala-se, aliás, que a concorrente parece reconhecer limitações no quadro de recursos humanos definido para o projecto, considerando, desde já, a possibilidade de o alargar, embora não adiante nada mais além do enunciar dessa intenção.

175. A concorrente, no que respeita ao ponto da Proposta Fundamentada em apreço, esclarece ainda que a questão relativa à articulação das áreas de suporte deverá ser observada também em função do facto de a ZON II se integrar num grupo de comunicação multimédia, pelo que, naturalmente, irá procurar explorar sinergias com as restantes empresas do Grupo ZON Multimédia, designadamente, com a ZON Conteúdos – Actividades de Televisão e Produção de Conteúdos, S. A., que dispõe de uma estrutura técnica, de meios técnicos e humanos, que lhe permitirá explorar sinergias, em particular no que respeita à continuidade. E remete para o plano económico-financeiro, mais precisamente para um quadro relativo a “Outros Custos Operacionais”, onde apresenta uma rubrica destinada a “Aluguer de equipamentos e

meios”, relativa, segundo explica na sua pronúncia, não só à contratação de meios técnicos, mas também de meios humanos.

176. Diga-se, no entanto, que os argumentos expostos nada acrescentam à matéria substantiva em apreciação, que se prende, unicamente (a referência é recorrente), com a suficiência dos meios humanos. Aliás, sendo certo que a proposta prevê sinergias com a empresa mencionada, não concretiza qualquer compromisso no respeitante à adjudicação de meios humanos ao projecto, nem tal poderia considerar-se como verificado tendo como base, apenas, a indicação, no plano económico-financeiro, de uma verba constante do capítulo intitulado “Outros Custos Operacionais” na rubrica “Aluguer de equipamentos e meios”.

177. Vem, por outro lado, a concorrente alegar na Pronúncia que o parecer CEGE-UNL nunca refere que a sua proposta não atinge patamares mínimos para a admissão a concurso no domínio em apreço, levantando-se apenas a dúvida sobre a sua suficiência nos seguintes termos: “[P]oderão, a nosso ver, ser insuficientes para controlar eficazmente a qualidade e outros aspectos de conteúdo da produção subcontratada, sobretudo no domínio da informação.”

178. Ora, quanto às referências feitas pela ZON II aos pareceres solicitados pela ERC, reitera-se que os mesmos não têm carácter vinculativo, estando destinados a apoiar a decisão do Conselho Regulador (cfr. *supra* ponto 14 da presente decisão). Acresce, aliás, que no caso do parecer do CEGE-UNL ele não contradiz, *stricto sensu*, o teor da Proposta Fundamentada quanto à matéria em apreciação, na medida em que afirmar que os meios humanos *podem ser insuficientes* não é o mesmo que dizer que *eles são suficientes* e, muito menos, a considerar que *está demonstrada a sua suficiência*.

179. Insiste-se, a ZON II só parcialmente descreve os meios humanos afectos ao projecto, limitando-se a afirmar (pág. 7, n. 10), que os mesmos ”poderão ser

aumentados em consonância com a “*recuperação económica do sector e se a performance do canal o permitir*”» (itálico no original). Trata-se, portanto, de uma mera hipótese condicionada por factores externos à concorrente.

180. Ora, tal como já constava da Proposta Fundamentada, a apreciação só pode relevar, única e exclusivamente, os aspectos que constam das propostas das concorrentes e que dependem de um compromisso expresso, sem poder considerar aspectos dependentes da evolução de uma dada realidade futura. Refira-se, ainda assim, que na proposta da ZON II não existe qualquer quantificação relativa a cenários futuros e hipotéticos, no caso de os recursos humanos previstos se revelarem insuficientes à concretização do projecto televisivo em causa.

181. Acresce, como foi dito, que a concorrente podia, como previsto no Caderno de Encargos (Capítulo I), ter incluído na sua candidatura “documentação comprovativa de eventuais pré-acordos, contratos promessa, acordos” ou dos contactos a que se refere no ponto 22 (pág. 21) da sua resposta à audiência de interessados:

“os contactos já mantidos revelam haver interesse e disponibilidade de alguns daqueles operadores [RTP, SIC, TVI e, ainda, a Lusa] para o estabelecimento de uma relação contratual com a ZON II, de acordo com o modelo constante da proposta apresentada a concurso”.

182. No que respeita aos programas não informativos, reafirma a concorrente na Pronúncia que estes serão assegurados pela Direcção de Programas, cujas funções, conforme já descrito na sua proposta, consistem em “seleccionar e supervisionar a produção, a aquisição e a encomenda de conteúdos não informativos”, alegando que estas tarefas serão asseguradas pelo Director de Programas e uma equipa de nove colaboradores. Acrescenta a concorrente que estará a cargo desta equipa a execução de funções de “*scheduling* e planeamento, a análise de audiências e compra e controlo dos conteúdos *off-the-shelf* (ex. filmes e séries)”. Cfr. Pronúncia ZON II, p. 28.

183. Afirma, ainda, que “a contratação da produção externa dos conteúdos prevê a delegação da responsabilidade de produção, que será devidamente suportada em ‘acordos de qualidade de serviço’, previstos contratualmente e que permitirão um controlo efectivo sobre os conteúdos produzidos.”

184. Reafirma, depois, que “o descritivo das funções de cada responsável de área é suficiente para permitir o cabal entendimento do que é a descrição funcional de cada uma das áreas”, acrescentando, no entanto, que esta exigência expressa na Proposta Fundamentada não consta dos documentos concursais. Mais aduz, enfim, não compreender por que igual reparo não é apontado à Telecinco, uma vez que a proposta desta, em sua opinião, é “substancialmente mais omissa” na questão em apreço. Sobre esta objecção, caberá dizer o seguinte. Da análise dos recursos humanos e técnicos a afectar ao projecto da Telecinco, verifica-se que os recursos humanos adstritos às áreas técnicas e operacionais são, claramente, suficientes, apesar de o Projecto Técnico assentar num modelo mais “convencional” do que o da ZON II (já que, entre outros aspectos, inclui, nomeadamente, a exploração de um estúdio). Para que este argumento melhor seja compreendido, em termos até quantitativos, notar-se-á que a Telecinco afecta a esta área 120 pessoas, enquanto a ZON II propõe 17 pessoas.

185. Atente-se, além disso, em que a Proposta Fundamentada assinala, essencialmente, três áreas críticas, nas quais se considera que a suficiência e a qualidade dos meios humanos não ficaram demonstradas por parte da concorrente: a área de informação, a área de engenharia e operações (subdividida em área de engenharia e manutenção e área técnico-operacional) e a área de suporte.

186. Apesar de existirem, necessariamente, alguns cruzamentos nas funções da área de programas e as designadas áreas de operações e de suporte, considera-se que os argumentos expendidos em sede de audiência prévia de interessados não acrescentam *esclarecimento substantivo* em relação às questões controvertidas.

187. Assinale-se, apenas, que, na sua pronúncia, a concorrente *acrescenta* às atribuições da Direcção de Programas também a função de *planeamento*, que não consta do descritivo das funções do Director de Programas exposto na sua proposta (cf. Proposta ZON II, Cap. I, *Política de Recursos Humanos*, págs. 4 e 5). 139. Contudo, a informação agora apresentada na Pronúncia da concorrente (acima sintetizada), de que as tarefas inerentes ao planeamento de emissão se encontram também sob a égide da Direcção de Programas, não pode ser considerada neste sede, por se tratar de um dado inovador face ao enunciado da proposta.

188. Recorde-se que, nos pontos 131, 132 e 133 da Proposta Fundamentada se faz notar, precisamente, a ausência, na proposta da ZON II, de uma estrutura funcional de planeamento, designadamente, o facto de não estarem previstos quaisquer meios humanos afectos a essa tarefa.

189. Veja-se, agora, o modelo de produção da informação proposto, verificando se a concorrente cumpre, também nesta vertente, o requisito da suficiência dos meios humanos.

190. De acordo com a proposta da concorrente (Cap. II, págs. 25 e 26), o modelo funciona da seguinte maneira: é adquirido “um determinado número de minutos diários de informação em versão pronta a emitir (‘peças’ jornalísticas), que podem ser cortadas/remontadas e serão alinhadas pelos responsáveis editoriais do canal de acordo com critérios próprios”. Afirma, a seguir, que “[a]s notícias mais importantes podem ser pontualmente comentadas por *profissionais do canal* ou convidados próprios” (itálico acrescentado no texto). E mais declara que, “[a fim de] garantir a cobertura de acontecimentos de carácter extraordinário, será contratada a possibilidade de transmissão em simultâneo da emissão do fornecedor”.

191. Os meios humanos propostos para a realização das operações citadas (as únicas que lhe cabem) incluem, de acordo com a descrição *supra* citada, elaboração da agenda

(agendamento), visionamento e selecção, edição, alinhamento, comentário (eventual), criação e apresentação de “textos personalizados” e coordenação de “cada um dos programas de carácter informativo” (Cap I, p. 6).

192. Refira-se, a este título, que o projecto da concorrente prevê, além de um mínimo de dois boletins informativos diários, um com a duração de meia hora e outro de quarenta e cinco minutos aos dias de semana, a inclusão de uma entrevista semanal de uma hora, “uma média de *duas reportagens inéditas por dia*, elaboradas pelo pequeno corpo redactorial do canal” (Cap. II, p. 26), *um debate semanal de duas horas* (itálico acrescentado no texto) e ainda um conjunto de programas de informação, como sejam: um Magazine temático aos dias úteis; um programa diário aos dias úteis, “late-prime time”; um Talk-show, “late-prime time”, os dias úteis; um Talk-show, semanal, sobre desporto, e ainda toda a informação desportiva diária com a duração de 15 minutos.

193. Para a realização *de todas as* tarefas mencionadas no ponto anterior, a ZON II propõe, como já referido, um corpo editorial constituído por apenas seis jornalistas – um director e cinco editores (Cap. I, p. 2-6). Na Proposta Fundamentada, e também agora, o Conselho Regulador considera que, neste plano, é indiscutível um défice manifesto.

194. Na audiência de interessados, porém, a concorrente considera, em primeiro lugar, que as observações expendidas na Proposta Fundamentada resultam de “não haver uma compreensão total por parte da ERC do modelo apresentado”, vindo agora esclarecer os seguintes aspectos: a) A quase totalidade da programação da proposta da ZON II irá ser efectuada por contratação externa; b) A qualidade e independência da sua linha editorial serão mantidas por uma equipa de seis elementos que constituirão a Direcção de Informação; c) A Direcção de Informação terá como responsabilidades diárias a orientação e a supervisão da informação, o alinhamento dos boletins informativos gerais e de desporto e a contratação e supervisão de uma média de duas reportagens diárias inéditas e a escolha de personalidades convidadas a comentar a

actualidade; d) A Direcção de Informação assegurará as tarefas de encomenda e supervisão da produção dos restantes programas de informação.

195. Confrontando as informações constantes dos esclarecimentos acima reproduzidos com as da proposta da concorrente, designadamente, nos capítulos relativos à política de recursos humanos e à descrição detalhada da oferta televisiva (Proposta ZON II, Cap. I – Identificação da Concorrente, págs. 5 e 6; Cap. II – Descrição detalhada da oferta televisiva, págs. 25 e 26), verifica-se que existem algumas diferenças, aparentemente ténues, mas que ganham relevância acrescida para a matéria que se encontra em análise.

196. Destaca-se, em particular, o facto de, na descrição das funções dos editores que constituem o pequeno corpo editorial, constar, *além da coordenação dos programas informativos*, o comentário de notícias das respectivas áreas de responsabilidade e a realização de reportagens sobre as temáticas da sua especialidade, tal como observado nos pontos 110, 111 e 112 da Proposta Fundamentada.

197. Essas funções atribuídas, no projecto da ZON II, ao pequeno corpo editorial são, aliás, reafirmadas na descrição do modelo de produção de informação apresentada na proposta, onde se explica que “[a]s notícias mais importantes podem ser pontualmente comentadas por profissionais do canal ou convidados próprios”. E bem assim se reconhece como elemento de diferenciação a “inclusão de uma média de duas reportagens inéditas por dia, elaboradas pelo pequeno corpo redactorial do canal” (Proposta ZON II – Descrição detalhada da oferta televisiva, págs. 25 e 26).

198. No entanto, na Pronúncia, a concorrente não faz referência a essas funções do corpo editorial que, é bom notá-lo, *constam da sua proposta*, alegando que todas as tarefas referidas nos pontos 110 a 117 da Proposta Fundamentada, referentes à apreciação da suficiência dos meios humanos considerados para a área de informação, “não serão realizadas pelo corpo editorial de seis jornalistas” (Pronúncia ZON II, p. 30).

199. Adiante, mais refere a concorrente que as duas peças inéditas de reportagem, afinal, não vão ser elaboradas pelo “pequeno corpo redactorial”, como afirmado na sua proposta, uma vez que o “corpo editorial do canal”, constituído pelo Director e pelos cinco Editores (...) não estarão envolvidos na produção de facto, *in loco*, das duas reportagens por dia mas tão só na sua concepção, contratação e controlo.” Afirma-se, ainda, uma clara distinção entre o “corpo editorial do canal” e um “*corpo redactorial*”, o qual “será constituído por jornalistas postos à disposição do canal pelo fornecedor de informação (em exclusivo) conforme ficará previsto em contrato” (Pronúncia ZON II).

200. Estes “esclarecimentos” *comportam elementos novos*, que têm como nota comum uma limitação da actividade dos meios humanos afectos à área de informação, cingindo-a (agora) ao desempenho de funções de supervisão, coordenação e controlo da produção de conteúdos informativos, limitação que não quadra com o exposto na proposta apresentada.

201. Posto isto, os esclarecimentos apresentados pela concorrente relativamente aos pontos 118, 121, bem como sobre os pontos 110 a 117 da Proposta Fundamentada, terão de ser considerados improcedentes, sob pena de violação evidente do princípio da intangibilidade ou da imutabilidade das propostas.

202. Argumenta, por outro lado, a concorrente que, “atendendo à conjuntura económica actual, assiste-se, um pouco por todo o mundo, a uma racionalização dos serviços de notícias de televisão e, inclusivamente a despedimentos, como sucedeu recentemente no Reino Unido com o fecho de delegações regionais da ITV e despedimentos no SKY News.”

203. Ora, a questão em crise na Proposta Fundamentada não se prende, como já aclarado, com as características do projecto mas sim na ausência de demonstração da suficiência dos meios técnicos e humanos face ao projecto televisivo apresentado. Em

particular, no respeitante à área da informação, demonstrar que uma equipa constituída apenas por seis elementos pode assegurar o projecto apresentado. Porém, como a concorrente reconhece, esse contingente só poderá ser suficiente com o recurso a contratação externa das tarefas de produção de conteúdos. Aliás, note-se, a concorrente apresenta alguns exemplos estrangeiros de operadores de televisão que recorrem, abundante ou mesmo exclusivamente, à contratação de produção externa. Mas será, porventura, significativo que em nenhum momento a concorrente, como forma de reforçar a sua posição, apresente dados sobre os recursos humanos que aqueles projectos envolvem.

204. Sucede, no entanto, que também neste caso na proposta apresentada nada mais consta que permita atestar a suficiência dos meios humanos para além da intenção de suprir essa limitação através de contratação externa. Fica-se, porém, sem saber quais os meios humanos suficientes para o funcionamento dos serviços informativos propostos. E em parte alguma se caracteriza a estrutura organizacional mínima a exigir ao prestador de serviços, bem como os respectivos circuitos de responsabilização editorial na informação diária, dado tratar-se de conteúdos que, pela sua imprevisibilidade e carácter de urgência, não são compagináveis com a ausência de uma orientação directa e permanente.

205. Trata-se, portanto, de uma omissão incontornável, que não permite, mesmo com dúvida razoável, aferir se a extensão dos recursos a contratar externamente cumpre patamares, mínimos que sejam, de suficiência.

206. A aceitar-se tal explicação, qualquer contingente, por mais reduzido que fosse, desde que se considerasse a hipótese de adjudicar externamente a produção de conteúdos, revelar-se-ia suficiente, dispensando a demonstração (real e não hipotética) da suficiência de meios humanos para a concretização de determinado projecto.

207. Acrescente-se ainda que, reconhecendo a concorrente a apetência das audiências televisivas por informação, apesar dos custos elevados que implica, essa apetência não se reflecte nos meios humanos previstos para esse género da programação.

208. A concorrente sustenta, depois, que, “comparando a documentação apresentada pela Telecinco e a apresentada pela ZON II, relativamente aos recursos humanos, não é compreensível como é que se considerou na Proposta Fundamentada que a documentação da Telecinco demonstra “suficiência e qualidade dos meios humanos e técnicos a afectar ao projecto” e que a documentação da ZON II não revela o preenchimento deste requisito”, uma vez que aquela também não apresenta uma descrição funcional das diferentes áreas de actividade (Pronúncia ZON II, p. 9).

209. Em segundo lugar, a concorrente não aceita a imputação da Proposta Fundamentada, alegando que essa exigência relativamente a uma descrição funcional nas áreas não consta dos documentos do concurso. Aduz-se, em segundo lugar, que, num pedido de esclarecimentos remetido à ERC, onde se questionava sobre se seria “suficiente a apresentação dos perfis pretendidos para ocupar as posições referidas”, foi afirmado que bastaria “a apresentação, em moldes suficientemente claros e precisos, dos perfis pretendidos para os responsáveis pelos principais cargos de direcção”, de forma a satisfazer “o requisito relativo à descrição da sua qualificação profissional.”

210. Prossegue, afirmando, face aos normativos do concurso e ao esclarecimento prestado, que os únicos requisitos fixados são: a) descrição dos meios humanos afectos ao projecto; b) indicação dos postos de trabalho envolvidos; c) apresentação dos perfis pretendidos para os responsáveis pelos principais cargos de direcção.

211. Reitera, por fim, que “não pode ser imputada à ZON II uma alegada omissão de ‘descrição funcional de cada uma das áreas’ sob pena de, além do mais, ser violado o referido princípio da estabilidade do concurso ou das regras concursais, bem como o

princípio pró concorrente e pró concurso, doutamente invocado na Proposta Fundamentada e em diversas declarações de voto” (Pronúncia ZON II, pág. 12).

212. Importa, antes de mais, contextualizar devidamente os termos do referido pedido de esclarecimentos, bem como da resposta então dada pela ERC. No seu pedido,, com data de 29 de Dezembro de 2008, a ZON II solicitava o esclarecimento nos seguintes termos:

“20. O documento referido na alínea j) do ponto 1 sobre a suficiência e qualidade dos recursos humanos e técnicos a afectar refere a necessidade de *descrição da qualificação profissional dos responsáveis pelos principais cargos de direcção*. Em resposta a este requisito e tendo em conta que a contratação destes elementos não estará definida à data da apresentação da candidatura, *será suficiente a apresentação dos perfis pretendidos para ocupar as posições referidas?*” (Carta ZON II; itálico acrescentado no texto)

213. Em resposta a esta questão, esclareceu a ERC:

“... [e]ntende-se que a apresentação, em moldes suficientemente claros e precisos, dos perfis pretendidos para os responsáveis pelos principais cargos de direcção, satisfará o requisito relativo à *descrição da sua qualificação profissional*” (itálico acrescentado no texto).

214. Na sua pronúncia, a ZON II contesta o que lhe parece ter sido posição expressa na Proposta Fundamentada, defendendo que a descrição funcional de cada uma das áreas não consta de obrigação inscrita no caderno de Encargos.

Na realidade, assim é. Contudo, o que o Conselho Regulador pretendeu afirmar (e, se dúvida ficou, aqui se esclarece) não foi a lacuna de uma *descrição funcional* (em sentido formal) ou, como destacado, de *outro tipo de detalhe*; mas sim, apenas e só,

uma explicitação mais pormenorizada (e, por conseguinte, demonstrada) da relação do processo operacional *versus* recursos afectos.

215. Faz-se, aliás, notar que a apreciação relativa à suficiência dos recursos humanos e técnicos, que determinou a proposta de exclusão, não assenta, de nenhum modo, nessa omissão – mas sim na verificação da não demonstração da suficiência dos meios humanos e técnicos face ao projecto apresentado. Essa conclusão resulta do cotejo entre a descrição das principais funções e perfis dos responsáveis afectos às diferentes tarefas e os meios humanos propostos, não tendo sido demonstrado pela concorrente que a exploração operacional do seu projecto pode ser garantida com o número de profissionais por si afecto a áreas essenciais à criação e manutenção de um serviço de programas FTA.

216. Ora, como facilmente se pode verificar, tanto o pedido de esclarecimento como a respectiva resposta referem-se, apenas, à “descrição da qualificação profissional dos responsáveis pelos principais cargos de direcção”, não se podendo atribuir à resposta da ERC o alcance que a concorrente pretende agora atribuir-lhe.

217. Assim, a resposta a esse pedido de esclarecimentos não pode ser confundida com a mencionada descrição funcional das áreas que na Proposta Fundamentada se entendeu necessária para apreciação da suficiência dos meios humanos e técnicos, ainda que não exigida no caderno de encargos. Não se trata, pois, de alterar as regras do concurso mas de um elemento que se tornaria importante para a apreciação dos aspectos em causa.

218. Por outro lado, no domínio da Direcção de Engenharia e Operações, há duas áreas distintas e marcantes em qualquer estação de televisão com a dimensão tecnológica que um projecto generalista FTA de cobertura nacional exige: a área de engenharia e manutenção e a área técnico-operacional. Esta última destina-se, como é sabido, a assegurar todas as operações de suporte à produção dos conteúdos, produção de emissão e arquivos.

219. No projecto, como atrás se refere, estão afectos à área técnico-operacional 11 (onze) profissionais, que constituem os Departamentos de Arquivo e *Ingest* (seis colaboradores) e Centro de Difusão e Aquisição de Conteúdos (cinco colaboradores).

220. Porém, mesmo tomando em consideração que o projecto se socorre de equipamento multi-área e multi-funções com elevado grau de automação (como, facilmente, se depreende do plano técnico), e, em especial, da operacionalidade do *Business Management System* (BMS) e de sistemas técnico-operacionais complexos (salas de edição e pós-produção áudio, central técnica, etc.), referidos nos Capítulos 6, 7, 8, 9 e 10 do plano Técnico submetido pela ZON II, *não é concebível, numa avaliação ponderada, que a exploração operacional se possa garantir apenas com onze profissionais, ainda que altamente qualificados e polivalentes.*

221. A concorrente discorda do acima sustentado (que já constava do ponto 127 da Proposta Fundamentada), invocando o seguinte:

- a) Em primeiro lugar, a inovação do sistema tecnológico em que se baseiam as operações do canal;
- b) Em segundo lugar, o facto de a proposta a concurso não consubstanciar um projecto tradicional (evocando, a propósito, a concordância do parecer do INESC);
- c) Em terceiro lugar, a previsão, no plano técnico, da criação das condições técnicas e operacionais para garantir a execução de todas as operações necessárias, baseando-se em soluções tecnológicas adequadas às exigências do sector;
- d) Em quarto lugar, a alegação de que as tecnologias devem acrescentar valor e criar condições para desenvolver novos procedimentos, como sucede, por exemplo, com a circulação de conteúdos em rede utilizando servidores de vídeo;
- e) E, por último, a defesa de que o projecto visa tirar partido do modelo de gestão de conteúdos, optimizando os recursos humanos e libertando-os das tarefas repetitivas, agora automatizadas.

222. Posto isto, e pelas razões acima transcritas, conclui a concorrente que o número de meios humanos será *mais reduzido do que o necessário aos modelos de gestão tradicionais*, em particular porque pressupõe que *todas as operações de produção, incluindo a informação*, sejam asseguradas por fornecedores externos. Assim, esclarece que a construção dos alinhamentos da emissão do canal será realizada em versões semanais, revistas 48 horas antes da emissão e também no próprio dia, visando a incorporação de alterações de última hora, sendo estas tarefas da responsabilidade do Planeamento.

223. Ora, na Pronúncia da concorrente, as funções de planeamento são atribuídas à Direcção de Programas e à Direcção de Engenharia e Operações, não estando contemplado no organigrama do canal a existência de uma área de Planeamento, para a qual se remete agora essa responsabilidade e que volta a ser referida noutros pontos da audiência prévia de interessados, e que não pode ser confundida com a existência de uma área de “Planeamento e Controlo Financeiro”, *à qual apenas estão adstritas funções da área financeira e não funções operacionais de continuidade*.

224. A concorrente enuncia, em acrescento, os períodos horários, a duração dos designados “directos de informação” (blocos informativos diários da tarde e horário nobre, perfazendo uma média semanal de 12 horas e 15 minutos de emissão), bem como o que designa por “passatempos interactivos”, que preencherão o *late night* ou a madrugada (perfazendo 16 horas de emissão semanais).

225. Refere, por outro lado, que o seu Centro de Difusão e Agregação de Conteúdos, apoiado em sistemas de gestão e automação, garante a componente de continuidade da emissão *sem necessidade de intervenção pessoal*, nomeadamente, por prever:

- a) A abertura de janelas para as referidas intervenções em directo (eventos especiais);

- b) A agregação ao alinhamento de situações de última hora;
- c) A resolução de avarias e situações anómalas, excepcionais, que exijam controlo manual do sistema;
- d) A inserção eventual de legendas e acertos de emissão.

226. Na sua Pronúncia mais se assegura que, ainda assim, a dotação de recursos humanos garantirá a presença constante de dois operadores durante o período de emissão dos “directos de informação”, para transferência do controlo manual para o de automação; de um operador nos restantes períodos de rotina; e de um técnico de manutenção, quatro dias por semana e no período entre as 00h00 e as 06h30m.

227. Aponta, igualmente, que os períodos de férias serão gozados ao longo do ano, embora concentrados nos meses de Verão. Porém, segundo a própria, estará previsto que os operadores *não gozem férias em simultâneo*, assegurando sempre a presença de, pelo menos, dois operadores e um técnico de manutenção durante aqueles “quatro meses”. Prevê, ainda, para o restante período, a necessidade de contratar apenas um operador ou técnico de manutenção.

228. A contratação destes profissionais, que lhe permitiria garantir a presença de pelo menos dois operadores e um técnico de manutenção nos períodos referidos *supra*, surge *enunciada apenas em sede de audiência prévia*, não a tendo a concorrente referido em qualquer ponto da sua proposta, da qual também não consta qualquer informação relativa aos referidos vínculos contratuais ou à sua periodicidade, pelo que se trata de elementos inovadores, que, por essa razão, não poderiam ter sido tomados em linha de conta na Proposta Fundamentada, nem o podendo ser agora para efeitos de decisão final.

229. Como já afirmado na Proposta Fundamentada – e que agora se reitera – para a verificação da insuficiência dos meios humanos afectos à execução do projecto, é suficiente uma leitura atenta e pormenorizada das operações e estrutura técnica previstas

no Plano Técnico (nomeadamente, as *work-stations* ali previstas), por ausência na proposta de candidatura da descrição funcional das diferentes áreas com meios humanos que lhe são dedicados. Como mero exemplo, na proposta fica totalmente indemonstrado como poderão ser garantidos com apenas cinco elementos (incluindo folgas e férias) os objectivos operacionais da continuidade (cfr., para o efeito, Plano Técnico, p. 86) – vinte e quatro horas por dia nos sete dias da semana, para cobrir, no mínimo, três períodos de trabalho diário com as exigências de redundância que a actividade de continuidade exige.

230. Ou seja, não é pensável, ou pelo menos realista, por exemplo, que a continuidade ou emissão de uma estação de televisão generalista de cobertura nacional, em cada período horário, seja confiada apenas a uma pessoa. E mesmo que assim fosse, o trabalho que envolve toda a operação de preparação da continuidade não se compadecia com tão escassos recursos. Note-se que as operações de continuidade, em qualquer estação de televisão, são de elevada responsabilidade e complexidade. A operação da régie de continuidade requer recursos para conseguir realizar o *scheduling* da programação ao *frame*, adaptar *promos*, inserir segmentos e acertar entradas e saídas de directos de duração variável para encher os espaços disponíveis e acertar os horários de início dos programas, grande parte das vezes, com a emissão a decorrer.

231. O Conselho reitera que, relativamente à Proposta da ZON II, não está, nem esteve na Proposta Fundamentada, em causa a qualidade do Plano Técnico por si apresentado (aliás, conforme o que sobre este foi afirmado no parecer INESC, e agora reafirmado no parecer do consultor de média a que ERC recorreu). Contudo, a automação do sistema de emissão, por mais eficaz que possa ser, não resolve, por si, as rotinas de uma emissão generalista, atento o seu elevado grau de imprevisibilidade, que implicam uma gestão permanente dos tempos de emissão – conforme, aliás, resulta da leitura e sentido dos pareceres acima referidos.

232. E ainda caberá destacar que, na sua pronúncia, a ZON II confirma a escassez dos recursos afectos à continuidade, introduzindo um *dado novo* na cobertura horária da operação de continuidade, através da deslocação de um elemento da manutenção para aquele sector. Ainda que esta novidade pudesse admitir-se (e não pode, porque não constante do projecto inicialmente apresentado), estar-se-ia, ainda assim, perante uma hipótese manifestamente irrealista, em que a manutenção e continuidade seriam confiadas a *uma única pessoa* entre as 23h30 e as 07h30.

233. Também relativamente ao exposto no ponto 130 da Proposta Fundamentada, onde se observa que não é “minimamente razoável” apresentar uma dotação de 6 pessoas para operar os sistemas de Arquivo e *Ingest*, sete dias da semana, ainda que considerando apenas 3 períodos horários de emissão, a concorrente contesta este juízo, considerando que as operações indicadas se podem processar em 2 períodos de trabalho diários entre as 8h e as 24h, isto, pelas seguintes razões:

- a) A quase totalidade dos programas é recebida por intermediação electrónica, libertando recursos humanos para catalogação, indexação, registo e criação de metadata;
- b) Aquelas funções deverão, até 48h antes da emissão e baseando-se no alinhamento criado pela Direcção de Programas, garantir através do arquivo *online* as operações de transferência para os servidores de emissão.

234. Reconhece, porém, a concorrente que, em caso de programas perdidos e não encontrados pelo sistema de gestão, terá de proceder à pesquisa de modo manual. Admite, ainda, que estes profissionais terão também a seu cargo a gestão dos programas de última hora, *clips* de publicidade e deverão ainda assegurar a gestão dos sistemas de ACMS e AMS.

235. Para a execução deste conjunto muito alargado de tarefas, a concorrente apresenta um quadro onde descreve o escalonamento do trabalho dos técnicos de

arquivo, baseado nos moldes antes descritos – funcionários em regime de IHT, com folgas de 2 dias por semana, em dias alternados, sendo que apenas um usufrui de fins-de-semana. Alerta ainda, quanto ao referido no ponto 130 da Proposta Fundamentada, para dois aspectos fundamentais que, a seu ver, reduzem a quantidade de recursos necessários no modelo ZON II quando comparado com um serviço de programas tradicional: a) a infra-estrutura prevê o *Ingest* por via electrónica de alguns conteúdos; b) a tipologia de programação não obriga à existência de 3 períodos horários de operação nestas áreas.

236. A concorrente reitera os benefícios resultantes das sinergias que possa rentabilizar com a ZON Conteúdos, designadamente, a experiência de equipas dedicadas, permitindo cobrir as situações excepcionais que ocorram ou durante os períodos de férias.

237. Sucede que estes argumentos, incluindo o escalonamento dos turnos das 6 pessoas responsáveis pelos sistemas de Arquivo e *Ingest*, não constam da proposta apresentada a concurso. Mas, verdadeiramente, nem esse aspecto é decisivo. No que mais importa, e ainda que assim não fosse (isto é, mesmo que não houvesse *inovação* relativamente à proposta), a verdade é que estes “esclarecimentos” não alteram, na substância, o juízo de insuficiência que constava da Proposta Fundamentada.

238. É certo que, como aduzido de forma pertinente pela ZON II, a actividade de um Arquivo não se resume à operação dos equipamentos. Porém, tal como é ali referido, também inclui o trabalho de um conjunto de especialistas diversificados, quer em áreas relacionadas com a operação *per si*, quer no domínio das técnicas arquivísticas e da criação de metadados. Ora, o detalhe horário apresentado *cinge-se, apenas, ao trabalho de operação* – e não ao necessário “back-office” que deverá existir, tanto nesta área como em todas as outras que envolvam o recurso a sistemas informáticos de apoio e execução de operações.

239. E mais se pode acrescentar. Na verdade, a análise da suficiência dos recursos humanos não incide, apenas, nos serviços relacionados com a emissão. Realmente, um dos departamentos mais exigentes (e especializados) para o bom funcionamento de qualquer estação de televisão é o comumente designado planeamento, distinto do planeamento e controlo financeiro, como referido *supra*.

240. Sem uma estrutura funcional de Planeamento de operações – ou equivalente – com responsabilidades transversais na actividade diária e a médio prazo da estação, o Conselho Regulador ajuíza não ser realista a pretensão de assegurar uma coordenação operacional interna e externa entre os diferentes agentes ou decisores que intervêm nas áreas da produção de continuidade e de conteúdos. Os sistemas informáticos de gestão (BMS, este referido na proposta, ou outros) são, nesta perspectiva, apenas instrumentais, necessitando, obviamente, de uma operação dedicada e especializada. Ora, tanto quanto o Conselho Regulador pôde aperceber-se pela análise efectuada, no projecto da ZON II não estão previstos quaisquer recursos humanos afectos a tal tarefa, pese embora o alegado pela concorrente na audiência de interessados.

241. Na verdade, se o planeamento pode parecer mais simples, por não ter que se contemplar a gestão de recursos de produção (câmaras, estúdios, carros de exteriores, comunicações, tarefeiros, criativos, actores, etc.), tem, porém, que assumir a função de gestão das encomendas aos subcontratados e prever soluções para as emergências que sucedem sempre que existem atrasos ou modificações de última hora, nem que seja na duração dos programas.

242. Anote-se que a concorrente reconhece, em sede de audiência de interessados, que esta é, de facto, uma função exigente e especializada, essencial para o bom funcionamento de qualquer estação de televisão. Afirma, porém, que existem meios humanos afectos às funções de planeamento, nomeadamente, mediante a definição da descrição funcional das tarefas a desempenhar pelo Director de Programas, a par da infra-estrutura centrada no Arquivo Digital – o que permitirá minimizar os meios

humanos necessários para a correcção de falhas ou atrasos, em comparação com as áreas de planeamento de canais de televisão tradicionais.

243. Aliás, defende-se na Pronúncia, as tarefas de planeamento encontram-se previstas na proposta, mais precisamente na pág. 4 do Capítulo I, relativo à descrição da política de recursos humanos, onde se definem as funções do Director de Programas, o qual conta, para esse fim, com uma equipa constituída por cinco elementos.

244. Mais procurando demonstrar, a concorrente apresenta um quadro relativo ao escalonamento do trabalho dos técnicos alocados às tarefas de planeamento.

245. Sucede porém que *as operações de planeamento de emissão não constam da descrição das funções do Director de Programas, nos termos em que estas são apresentadas na proposta da concorrente*, precisamente, na pág. 4 do capítulo relativo à Política de Recursos Humanos.

246. Mesmo que assim não fosse, ainda se poderia acrescentar o seguinte. Se se acompanhasse (o que não se faz, como visto) a alegação da ZON II de que “estas funções são asseguradas, conforme referido na página 4 da proposta, pelo Director de Programas (e, portanto, a Direcção de Programas), conforme se depreende facilmente da leitura da descrição funcional referente a este Director”, ainda assim haveria que chamar a atenção para um ponto decisivo, relacionado, também ele, com *as funções atribuídas ao Director de Programas*.

247. É que, nestas (tal como desenhadas pela ZON II), não é possível considerar estarem previstas funções de planeamento, quer no sentido tradicional da função, quer no plano técnico-operacional, tanto mais fundamental quanto o que está em análise é uma candidatura a um serviço de programas generalista.

248. Por outro lado, ao atribuir essas funções à Direcção de Programas e considerando o ensaio de aproximação a uma tipologia de horários para o planeamento inscrito na resposta à audiência de interessados, isso significaria que os recursos humanos previstos para aquela Direcção seriam ainda menores que os indicados, *com natural e irreversível prejuízo para a prossecução das tarefas previstas no projecto.*

249. E junta-se ao acima exposto a circunstância de ser patentemente redutor centrar essa função *apenas na emissão*. O planeamento de operações num serviço de programas é, *objectivamente*, transversal a todos os intervenientes da cadeia produtiva, sendo uma das suas atribuições – se não, mesmo, a principal – a de proceder a uma adequação constante e evolutiva entre meios humanos e meios técnicos disponíveis. Embora seja inquestionável que o recurso às ferramentas informáticas reduz, de modo substancial, os meios humanos (embora se lhes exija mais qualificação do que no sistema tradicional de operação), o certo é que, no caso concreto, não se detectam, quer no organigrama, quer na dotação de pessoal, funções de planeamento, no sentido agora descrito. E a sua necessidade é tão ou mais flagrante quanto o Projecto Técnico descreve, em pormenor, os circuitos de contribuição do canal, particularmente os internos, onde estão previstos, entre outros, a edição de programas, pós-produção e a utilização de salas “voice-overs” que, associados aos contributos externos e aos recursos humanos a afectar àquelas operações, implicam um planeamento prévio rigoroso.

250. Esclareça-se, finalmente, que a proposta é também omissa quanto ao facto de cinco dos dez elementos que constituem a equipa da Direcção de Programas se encontrarem alocados ao conjunto de tarefas de um suposto “órgão de Planeamento”, cuja existência é mencionada, apenas, em sede de audiência prévia – e não na Proposta.

251. Trata-se, portanto, em síntese, de dados inovadores, que não poderiam ser conhecidos pelo Conselho Regulador para a apreciação da suficiência dos meios técnicos e humanos da concorrente na Proposta Fundamentada, e que também agora não

poderão ser tidos em consideração para efeitos de decisão final, uma vez que não se encontram expressos na proposta apresentada pela ZON II.

252. A concorrente considera, finalmente, ter demonstrado que os meios humanos afectos à execução do projecto atingem não só os “patamares mínimos” para preencher o requisito de admissão ao concurso em apreço, como os superam.

253. O Conselho Regulador entende que, à excepção das alegações da concorrente relativamente à exigência de uma descrição funcional de cada uma das áreas do serviço de programas (aliás, esclarecidas *supra*), as questões substantivas que conduziram à proposta de exclusão não se encontram ultrapassadas pelos esclarecimentos aduzidos em sede de audiência prévia, os quais ou são insuficientes para suprir os aspectos críticos do projecto ou comportam, em muitas das situações identificadas, elementos inovadores face aos que constam da proposta apresentada a concurso.

Pelo que, e relativamente à suficiência dos meios humanos afectos ao projecto, o Conselho Regulador entende que, manifestamente, a proposta da ZON II não atinge patamares que permitam, nesta vertente e com um mínimo de razoabilidade, dar por preenchido o requisito de admissão a Concurso ora em análise.

II

B. Conclusões

Tudo visto, nos termos e com base nos fundamentos atrás expostos, o Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento do Concurso, delibera:

1. Excluir a candidatura apresentada pela Telecinco, S.A., por não reunir os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso;
2. Excluir a candidatura apresentada pela ZON II – Serviços de Televisão, S.A. (sociedade a constituir), por não reunir os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso;
3. Nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 11.º do Regulamento do Concurso, deverá proceder-se à notificação das concorrentes do conteúdo desta decisão final de exclusão das candidaturas acima identificadas.

Lisboa, 23 de Março de 2009

O Conselho Regulador,

José Alberto de Azeredo Lopes (com declaração de voto)
Elísio Cabral de Oliveira
Luís Gonçalves da Silva (voto contra, com declaração de voto)
Maria Estrela Serrano
Rui Assis Ferreira (voto contra, com declaração de voto)