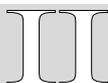


REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA



JORNAL OFICIAL

Terça-feira, 13 de maio de 2014



Série

Número 86

Sumário

TRIBUNAL DE CONTAS - SECÇÃO REGIONAL DA MADEIRA DO
TRIBUNAL DE CONTAS

Despacho n.º 83/2014

Processo de auditoria n.º 12/2011-Aud./FS, relatório n.º 14/2012-FS/SRMTC.

**TRIBUNAL DE CONTAS - SECCÃO REGIONAL DA
MADEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS****Despacho n.º 83/2014**

Processo de auditoria n.º 12/2011-Aud./FS, relatório n.º 14/2012-FS/SRMTC

No Programa Anual de Fiscalização da SRMTC para o ano de 2011, aprovado pelo Plenário Geral do Tribunal de Contas, na sua sessão de 15 de dezembro de 2010, através da Resolução n.º 3/2010 – PG¹, foi prevista a realização da “*Auditoria à concessão, exploração, conservação e manutenção dos lanços de estradas regionais atribuídos à VIAMADEIRA, S.A.*”, que visa analisar a legalidade, regularidade e correção financeira do contrato de concessão, celebrado entre Região Autónoma da Madeira (RAM) e a VIAMADEIRA, S.A., em 29 de dezembro de 2008.

Em concreto, pretendeu-se:

1. Analisar a legalidade do referido contrato à luz do DL n.º 86/2003, de 26/04, na redação dada pelo DL n.º 141/2006, de 27/07, do DL n.º 59/99, de 2/03, do Código dos Contratos Públicos (CCP) e da Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado (LEOE) na parte respeitante à plurianualidade dos investimentos;
2. A quantificação das responsabilidades assumidas pela RAM e das contrapartidas por ela obtidas.

Nessa sequência foram definidos os seguintes objetivos operacionais:

- a) Estudar o regime jurídico e económico-financeiro da(s) entidade(s) interveniente(s);
- b) Analisar a concessão de serviço público à VIAMADEIRA, S.A.;
- c) Apurar os encargos associados ao processo de concessão de serviço público.

Os resultados alcançados no âmbito da auditoria suscitaram as observações expressas no Relatório n.º 14/2012-FS/SRMTC que a seguir se expõem, encontrando-se cada uma delas desenvolvida ao longo do relatório:

1. A VIAMADEIRA, S.A. foi criada pelo DLR n.º 36/2008/M, de 14 de agosto, que lhe atribuiu a concessão de serviço público de exploração, conservação e manutenção de diversos troços de estradas regionais, em regime de exclusivo, sem cobrança direta aos utilizadores (SCUT) e aprovou as bases da concessão (cfr. o ponto 3.4.1.).
2. A criação da VIAMADEIRA, S.A. e que concretizou, de forma imperativa, a opção pela execução das vias rodoviárias concessionadas através de uma Parceria Público Privada (PPP), não observou o disposto nos art.ºs 6.º, 9.º e 11.º do Regime Jurídico das Parcerias Público Privadas que exigia uma avaliação prévia das vantagens comparativas da PPP relativamente às alternativas para alcançar os mesmos fins (cfr. o ponto 3.4.1.).
3. O Conselho do Governo Regional (CGR) autorizou a celebração de um Contrato de Concessão que atribuíra, entre outras, a responsabilidade pela obtenção do financiamento para os contratos de empreitada de construção das vias concessionadas estimado em, pelo menos, 751,5 milhões de euros, a uma concessionária de capitais maioritariamente privados, detida por empreiteiros a quem foi adjudicada a construção de troços objeto da concessão, sem que houvesse financiamento assegurado para a construção dos lanços viários em causa (cfr. o ponto 3.4.1. do relatório).
4. O contrato de concessão, celebrado em 29/12/2008, não só não foi submetido, como devia, à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, como também não observava a norma legal do art.º 413.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), segundo o qual o contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário [cfr. ainda a al. b) do art.º 7.º do DL n.º 86/2003] (cfr. o ponto 3.4.2. do relatório).
5. No referido contrato, a concessionária assumiu-se como a única responsável pela obtenção do financiamento, mas ficou acordado, como causa de caducidade (cfr. a cláusula 50.ª), a não obtenção, até 30/06/2009, do fecho da operação de financiamento (cláusula 18.2) da concessão. Dessa forma, o Conselho do Governo Regional ao aceitar o estipulado na citada cláusula 50.ª do CC (cfr. a Resolução n.º 1559/2008, de 18 de dezembro), onerou imprudentemente e ilegalmente o seu orçamento, assumindo a totalidade dos riscos da não obtenção do financiamento da PPP, sem ter acautelado a observância do art.º 18.º, n.º 3 da Lei n.º 28/92 (cfr. o ponto 3.4.2. do relatório).

¹ Publicada no D.R., II Série, de 23 de dezembro de 2010.

6. O CGR, através da Resolução n.º 954/2011, de 30 de junho, deu por findo o processo tendente ao fecho da operação de financiamento da concessão (que se arrastou de 2008 até 2011), assumindo, em consequência, retroativa e automaticamente, a posição da concessionária nas cessões de posições contratuais nos contratos de empreitada outorgados, extinguindo-se as relações contratuais existentes entre as partes.

Tal situação operou a transferência para a RAM de encargos com as empreitadas de construção das vias concessionadas que, em 30 de novembro de 2011, remontavam a 293,3 milhões de euros, dos quais 39,8 milhões de euros respeitantes a juros de mora. (cfr. o ponto 3.4.3.2. do relatório).

Desses, 286 641 803,41€ (valor apurado a 30 de novembro de 2011), não foram orçamentados o que constitui uma violação do princípio da tipicidade quantitativa que preside à execução do orçamento das despesas, em violação do n.º 1 do art.º 106.º da CRP² e do art.º 18.º da Lei n.º 28/92 (cfr. o ponto 3.4.3).

7. A análise aos serviços de assessoria jurídica e financeira contratados pela ex-SRES para apoiar a PPP evidenciou (cfr. o ponto 3.4.3.4. do relatório) que:
- Foram contratados serviços financeiros ao BANIF, pelo preço de 199 000,00€, por ajuste direto sem consulta sem que tivesse sido adequadamente fundamentada a dispensa do procedimento concursal legalmente exigível em função do valor do fornecimento;
 - O contrato celebrado com o Professor Dr. Miguel Catela não previa a apresentação periódica de documentos síntese dos serviços prestados que permitam documentar de forma adequada a faturação apresentada e a efetividade da contraprestação.

INFRAÇÕES FINANCEIRAS

Os factos anteriormente descritos e sintetizados nos itens 2, 4, 5 e 6 e na al. a) do item 7 preenchem indiciariamente ilícitos geradores de responsabilidade financeira sancionatória, resultantes da inobservância de normas sobre a assunção, autorização e pagamento de compromissos - art.º 65.º, n.º 1, al. b) e h), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

Os responsáveis incursos nestas indiciadas infrações são:

- Ex-Secretário Regional do Equipamento Social (Luís Manuel dos Santos Costa).
- Membros do Concelho do Governo Regional que aprovaram o Contrato de Concessão (CC) através da Resolução n.º 1559/2008, de 18/12/2008, e que se identificam no Anexo VIII do relatório
- Membros presentes da Reunião do Conselho de Governo Regional que deliberaram o termo do processo de fecho da operação financeira tendente ao financiamento da Concessão através da Resolução n.º 954/2011, e que se identificam no Anexo VIII do relatório.
- Chefe do Gabinete do Secretário Regional do Equipamento Social, João Reis (ex vi do n.º 4 do art.º 61.º da LOPTC).

RECOMENDAÇÕES

No contexto da matéria exposta no relatório e resumida nas observações da auditoria, o Tribunal de Contas recomenda aos membros do Governo Regional e, em especial, ao membro do governo com a tutela das finanças que:

- Não obstante os condicionalismos que impedem, no médio prazo, ao desenvolvimento de novas PPP, diligenciem, antes de iniciar a contratualização de novas parcerias no sentido de adaptar o correlativo regime jurídico atualmente plasmado no DL n.º 111/2012 de 23 de Maio;
- Submetam os contratos de concessão de serviço público à fiscalização prévia do Tribunal de Contas conforme determina o n.º 1 do art.º 46.º da LOPTC.
- Devem ser escrupulosamente cumpridas as normas legais e regulamentares que disciplinam a execução do orçamento das despesas, nomeadamente no que respeita à sua cabimentação e à justificação da despesa quanto à sua economia, eficiência e eficácia.
- Deve ser dada estrita observância ao regime jurídico da contratação pública relativa à aquisição de bens e de serviços, ficando o recurso ao ajuste direto, independentemente do valor da despesa, reservado para as situações legalmente admitidas e desde que devidamente fundamentado.

² Neste artigo sobre elaboração do orçamento, consta que “*A Lei do Orçamento é elaborada, organizada, votada e executada, anualmente, de acordo com a respectiva lei de enquadramento, que incluirá o regime atinente à elaboração e execução dos orçamentos dos fundos e serviços autónomos.*”.

Aprovado o relatório, foi mesmo, com o correspondente processo de auditoria, enviado ao Ministério Público (MP) para os efeitos previstos nos art.º 57.º, n.º 1, 58.º, n.º 3, 89.º, n.º 1, al. a) e 90.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas - LOPTC.

Todavia, em 11 de Janeiro de 2013, o Ex.mo Magistrado do MP de então decidiu não requerer o procedimento jurisdicional contra os responsáveis acima identificados - governantes e chefe de gabinete.

Perante isto, vindo-lhe o processo concluso, quis o Tribunal saber onde poderia a auditoria ter falhado, a fim de não só tentar suprir possíveis lacunas e ajudar o MP a preparar o seu requerimento de julgamento, sendo caso disso, mas também para retirar, de eventuais erros, experiência e ensinamentos úteis para o futuro. Além de que, conforme consta do dito relatório, a matéria de facto indiciariamente apurada aponta fundada e indubitavelmente para infrações financeiras cometidas pelos responsáveis aí identificados.

Porém, revisitado e minuciosamente reanalisado por este Tribunal todo o processo e o despacho de abstenção do MP, verifica-se que o Ex.mo Magistrado, ao tempo em serviço nesta Secção Regional, se absteve de requerer julgamento sem ter em conta os factos apurados na auditoria e constantes do competente relatório, tão-pouco atentando na abundante e relevante prova documental coligida no processo de auditoria, além de que ainda havia prova testemunhal para produzir em audiência de julgamento.

Forçoso é, pois, concluir que não foi com base no exame da prova que resulta da auditoria que o Magistrado do MP se absteve de requerer procedimento jurisdicional. Não foi por os factos não estarem devidamente descritos e evidenciados, tanto nos seus elementos objetivos como subjetivos, ou por esses factos, tal como descritos no relatório, não consubstanciarem as infrações que foram apontadas.

Além disso desconsidera o Ex.mo Magistrado o disposto no n.º 6 do art.º 61.º da LOPTC, que impõe aos responsáveis financeiros a obrigação de demonstrarem que utilizaram os dinheiros e os valores públicos, sob o seu poder de disposição, como um cuidadoso e diligente gestor público e para os fins a que se destinavam. Desaplica o Exmo. Magistrado, sem qualquer justificação, o princípio geral segundo o qual, provado que tais dinheiros ou valores foram entregues aos responsáveis, estes é que devem justificar que nenhuma responsabilidade lhe pode ser assacada, seja por desaparecimento seja por aplicação para fins ilegais (neste sentido, além da doutrina³, o acórdão do Tribunal de Contas n.º 11/2012, de 2-7, Diário da República, 2.ª série, n.º 49, de 11-3-2013, p. 8964).

A referida abstenção do MP, de 11 de Janeiro de 2013, que impede o Tribunal de Contas de efetivar a indiciada responsabilidade financeira, viola os princípios constitucionais do Estado de direito democrático (art.º 3.º, n.º 2, da CRP), da igualdade perante a lei e a justiça (art.º 13.º da CRP), do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (art.º 20.º da CRP), da prossecução do interesse público ou bem comum, que a administração pública regional descurou, mas que a devia nortear sempre (art.º 266.º da CRP)⁴, e o princípio da defesa dos interesses do Estado pelo MP (art.ºs 219.º, n.º 1, da CRP, e 1.º do Estatuto do M.P.).

Existem nos autos fortes e abundantes indícios de infração financeira por pagamentos indevidos, nos termos do art.º 59.º, n.º 4, da LOPTC, de muito elevado montante, que justificam largamente a submissão a julgamento das correspondentes responsabilidades financeiras.

O que legitima e prestigia qualquer instituição do Estado é a eficiência, a eficácia e a utilidade do serviço que presta à comunidade e que justifica a sua existência. O Tribunal de Contas é eficiente e a sua atividade é cada vez mais necessária para garantir uma utilização racional e legal dos recursos financeiros públicos, mas qualquer abstenção infundada de requerer julgamento, como a do caso presente, prejudica-lhe a eficácia e dá azo a que se questione a própria utilidade desta instituição de controlo externo.

O Tribunal não pode obrigar o Ministério Público a requerer julgamento, em virtude da autonomia deste. Tão-pouco permite a lei que o Tribunal envie, ele próprio, o processo para julgamento, embora o devesse poder fazer para evitar ou contornar abstenções clamorosas como esta.

No entanto, a circunstância de o MP se abster de requerer o julgamento, não significa que não possa ainda vir a ser acionada a efetivação da responsabilidade postergada, pois aquele não é o único legitimado para o fazer.

³ «A prova de que os dinheiros ou valores públicos em causa foram bem geridos deve recair sobre o visado, tendo em conta as obrigações que emergem para todos os que se assumem como fiéis depositários de dinheiros ou valores como é o caso (art.º 61.º, n.º 6)» - Guilherme d'Oliveira Martins, «A Reforma dos Procedimentos Jurisdicionais dos Tribunais de Contas e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem a Experiência Portuguesa», *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 50, julho-dezembro de 2008, p. 33. No mesmo sentido, Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes, «O Julgamento da Responsabilidade Financeira no Tribunal de Contas», *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 4, n.º 2, pp. 162-163.

⁴ Neste sentido, Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, 2.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 167-173.

A Constituição da República Portuguesa (CRP), no seu art.º 52.º, n.º 3, confere a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular, nomeadamente, para persecução de judicial de infrações contra diversos interesses, inclusive contra os bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

A falta, na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, de normas processuais que assegurem a efetivação de direitos fundamentais, como o de ação popular, constitui uma inconstitucionalidade por omissão, geradora de responsabilidade civil extracontratual a cargo do legislador, ao abrigo do n.º 5 do art.º 15.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro⁵. Mas os cidadãos ou as associações de defesa podem recorrer à ação popular civil (Lei 83/95) ou à ação popular administrativa para fazerem cumprir o art.º 52.º, n.º 3, al. b), da CRP.

Com efeito, sendo certo que a cada direito corresponde uma ação, exercível em tempo útil, também segundo o princípio da instrumentalidade do direito processual em relação ao direito substantivo, ordinário e, por maioria de razão, constitucional, os cidadãos não podem ver os seus direitos coartados ou impedidos de efetivar por causa ou por falta de normas adjetivas que complementem e tornem exequíveis os comandos constitucionais fundamentais.

Sendo até possível requerer julgamento por responsabilidade financeira, com base na aplicação do referido comando do art.º 52.º, n.º 3, al. b), da CRP, uma vez que «Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas» (art.º 18.º, n.º 1, da CRP) e que «O direito de ação popular é, desde logo, um verdadeiro direito de ação judicial com as inerentes características»⁶.

Deste modo, apesar da recusa do Ministério Público de requerer o julgamento das responsabilidades financeiras claramente indiciadas nos autos, contra governantes regionais e um chefe de gabinete, não está ainda precludida a possibilidade de outros legitimados o fazerem.

DECISÃO

- a) Pelo exposto, ante a recusa do M.P. de requerer julgamento e as fortemente indiciadas responsabilidades financeiras, não estão os autos ainda em condições de serem arquivados, razão por que determino que os mesmos fiquem a aguardar:
 - i) O acatamento das recomendações;
E em qualquer caso:
 - ii) Até que seja requerida a efetivação jurisdicional da responsabilidade financeira sancionatória indiciada; ou
 - iii) Até que tal responsabilidade prescreva e, assim, se perca, para sempre, a possibilidade de fazer justiça neste caso.
- b) Envie cópia certificada deste despacho ao presidente do Tribunal de Contas e do Conselho de Prevenção da Corrupção.
- c) Notifique e, após comunicação aos interessados, remeta o presente despacho acompanhado de um Anexo Único constituído pelo relatório de auditoria e respetivos anexos, tudo para publicação no Diário da República e no Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, nos termos do art.º 9.º, n.º 2, al. f), e n.º 3, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.
- d) Do mesmo modo, após comunicação aos interessados, divulgue o relatório acompanhado do presente despacho pelos meios de comunicação social, nos termos do art.º 9.º, n.º 4, da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.

Funchal, 12 de março de 2014.

O JUIZ CONSELHEIRO, João Aveiro Pereira

⁵ Muito embora a instauração desta ação esteja de tal modo dificultada, pela necessidade precípua da declaração pelo Tribunal Constitucional da inconstitucionalidade da referida omissão legislativa, que é praticamente impossível exercer tal direito. Para maior desenvolvimento, sobre esta matéria, v. Miguel Bettencourt Câmara, *Ação de Responsabilidade Civil por Omissão Legislativa e a Norma do n.º 5 do art.º 15.º da Lei n.º 67/2007*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 30 e ss., 131 e ss..

⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 496.

Anexo Único

Relatório n.º 14/2012 – FS/SRMTC

Auditoria à concessão, exploração, conservação e manutenção dos lanços de estradas regionais atribuídos à VIAMADEIRA, S.A..

Processo n.º 12/11 – Aud/FS

FICHA TÉCNICA

<i>Supervisão</i>	
Miguel Pestana	Auditor-Coordenador
<i>Coordenação</i>	
Susana Silva	Auditor-Chefe
<i>Equipa de auditoria</i>	
Nereida Silva	Téc. Verificador Superior
Fátima Nóbrega	Téc. Verificador Superior
<i>Apoio jurídico</i>	
Merícia Dias	Téc. Verificador Superior

GLOSSÁRIO

Acordo Direto com os Bancos Financiadores – O acordo entre a concedente, a concessionária, os acionistas privados e os bancos financiadores, a outorgar no fecho financeiro.

Acordo de Subscrição e Realização de Capital – O acordo entre a concessionária e os acionistas relativo à subscrição e realização de fundos próprios da concessionária a outorgar no fecho financeiro.

Agrupamento – O conjunto de sociedades comerciais, acionistas da concessionária.

Acordo parassocial – O acordo entre os acionistas, tendo por objeto a regulamentação da transmissão e oneração de ações da concessionária, a outorgar no fecho financeiro.

Bases da concessão – O quadro geral da regulamentação da concessão que se encontra estabelecido no DLR n.º 36/2008/M, de 14/08.

Bancos financiadores – As instituições de crédito futuramente financiadoras e/ou garantes das atividades integradas na concessão, nos termos dos contratos de financiamento.

Caso Base – O conjunto de pressupostos e projeções económico-financeiras cristalizadoras do equilíbrio económico – financeiro da concessão a definir no fecho financeiro.

Concedente – A Região Autónoma da Madeira.

Concessionária – A VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira, S.A..

Contratos de financiamento – Os acordos celebrados entre a concessionária, os acionistas privados e os bancos financiadores destinados a aportar fundos alheios à concessionária, a outorgar no fecho financeiro.

Empreendimento concessionado – O conjunto de bens objeto da concessão, nos termos do disposto no contrato de concessão.

Lanços – As secções viárias em que se dividem as vias concessionadas.

Período de Fecho – O período de tempo que se inicia às 00 horas do dia seguinte ao da assinatura do contrato de concessão e termina às 24 horas do dia do fecho financeiro ou às 24 horas do dia 30 de junho de 2009 caso o fecho financeiro não ocorra até esta data.

Período Inicial da Concessão – O período de tempo que se inicia às 00 horas do dia seguinte ao do fecho financeiro e termina às 24 horas do dia 31 de dezembro de 2012.

Portagem SCUT – A importância que a concessionária tem a receber da concedente, em função dos valores de tráfego registados.

Termo da concessão – A extinção do contrato de concessão, independentemente do motivo pelo qual a mesma ocorra.

Vias Rodoviárias Concorrentes – Vias rodoviárias que venham a ser construídas após a assinatura do contrato de concessão e cuja entrada em serviço seja causa de relevante diminuição de tráfego nas vias concessionadas.

RELAÇÃO DE SIGLAS E ABREVIATURAS

SIGLA/ABREVIATURA	DESIGNAÇÃO
AFA, S.A.	Avelino, Farinha & Agrela, S.A.
AG	Assembleia Geral
Art.º(s)	Artigo(s)
BANIF	Banco Internacional do Funchal
BB	Barclays Bank PLC
BCEM	Banco Caixa Económica Montepio
BES	Besleasing e factoring- IFC, SA
BE Santo	Banco Espírito Santo
CAC	Comissão de Acompanhamento da Concessão
CC	Contrato de Concessão
CCA	Comissão de Acompanhamento da Concessão
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cfr.	Confrontar
CGR	Conselho do Governo Regional
CLF	Caixa Leasing e factoring
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-lei
DLR	Decreto Legislativo Regional
DR	Diário da República
GEPJ	Gabinete de Estudos e Pareceres Jurídicos
JC/SRMTC	Juiz Conselheiro da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LEOE	Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado
LEORAM	Lei de Enquadramento do Orçamento da Região Autónoma da Madeira
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
ND	Nota de Débito
OE	Orçamento do Estado
OR	Orçamento Regional
PA	Programa da Auditoria
PD	Processo de Despesa
PG	Plenário Geral
PGA	Plano Global de Auditoria
PPP	Parcerias Público-Privadas
RAM	Região Autónoma da Madeira
Res.	Resolução(ões)
RJPPP	Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas
RP	Revisão de preços
S.A.	Sociedade Anónima
SCUT	Sem Cobrança aos Utilizadores
SRES	Secretaria Regional do Equipamento Social
SRMTC	Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas
TCE	Totta Crédito Especializado – IFC, S.A.
TN	Trabalhos Normais
UAT III	Unidade de Apoio Técnico III
VPGR	Vice-Presidência do Governo Regional

1. SUMÁRIO

1.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O presente documento consubstancia o resultado da “*Auditoria à concessão, exploração, conservação e manutenção dos lanços de estradas regionais atribuídos à VIAMADEIRA, S.A.*”, que foi iniciada em conformidade com o Programa de Fiscalização do Tribunal de Contas para 2011.

1.2. OBSERVAÇÕES

Os resultados alcançados no âmbito da auditoria suscitam as observações que se passam a expor, sem prejuízo do desenvolvimento conferido a cada uma delas ao longo deste documento.

1. A VIAMADEIRA, S.A. foi criada pelo DLR n.º 36/2008/M, de 14 de agosto, que lhe atribuiu a concessão de serviço público de exploração, conservação e manutenção de diversos troços de estradas regionais, em regime de exclusivo, sem cobrança direta aos utilizadores (SCUT) e aprovou as bases da concessão (cfr. o ponto 3.4.1.).
2. A criação da VIAMADEIRA, S.A. e que concretizou, de forma imperativa, a opção pela execução das vias rodoviárias concessionadas através de uma Parceria Público Privada (PPP), não observou o disposto nos art.ºs 6.º, 9.º e 11.º do Regime Jurídico das Parcerias Público Privadas que exigia uma avaliação prévia das vantagens comparativas da PPP relativamente às alternativas para alcançar os mesmos fins (cfr. o ponto 3.4.1.).
3. O Conselho do Governo Regional (CGR) autorizou a celebração de um Contrato de Concessão que atribuía, entre outras, a responsabilidade pela obtenção do financiamento para os contratos de empreitada de construção das vias concessionadas estimado em, pelo menos, 751,5 milhões de euros, a uma concessionária de capitais maioritariamente privados, detida por empreiteiros a quem foi adjudicada a construção de troços objeto da concessão, sem que houvesse financiamento assegurado para a construção dos lanços viários em causa (cfr. o ponto 3.4.1.).
4. O contrato de concessão, celebrado em 29/12/2008, não só não foi submetido, como devia, à fiscalização prévia do Tribunal de Contas, como também não observava a norma legal do art.º 413.º do CCP, segundo o qual o contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário [cfr. ainda a al. b) do art.º 7.º do DL n.º 86/2003] (cfr. o ponto 3.4.2.).
5. No referido contrato, a concessionária assumiu-se como a única responsável pela obtenção do financiamento, mas ficou acordado, como causa de caducidade (cfr. a cláusula 50.ª), a não obtenção, até 30/06/2009, do fecho da operação de financiamento (cláusula 18.2) da concessão. Dessa forma, o Conselho do Governo Regional ao aceitar o estipulado na citada cláusula 50.ª do CC (cfr. a Resolução n.º 1559/2008, de 18 de dezembro), onerou imprudentemente e ilegalmente o seu orçamento, assumindo a totalidade dos riscos da não obtenção do financiamento da PPP, sem ter acutelado a observância do art.º 18.º, n.º 3 da Lei n.º 28/92 (cfr. o ponto 3.4.2.).
6. O CGR, através da Resolução n.º 954/2011, de 30 de junho, deu por findo o processo tendente ao fecho da operação de financiamento da concessão (que se arrastou de 2008 até 2011), assumindo, em consequência, retroativa e automaticamente, a posição da concessionária nas cessões de posições contratuais nos contratos de empreitada outorgados, extinguindo-se as relações contratuais existentes entre as partes.

Tal situação operou a transferência para a RAM de encargos com as empreitadas de construção das vias concessionadas que, em 30 de novembro de 2011, remontavam a 293,3 milhões de euros, dos quais 39,8 milhões de euros respeitantes a juros de mora. (cfr. o ponto 3.4.3.2.).

Desses, 286 641 803,41€ (valor apurado a 30 de novembro de 2011), não foram orçamentados o que constitui uma violação do princípio da tipicidade quantitativa que preside à execução do orçamento das despesas, em violação do n.º 1 do art.º 106.º da CRP⁷ e do art.º 18.º da Lei n.º 28/92 (cfr. o ponto 3.4.3.).

7. A análise aos serviços de assessoria jurídica e financeira contratados pela ex-SRES para apoiar a PPP evidenciou (cfr. o ponto 3.4.3.4.) que:
 - a) Foram contratados serviços financeiros ao BANIF, pelo preço de 199 000,00€, por ajuste direto sem consulta sem que tivesse sido adequadamente fundamentada a dispensa do procedimento concursal legalmente exigível em função do valor do fornecimento;
 - b) O contrato celebrado com o Professor Dr. Miguel Catela não previa a apresentação periódica de documentos síntese dos serviços prestados que permitam documentar de forma adequada a faturação apresentada e a efetividade da contraprestação.

⁷ Neste artigo sobre elaboração do orçamento, consta que “*A Lei do Orçamento é elaborada, organizada, votada e executada, anualmente, de acordo com a respectiva lei de enquadramento, que incluirá o regime atinente à elaboração e execução dos orçamentos dos fundos e serviços autónomos.*”.

1.3. EVENTUAIS INFRAÇÕES FINANCEIRAS

Os factos anteriormente descritos e sintetizados nos itens 2, 4, 5 e 6 e na al. a) do item 7 do ponto 1.2 são suscetíveis de tipificar eventuais ilícitos geradores de responsabilidade financeira sancionatória, resultantes da inobservância de normas sobre a assunção, autorização e pagamento de compromissos [cfr. o art.º 65.º, n.º 1, al. b) e h), da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto].

1.4. RECOMENDAÇÕES

No contexto da matéria exposta no relatório e resumida nas observações da auditoria, o Tribunal de Contas recomenda aos membros do Governo Regional e, em especial, ao membro do governo com a tutela das finanças que:

1. Não obstante os condicionalismos que impedem, no médio prazo, ao desenvolvimento de novas PPP, diligenciem, antes de iniciar a contratualização de novas parcerias no sentido de adaptar o correlativo regime jurídico atualmente plasmado no DL n.º 111/2012 de 23 de Maio;
2. Submetam os contratos de concessão de serviço público à fiscalização prévia do Tribunal de Contas conforme determina o n.º 1 do art.º 46.º da LOPTC.
3. Devem ser escrupulosamente cumpridas as normas legais e regulamentares que disciplinam a execução do orçamento das despesas, nomeadamente no que respeita à sua cabimentação e à justificação da despesa quanto à sua economia, eficiência e eficácia.
4. Deve ser dada estrita observância ao regime jurídico da contratação pública relativa à aquisição de bens e de serviços, ficando o recurso ao ajuste direto, independentemente do valor da despesa, reservado para as situações legalmente admitidas e desde que devidamente fundamentado.

2. INTRODUÇÃO

2.1. FUNDAMENTO, ÂMBITO E OBJETIVOS

No Programa Anual de Fiscalização da SRMTC para o ano de 2011, aprovado pelo Plenário Geral do Tribunal de Contas, na sua sessão de 15 de dezembro de 2010, através da Resolução n.º 3/2010 – PG⁸, foi prevista a realização da “*Auditoria à concessão, exploração, conservação e manutenção dos lanços de estradas regionais atribuídos à VIAMADEIRA, S.A.*”, que visa analisar a legalidade, regularidade e correção financeira do contrato de concessão, celebrado entre RAM e a VIAMADEIRA, S.A., em 29 de dezembro de 2008.

Em concreto, pretendeu-se:

1. Analisar a legalidade do referido contrato à luz do DL n.º 86/2003, de 26/04, na redação dada pelo DL n.º 141/2006, de 27/07, do DL n.º 59/99, de 2/03, do CCP e da LEOE na parte respeitante à plurianualidade dos investimentos;
2. A quantificação das responsabilidades assumidas pela RAM e das contrapartidas por ela obtidas.

Nessa sequência foram definidos os seguintes objetivos operacionais:

- ✓ Estudar o regime jurídico e económico-financeiro da(s) entidade(s) interveniente(s);
- ✓ Analisar a concessão de serviço público à VIAMADEIRA, S.A.;
- ✓ Apurar os encargos associados ao processo de concessão de serviço público.

2.2. METODOLOGIA

A realização da auditoria englobou 2 fases distintas (planeamento e a execução e análise da informação), tendo-se seguido, no seu desenvolvimento, os métodos e os procedimentos definidos no *Manual de Auditoria e de Procedimentos*⁹.

A) Fase de Planeamento

Considerando a especificidade do trabalho, foram executadas na fase de planeamento as seguintes ações:

- ✓ Análise dos elementos constantes do dossiê permanente, nomeadamente:
 - Legislação relativa à criação da empresa VIAMADEIRA, S.A.;
 - Relatórios e Contas das empresas RAMEDM, S.A. e VIAMADEIRA, S.A.;
 - Notas de imprensa.

⁸ Publicada no DR, II Série, de 23 de dezembro de 2010.

⁹ Aprovado por deliberação do Plenário da 2.ª Secção do Tribunal de Contas, de 28/01/1999, e adotado pela SRMTC através do Despacho Regulamentar n.º 1/01-JC/SRMTC, de 15/11/2001.

- ✓ Identificação das prestações de serviços realizadas no âmbito da preparação do processo de concessão;
- ✓ Identificação dos troços de estradas regionais objeto da concessão;
- ✓ Análise dos elementos disponibilizados pela SRES e pela VIAMADEIRA, S.A.:
 - Atas do Conselho de Administração da VIAMADEIRA, S.A.;
 - Documentação relativa ao processo de fecho da operação de financiamento;
 - Execução física e financeira, reportada a 30/06/2011, das empreitadas abrangidas pela concessão;
 - Relação das faturas (e dos autos de medição), emitidas até 30/06/2011, com indicação da correspondente empreitada;
 - Relação dos juros e de outros encargos, reportados 30/06/2011, com indicação das faturas e das empreitadas a que correspondem.
- ✓ Elaboração do PGA/PA¹⁰;

B) Fase de execução e análise da informação

- ✓ Identificação e análise das principais cláusulas do CC;
- ✓ Análise dos elementos disponibilizados pela VPGR:
 - Execução física e financeira, reportada a 30/11/2011, das empreitadas abrangidas pela concessão;
 - Relação das faturas (e dos autos de medição), emitidas até 30/11/2011, com indicação da correspondente empreitada;
 - Relação dos juros e de outros encargos, reportados a 30/11/2011, com indicação das faturas e das empreitadas a que correspondem;
- ✓ Análise dos processos de despesa relativos às prestações de serviços e demais documentação de suporte;
- ✓ Circularização dos empreiteiros responsáveis pela execução dos trabalhos nos troços viários objeto da concessão.

2.3. ENTIDADE AUDITADA

Tendo em consideração a natureza e os objetivos definidos para esta ação, as entidades objeto da presente auditoria foram a Vice-Presidência do Governo Regional¹¹ e a VIAMADEIRA, S.A..

2.4. CONDICIONANTES E GRAU DE COLABORAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS

Salienta-se a colaboração e a disponibilidade demonstradas pelos responsáveis oficiados com vista à prestação de informação e ao envio da documentação necessária à realização dos trabalhos da auditoria.

2.5. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Para efeitos do exercício do contraditório, em observância do preceituado no art.º 13.º da LOPTC, procedeu-se à audição dos responsáveis identificados no Anexo VIII, do Ex-Chefe do Gabinete do Secretário Regional do Equipamento Social e do Presidente do Conselho de Administração da VIAMADEIRA, S.A, relativamente ao conteúdo do relato da auditoria¹².

Deram entrada na SRMTC as alegações remetidas pelo Presidente do GR, pelo Vice-presidente do GR, pelo Secretário Regional do Plano e Finanças, pela Secretária Regional da Cultura, Turismo e Transportes, pelo Secretário Regional do Ambiente e dos Recursos Naturais, pelo Secretário Regional dos Assuntos Sociais, pelo Ex-Secretário Regional do

¹⁰ Aprovado por Despacho de 21/11/2011, do Juiz Conselheiro da SRMTC, aposto na Informação n.º 72/2011 – UAT III.

¹¹ De acordo com o n.º 2 do art.º 1.º do DRR n.º 8/2011/M, de 14 de novembro (diploma que aprovou a orgânica do Governo Regional), cabe à VPGR a tutela sobre a VIAMADEIRA, S.A..

¹² Cfr. os ofícios n.ºs 960 a 964, de 04/06/2012, 988 a 992 e 994, 1001 a 1003 e 1008 de 08/06/2012.

Equipamento Social, pelo Ex-Secretário Regional dos Recursos Humanos, pelo Ex-Secretário Regional de Educação e Cultura e pelo Ex-Chefe do Gabinete do Secretário Regional do Equipamento Social¹³, as quais foram tidas em conta na elaboração do presente relatório, encontrando-se transcritas e/ou sintetizadas nos pontos pertinentes do texto e acompanhadas dos comentários considerados adequados¹⁴.

Sem menosprezar as respostas dos restantes responsáveis e interessados ouvidos em sede de contraditório, reproduz-se no Anexo X, face à sua abrangência e relevância, o documento subscrito pelo membro do Governo Regional que tutelava a ex-Secretaria Regional do Equipamento Social.

De assinalar, desde já, que a argumentação expandida pelo ex-SRES assenta em duas premissas, que acabam por atravessar transversalmente as alegações do responsável:

- 1.^a Defende que as vias concessionadas eram imprescindíveis para a satisfação das necessidades públicas da população e que, por conseguinte, teriam de ser iniciadas, impreterivelmente, em 2008, apesar de ser desconhecida a disponibilidade e o custo do financiamento bancário;
- 2.^a O GR não estava vinculado ao cumprimento do RJPPP nem é responsável pela criação da VIAMADEIRA pois limitou-se a seguir o modelo aprovado pelo Parlamento.

2.6. ENQUADRAMENTO NORMATIVO E ORGANIZACIONAL

2.6.1. Parcerias Público-Privadas (PPP)

Na altura dos factos estava em vigor o DL n.º 86/2003, de 26/04¹⁵, que continha o regime jurídico das parcerias público-privadas (RJPPP), disciplinando a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas.

As PPP são um modelo de contratação que permite ao Estado promover a obtenção de bens e serviços públicos, através de uma estrutura contratual firmada com um parceiro privado, na qual se estabelecem obrigações mútuas que refletem uma afetação, a ambas as partes, dos riscos envolvidos.

Estas parcerias são associadas maioritariamente ao financiamento, conceção, construção, operação e manutenção de infraestruturas, nomeadamente rodoviárias, por intermédio de um parceiro privado, envolvendo, a longo prazo, encargos de alguma regularidade e tendo por base jurídica o contrato de concessão.

Para que uma PPP seja viável, é essencial:

- a) Que os ganhos de eficiência e partilha de riscos superem os custos adicionais de financiamento privado em relação ao financiamento público;
- b) Que o sector privado obtenha uma rentabilidade compensadora face ao risco assumido;
- c) Que seja gerado *Value for Money* para o sector público.

No âmbito das PPP, tem sido aplicado um modelo designado por *project finance*, suportado num contrato de concessão, que assenta, conforme refere Vítor Bento¹⁶, na “(...) criação de consórcios empresariais que se encarregam da concretização dos investimentos e da execução do projecto. Estes consórcios (ou simples empresas) obtêm o financiamento necessário, pelo qual

¹³ Constantes dos ofícios n.ºs 1715, de 20/06/2012, do Gabinete da Secretária Regional da Cultura, Turismo e Transportes, 1729, de 21/06/2012, do Ex-Secretário Regional da Educação, 1728, de 21/06/2012, do Gabinete do Secretário Regional do Ambiente e dos Recursos Naturais, 1768, de 22/06/2012, do Ex-Chefe do Gabinete do Secretário Regional do Equipamento Social, 1777, de 25/06/2012, do Ex-Secretário Regional dos Recursos Humanos, 1786, do Ex-Secretário Regional do Equipamento Social, 1936, de 05/07/2012 da Vice-Presidência do Governo Regional, 1939, de 05/07/2012, do Gabinete do Secretário Regional dos Assuntos Sociais, 1941, de 06/07/2012 do Gabinete da Presidência do Governo Regional e 1940, 1942 e 1950 do Gabinete do Secretário Regional do Plano e Finanças.

¹⁴ O Presidente do Conselho de Administração da VIAMADEIRA, S.A. não se pronunciou no âmbito do contraditório.

¹⁵ Ao abrigo do n.º 2 do art.º 6.º do DL n.º 86/2003, foi publicado na II Série do DR o Despacho n.º 13208/2003. O citado DL foi alterado e republicado pelo DL n.º 141/2006, de 27/07. Entretanto revogado pelo DL n.º 111/2012, de 23/05, que disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos.

¹⁶ “*A Desorçamentação das Despesas Públicas*”, texto de apoio para a apresentação efetuada no debate promovido pela Ordem dos Economistas em 09-10-2000, subordinado ao tema “Controlo orçamental e Desorçamentação”.

se responsabilizam, e esperam que o projecto gere receitas suficientes para, pelo menos e num prazo razoável, ressarcir integralmente as dívidas contraídas”.

O DL n.º 267/97, de 2 de outubro¹⁷, introduziu a possibilidade de exploração de algumas autoestradas através do regime de portagens sem cobrança aos utilizadores, estipulando o n.º 2 do seu art.º 1.º que se entende por concessão SCUT “*a concepção, construção, conservação e exploração de auto-estradas em regime de portagem sem cobrança aos utilizadores*”.

As concessões SCUT¹⁸ constituem um dos exemplos do recurso, por parte do Estado, às parcerias público-privadas, com regime de financiamento em *project finance*.

A concessionária assume-se como a única entidade responsável pela obtenção do financiamento, necessário ao desenvolvimento de todas as atividades que integram o objeto da concessão, celebrando, para o efeito, com as entidades financiadoras os respetivos contratos de financiamento. O Estado, por seu turno, suporta os custos, mediante o pagamento à concessionária de uma importância calculada em função dos valores de tráfego registados.

O DL n.º 86/2003, enuncia os pressupostos para o lançamento e a contratação da parceria público-privada (art.º 6.º), destacando-se os seguintes:

- ✓ O cumprimento, quando for o caso, das normas relativas à programação financeira plurianual constantes da lei de enquadramento orçamental [al. a)];
- ✓ A clara enunciação dos objetivos da parceria, definindo os resultados pretendidos e permitindo uma adequada atribuição das responsabilidades das partes [al. b)];
- ✓ A quantificação e comparação das vantagens da parceria relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do art.º 19.º da LEOE [al. c)];
- ✓ A prévia adequação às normas legais e demais instrumentos normativos bem como a obtenção das autorizações e pareceres administrativos exigidos [al. d)];
- ✓ Evitar a excessiva oneração das gerações futuras (e a limitação da atuação de governos futuros) por via de compromissos insustentáveis no longo-prazo [al. e)].

O art.º 7.º enuncia os princípios a que deve obedecer a partilha de riscos, devendo a parceria implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o sector privado (al. b) enquanto a al. e) do n.º 7 do art.º 8.º do RJPPP determina que se verifique a efetiva comportabilidade orçamental da parceria.

2.6.2. A Lei de Enquadramento Orçamental

A contratação de um programa em *project finance* deve ser precedida de uma avaliação sobre a economia, eficiência e eficácia, bem como de uma análise da sua sustentabilidade orçamental.

Essa avaliação é exigida expressamente pela Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado¹⁹ (LEOE), aprovada pela Lei n.º 91/2001 de 20 de agosto, que determina não apenas que as despesas correspondentes a formas de parceria dos setores público e privado se subordinem à disciplina orçamental, o que implica a obrigação de se proceder à especificação orçamental dos encargos das mesmas advenientes, como também que tais projetos devam ser estruturados por programas e sujeitos à elaboração de programas alternativos de financiamento, com o objetivo, entre outros, de avaliar a economia, a eficiência e a eficácia da sua realização.

A LEOE estabeleceu igualmente, um conjunto de princípios a que devem obedecer as PPP:

¹⁷ Estabelece o regime jurídico dos concursos públicos internacionais para a atribuição de concessões SCUT (concepção, construção, conservação e exploração de lanços de autoestrada em regime de portagem sem cobrança aos utilizadores).

¹⁸ O conceito SCUT significa cobrança de portagens sombra ou virtuais, isto é, sem custo direto para os utilizadores substituindo-se o Estado aos utentes no pagamento das portagens.

¹⁹ Alterada pelas Leis n.ºs 23/2003, de 2/07; 48/2004, de 24/08; 22/2011 e 55/2011, de 20/05 e 13/10, respetivamente. Na data dos factos relatados estava em vigor a LEOE na versão da Lei n.º 48/2004.

- i. Nos termos do art.º 18.º²⁰, estão sujeitas ao regime do orçamento por programas estabelecido no DL n.º 131/2003, de 28/06, que estabelece as regras relativas à definição dos programas e medidas a inscrever no OE, à sua especificação nos mapas orçamentais e ao acompanhamento da sua execução.
- ii. O art.º 19.º da mesma Lei determina a obrigatoriedade de comparar este modelo de contratação com o modelo tradicional de contratação pública, sem recurso ao financiamento privado²¹.
Este preceito resulta na obrigatoriedade de se proceder a uma análise do *Value for Money* da Parceria que obriga, na prática, à conceção de um “comparador público” para justificar a eventual mais-valia da opção PPP.
- iii. O art.º 37.º da LEOE prevê que a proposta do OE inclua a “*Memória descritiva das razões que justificam o recurso a parcerias dos sectores público e privado, face a um programa alternativo elaborado nos termos do nº2 do artigo 19.º*”.
- iv. A al. l) do n.º 1 do art.º 31.º da LEOE estabelece a necessidade de fixar um limite máximo aos compromissos do Estado com as PPP, determinando que o articulado da Lei do Orçamento do Estado contém, designadamente “*A determinação do limite máximo de eventuais compromissos, a assumir com contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado.*”.

Apesar da Lei de Enquadramento Orçamental da RAM (LEORAM), aprovada pela Lei n.º 28/92²² ser omissa no que respeita à regulação das PPP, em virtude de ainda não se ter procedido à sua revisão, há que ter em atenção o facto de algumas normas da LEOE terem aplicação à RAM, designadamente, as respeitantes ao Título II - princípios e regras orçamentais - e ao art.º 17.º (cfr. o n.º 5 do art.º 2.º da LEOE) e às que derivam, por remissão, do DL n.º 86/2003.

Ademais, o art.º 228.º da Constituição da República Portuguesa, determina que, na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor no todo nacional.

Finalmente, o Título V da LEOE dedicado à estabilidade orçamental (art.º 83.º) é diretamente aplicável às Regiões Autónomas.

2.6.3. O Código dos Contratos Públicos

O CCP procura, entre outras coisas, ajustar o regime da contratação e da execução dos contratos por ele abrangidos às técnicas de financiamento hoje em dia correntes, sobretudo no domínio dos contratos de concessão, avultando, naturalmente, as de *project finance*, *acquisition finance* e *asset finance*.

O CCP contém, pela primeira vez em Portugal, uma disciplina geral sobre concessões de obras públicas e de serviços públicos, sendo que a maior parte das regras são comuns a estes dois tipos contratuais, preservando a autonomia das partes para a disciplina específica de cada relação concessória.

Quanto a aspetos comuns às concessões de obras e para as de serviços públicos, realçam-se os seguintes (capítulo II, art.ºs 407.º a 430.º):

- ✓ o prazo de vigência do contrato deve ser fixado, por princípio, em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário;
- ✓ o contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário;
- ✓ os direitos e as obrigações do concedente e do concessionário com base legal são clarificados;
- ✓ o contrato pode atribuir ao concessionário o direito a prestações económico-financeiras pelo concedente, mas apenas se as mesmas não ofenderem as regras comunitárias e nacionais de concorrência, forem essenciais à viabilidade económico -financeira da concessão e não eliminarem a efetiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário;
- ✓ regime uniforme de sequestro, resgate e resolução pelo concedente.

O CCP estabelece algumas normas reguladoras do procedimento de formação de contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos:

²⁰ Cujo n.º 3 dispõe que a estruturação por programas se deve aplicar às: (...) d) *Despesas correspondentes a contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado.*

²¹ Que dispõe que “*A avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamento ou de exploração a cargo das entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida.*”.

²² Alterada a redação do art.º 3.º, pela Lei n.º 53/93, de 30/07 e o n.º 5 do art.º 11.º, pela Lei n.º 30-C/92, de 28/12.

- ✓ Escolha do procedimento nos contratos de concessão de obras públicas, concessão de serviços ou contratos de sociedade (art.º 31.º do CCP):
 - Regra Geral: qualquer que seja o valor do contrato a celebrar, deve ser adotado, em alternativa, o concurso público, o concurso limitado ou o procedimento por negociação;
 - Regra especial dos contratos de concessões de serviços e sociedade: excepcionalmente admite-se o recurso ao ajuste direto quando razões de interesse público relevante o justificarem.
- ✓ Nas PPP a celebrar pelo Estado, Região Autónoma ou instituto público, a decisão de contratar compete conjuntamente ao membro do GR da área das finanças e ao congénere da tutela sectorial (art.º 37.º);
- ✓ Os cadernos de encargos devem incluir um código de exploração que contém os direitos e obrigações das partes relativas à exploração (art.º 44.º do CCP);
- ✓ O caderno de encargos relativos a PPP devem submeter à concorrência os aspetos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela direta ou indiretamente afetos (45.º do CCP);
- ✓ Nos contratos de empreitada ou concessão de obras públicas, há o dever de envio de relatório de contratação ao ICI, IP (108.º);
- ✓ No concurso público a entidade adjudicante pode adotar uma fase de negociação das propostas no caso de contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços públicos (art.ºs. 149.º a 154.º).

3. RESULTADOS DA ANÁLISE

3.1. QUADRO NORMATIVO DA CONCESSÃO

Os atos legislativos e administrativos que estiveram na génese da concessão de serviço público encontram-se ordenados cronologicamente e sintetizados no Anexo II.

3.2. A CONCESSIONÁRIA

3.2.1. Constituição e aumento do capital social

A VIAMADEIRA, S.A. foi criada pelo DLR n.º 36/2008/M, de 14 de agosto, que lhe atribuiu a concessão de serviço público de exploração, conservação e manutenção de diversos troços de estradas regionais, em regime de exclusivo, sem cobrança direta aos utilizadores (SCUT) e aprovou as bases da concessão.

A concessionária assumiu a forma de uma sociedade anónima que se regia pelos respetivos estatutos e pelo direito privado, sem prejuízo da obediência ao disposto no referido DLR²³, com um capital social inicial de 100 mil euros, integralmente subscrito e realizado pela Região, cuja participação acionista não poderia ser inferior a 20%, nos termos do n.º 1 do art.º 7.º do DLR n.º 36/2008/M.

No DLR n.º 36/2008/M, mais concretamente na Base XXVII da concessão, ficou inicialmente contemplada a hipótese de a concessionária poder receber, por meio de cessão da posição contratual da RAMEDM, S.A., ou de outras entidades públicas, o encargo de executar obra nova, no pressuposto de ter sido respeitado o procedimento pré-contratual legalmente estabelecido pela entidade cedente²⁴.

²³ Os órgãos sociais da concessionária incluem a Assembleia Geral, o Fiscal Único e o Conselho de Administração composto por 7 membros, em que apenas um deles exerce as funções de administrador delegado.

²⁴ Esta disciplina foi posteriormente alterada pelo DLR n.º 23/2010/M, de 30/11, nos seguintes termos: “A concessionária pode receber, por meio de cessão de posição contratual ou de cessão de posição jurídica da RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A., o encargo de executar obra nova, desde que tenha sido respeitado o procedimento pré-contratual legalmente estabelecido pela entidade cedente (...) A RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A., pode ainda, desencadear procedimentos pré-contratuais e adjudicar e contratar empreitadas de obras públicas relativas à execução de vias rodoviárias que integrem, ou venham a integrar o objeto da VIAMADEIRA, considerando a extensão prevista na base IV e o disposto no artigo 3.º dos estatutos da VIAMADEIRA (...), mesmo que essas empreitadas venham a ter a sua execução cometida à VIAMADEIRA (...)”.

Durante o mês de dezembro de 2008 foi concretizada a cessão, da RAMEDM, S.A. para a VIAMADEIRA, S.A. dos contratos de empreitada de construção dos lanços originários da concessão²⁵ que já se encontravam adjudicados e que já haviam sido objeto de fiscalização prévia por parte da SRMTC.

Como previsto no diploma de criação o CGR, em 17 de outubro de 2008, deliberou desencadear o processo de escolha das entidades privadas que poderiam participar no primeiro aumento do capital social, até ao montante de 500 mil euros, aberto a subscrição privada²⁶.

Face à ausência de propostas para participação no aumento do capital social, o CGR decidiu, em 12 de dezembro de 2008, desencadear um procedimento de negociação direta para um aumento especial do capital social e, simultaneamente, estender o direito exclusivo da concessionária²⁷.

Em 18 de dezembro de 2008, o Governo Regional reunido em plenário, escolheu o agrupamento composto pelas empresas Construtora do Tâmega Madeira, S.A., Zagope Construções e Engenharia, S.A., Avelino Farinha e Agrela, S.A., Somague - Engenharia Madeira, S.A. e Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., para subscrever o aumento de capital social de 400 mil euros, na VIAMADEIRA, S.A., em partes iguais de 80 mil euros, ficando o capital social fixado em 500 mil euros, com pleno respeito pelo disposto no n.º 1 do art.º 7.º, do DLR n.º 36/2008/M²⁸.

Na mesma data, o CGR²⁹ deliberou mandar a VIAMADEIRA, S.A. para outorgar os contratos de cessão de posição contratual³⁰ das empreitadas respeitantes à extensão da concessão decretada pela Resolução n.º 1530/2008³¹, passando a VIAMADEIRA, S.A. a ocupar a posição da RAMEDM, S.A.³².

No plenário ficou ainda salvaguardado o facto do referido aumento de capital ser “(...) *distinto e independente daquele que, após o cumprimento das obrigações de concorrência, será acessível a investidores privados, para a extensão do direito exclusivo da VIAMADEIRA - Concessão Viária da Madeira, S.A., nos termos definidos pela Resolução n.º 1530/2008*”.

Em 29 de dezembro de 2008, foi subscrito o aumento de capital social de 400 mil euros³³, cabendo a cada acionista 16 mil ações nominativas de tipo B³⁴, com o valor nominal de 5 euros, num total de 80 mil ações. Inicialmente apenas foi realizado 30% do capital social, tendo os restantes 70% sido realizados até 31 de dezembro de 2010, ficando a VIAMADEIRA, S.A. com a seguinte estrutura acionista:

25 Casos das empreitadas denominadas: VE1 – Ribeira de São Jorge – Arco de São Jorge; VE1 – Arco de São Jorge – Boaventura; VE1 - Boaventura – São Vicente; VE8 – Vasco Gil – Fundoa, à cota 500.

26 Cfr. a Resolução n.º 1214/2008, do CGR.

27 Cfr. a Resolução n.º 1530/2008, do CGR e a Base IV do Anexo II do DLR n.º 36/2008/M que prevê a possibilidade de extensão da concessão.

28 Cfr. a Res. n.º 1559/2008, do CGR.

29 Cfr. a Res. n.º 1558/2008, do CGR.

30 Cfr. o disposto na Base XXVII do Anexo II do DLR n.º 23/2010/M, de 30 de novembro.

31 Designadamente, os contratos de empreitada de construção da “Via Rápida Câmara de Lobos - Estreito de Câmara de Lobos”, o contrato de empreitada de construção da “Via Expresso Fajã da Ovelha - Ponta do Pargo - 1.ª Fase - Túneis” e o Contrato de empreitada de construção da “Variante da Madalena do Mar - 1.ª Fase - Túneis”, celebrados entre a RAMEDM - Estradas da Madeira S.A. com cada um dos respetivos adjudicatários.

32 A RAMEDM, S.A., foi constituída através do DLR n.º 8/2007/M, de 12 de janeiro (alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/2011, de 11 de agosto), que aprovou igualmente os respetivos estatutos, configurando-se como uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, cujo objeto consiste no exercício da concessão de serviço público de construção e conservação das estradas regionais, titulada através de contrato celebrado com a RAM.

33 Autorizado em 18 de dezembro de 2008.

34 As ações do tipo B podem ser subscritas por quaisquer entidades públicas ou privadas, conforme determina o n.º 3 do art.º 5.º do DLR n.º 36/2008/M, de 14/08.

Quadro 1 – Estrutura acionista da VIAMADEIRA, S.A.

Identificação do acionista	Participação capital social
Região Autónoma da Madeira	20%
Construtora do Tâmega Madeira, S.A.	16%
Zagope – Construções e Engenharia, S.A.	16%
AFAVIAS – Engenharia e Construções, S.A.	16%
Somague – Engenharia Madeira, S.A.	16%
Tecnovia Madeira – Soc. de Empreitadas, S.A.	16%

3.2.2. Dissolução da sociedade

Três anos depois da constituição da sociedade, ao longo dos quais foi dada execução aos contratos de empreitada objeto da concessão, o CGR, em 30 de junho de 2011, decidiu, após sucessivos adiamentos, dar “(...) *por findo o processo que estava em curso para o fecho da operação financeira*”, devido às “(...) *condições apresentadas à Região para o financiamento da Concessão VIAMADEIRA*” não serem “(...) *susceptíveis de poder merecer o acordo do Governo Regional*” e ao “(...) *desinteresse de alguns membros do sindicato bancário*”³⁵.

A decisão tomada acarretou as seguintes consequências:

- a) A caducidade do contrato de concessão, outorgado a 29 de dezembro de 2008 e a cessação de todos os direitos e obrigações da VIAMADEIRA, S.A., emergentes do mesmo³⁶.
- b) A assunção pela RAM (diretamente ou indiretamente através da RAMEDM, S.A.), retroativa e automaticamente, da posição de dona da obra relativamente a todos os contratos de empreitada que integravam a concessão, substituindo-se à VIAMADEIRA, S.A., nas cessões de posição contratual relativas aos contratos de empreitada³⁷.
- c) A obrigatoriedade de aquisição pela RAM das ações representativas do capital social da VIAMADEIRA, S.A., detidas pelos acionistas privados³⁸ em cumprimento do n.º 1 da cláusula 2.ª do *Acordo Directo* (Anexo 5 ao Contrato de Concessão), estando estipulado que essa aquisição seria efetuada pelo valor nominal, deduzidos dos montantes de capital não realizado (n.º 2 da cláusula 2.ª).
- d) A obrigatoriedade de renúncia aos cargos por parte dos titulares dos órgãos sociais da VIAMADEIRA, S.A., designados em AG sob proposta dos acionistas privados.

Em AG da VIAMADEIRA, S.A. foram aprovados o relatório de gestão e os demais documentos de prestação de contas, reportados a 30 de setembro de 2011, elaborados na decorrência da Resolução n.º 954/2011, com o objetivo de apresentar a situação económica, financeira e patrimonial da sociedade para efeitos de transmissão das ações, sendo de destacar que a sociedade tinha a sua situação contributiva regularizada.

Nessa sequência, em 6 de outubro de 2011, foi celebrado o *Contrato de Transmissão das Acções*³⁹ entre a Região (transmissária) e os 5 acionistas privados (transmitentes), em que a transmissária adquiriu, a cada uma das transmitentes, as 16 mil ações livres de ónus, encargos ou responsabilidades de qualquer natureza, pelo valor global de 400 mil euros, tendo as transmitentes declarado que “(...) *após a recepção do mesmo nada mais se mostrará devido ao abrigo do presente contrato*”.

Na referida Assembleia, ficou ainda expresso pelo representante da RAM que “(...) *perante a caducidade do Contrato de Concessão e a impossibilidade superveniente do objecto societário da Viamadeira em resultado da Resolução do Conselho do Governo Regional n.º 954/2011, que é intenção da Região, uma vez adquirida a qualidade de acionista única da sociedade, vir a proceder à dissolução e encerramento da Viamadeira*”.

³⁵ Cfr. a Res. n.º 954/2011, do CGR, de 30/06.

³⁶ Cfr. ponto 50.3. do CC.

³⁷ Idem.

³⁸ Cfr. o ponto 50.4. do CC.

³⁹ Este contrato foi visado em 06/12/2011 (proc.º n.º 189/2011).

3.2.3 Situação económica e financeira em 30/09/2011

Em conformidade com o determinado na Resolução n.º 954/2011, foram elaborados os documentos de prestação de contas da sociedade VIAMADEIRA, S.A., reportados a 30 de setembro de 2011, tendo ficado expresso em ata da AG realizada nessa data que a Região seria responsável pela “(...) *sanação da situação de perda de metade do capital social, ficando as demais accionistas e o conselho de administração expressamente exonerados de qualquer responsabilidade na matéria.*”⁴⁰.

No respeitante à situação económica e financeira da VIAMADEIRA, S.A., patente no Balanço e Demonstração de Resultados reportado a 30/09/2011, destacam-se os seguintes aspetos:

- O *Ativo*, que atingia o montante de 80 792,00€, era constituído, essencialmente, por depósitos à ordem no montante de 77 838,00€, tendo registado um decréscimo de 99,96%, relativamente a 31 de dezembro de 2010, pois nesse ano tinha sido considerado o valor de 224,6 milhões de euros na rubrica *Ativos Intangíveis*;

O referido montante dizia respeito ao valor das obras em curso que, na sequência da assunção pela RAM da posição de dona da obra relativamente a todos os contratos de empreitada que integravam a concessão, deixou de constar do ativo da sociedade;

- De igual modo, no *Passivo* deixou de haver qualquer montante inscrito na rubrica *Outras Contas a Pagar – Fornecedores de Investimento* (em 31 de dezembro de 2010 o valor era de 223,5 milhões de euros), em resultado da assunção, pela Região, das dívidas da VIAMADEIRA, S.A. aos empreiteiros;
- O Resultado líquido foi negativo em 149,3 mil euros, tendo sofrido um agravamento de 11,9% em relação a 31 de dezembro de 2010, quando atingiu o montante de 133,4 mil euros;
- Entre 1 de janeiro e 30 de setembro de 2011, os rendimentos gerados pela sociedade ascenderam a 309 euros, enquanto os gastos atingiram o montante de 149 mil euros;

Cerca de 17,3% dos gastos suportados pela VIAMADEIRA, S.A. respeitaram a fornecimentos e serviços externos (com 25,8 mil euros) e 26,6% a gastos com o pessoal (39,7 mil euros), mais concretamente, com as remunerações e outros encargos de um dos administradores, que era o único elemento do quadro de colaboradores da sociedade⁴¹.

Em AG de 30 de setembro de 2011 foi deliberado, por unanimidade, que o administrador deixaria de auferir qualquer remuneração, a partir do dia seguinte.

3.3. CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

3.3.1. A natureza da concessão

A concessão atribuída à VIAMADEIRA, S.A. visava a exploração, conservação e manutenção de alguns troços de estradas regionais, tendo sido atribuída em regime de concessão de serviço público (cláusula 9.ª do contrato).

Em termos de direito positivo, o CCP define no seu art.º 407.º, a concessão de serviços públicos como “o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público.”

O conceito jurídico da concessão pública e os pressupostos, funções e elementos essenciais da concessão de serviço público estão desenvolvidos no Anexo III.

3.3.2. Objeto da concessão

Em 29 de dezembro de 2008, a RAM e a VIAMADEIRA, S.A. celebraram um contrato de concessão de serviço público, apesar de “[a]s condições de mercado de capitais (...) [ditarem] que não fosse viável, ou sequer aconselhável para o interesse público, obter de imediato condições para o financiamento bancário necessário à concessão”⁴².

A concessão à VIAMADEIRA, S.A. abrangeu a exploração, conservação e manutenção dos troços de estradas regionais abaixo descritos, em regime de exclusivo, sem cobrança direta aos utilizadores (SCUT):

⁴⁰ O capital próprio, no montante aproximado de 80,8 mil euros, era inferior a metade do valor do capital social subscrito (500 mil euros).

⁴¹ Cfr. nota 13 do Relatório e Contas a 30 de setembro de 2011, da VIAMADEIRA, S.A..

⁴² Cfr. a al. h) do preâmbulo do contrato.

- ✓ VE1 – Ribeira de São Jorge – Arco de São Jorge;
- ✓ VE1 – Arco de São Jorge – Boaventura;
- ✓ VE1 - Boaventura – São Vicente;
- ✓ VE8 – Vasco Gil – Fundoa, à cota 500;
- ✓ VR2 – Câmara de Lobos – Estreito de Câmara Lobos;
- ✓ VE3 – Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo;
- ✓ VE3 – Variante da Madalena do Mar.

Todas as empreitadas de construção foram lançadas e adjudicadas pela RAMEDM,S.A., tendo os correlativos contratos sido celebrados na sequência do procedimento pré contratual legalmente exigido e submetidos à fiscalização prévia do TC. Apesar de cedidos à VIAMADEIRA, S.A., a RAMEDM,S.A. manteve as competências de gestão, acompanhamento e fiscalização dos trabalhos empreitadas, mediante mandato gratuito atribuído pela concessionária.

Faziam parte do CC, para todos os efeitos legais e contratuais, 5 aditamentos⁴³ e 6 anexos organizados da seguinte forma:

Quadro 2 – Anexos ao Contrato de Concessão

Anexos	Designação
Anexo 1	Identificação das empresas que compõem o agrupamento.
Anexo 2	Lista dos contratos de empreitada a outorgar relativos aos lanços que integram o objeto da concessão.
Anexo 3	Lista dos contratos de empreitada outorgados relativos aos lanços que integram o objeto da concessão.
Anexo 4	Identificação dos lanços, definição dos respetivos limites físicos e localização dos postos de contagem.
Anexo 5	Acordo Direto entre a Região Autónoma da Madeira e os acionistas privados.
Anexo 6	Regras relativas à Comissão de Acompanhamento da Concessão.

Saliente-se que do conjunto de contratos e de acordos instrumentais não faziam parte contratos de financiamento, uma vez que, à data da assinatura do contrato de concessão, não tinha ocorrido o fecho financeiro da operação.

3.3.3. A duração da concessão

A concessão teria a duração de 30 anos (cláusula 14.1), a contar da data de celebração do contrato (que ocorreu em 29/12/2008) acrescida do período decorrido entre a data de entrada em vigor do DLR n.º 36/2008/M (14 de agosto de 2008) e a data de assinatura do Contrato de Concessão (cláusula 14.2).

De notar que o contrato de concessão, de 29 de dezembro de 2008, foi celebrado sob condição da VIAMADEIRA,SA vir a obter o financiamento necessário à prossecução do objeto da concessão, cujas condições, iriam definir o preço a pagar pela RAM pelo serviço prestado ao longo dos próximos 30 anos.

No fim do prazo da concessão terminavam para a concessionária todos os direitos e obrigações emergentes do contrato, revertendo, de forma automática e gratuita, para a concedente todos os bens afetos à concessão, em estado que satisfizesse as condições definidas no ponto 14.3. do CC, bem como as ações representativas do capital social da concessionária, incluindo bens e direitos.

3.3.4. Direitos e deveres das partes

Um dos aspetos que ressalta do CC é que a concessionária não assumiu qualquer responsabilidade pela conceção, projeto ou execução das obras de construção das vias concessionadas, nem por eventuais vícios ou defeitos nas mesmas.

43

Os aditamentos dizem respeito ao prazo definido para o fecho financeiro da operação.

O que se verificou foi que a RAM transferiu para a concessionária as atividades de financiar, conservar e explorar lanços de estradas, em regime de portagens SCUT, dispondo-se a pagar, como contrapartida, as portagens virtuais consoante a utilização que as vias rodoviárias viessem a ter.

Os direitos do concedente, neste tipo de concessão, assentam, essencialmente, em poderes de fiscalização das atividades da concessionária, poderes de modificação unilateral e poderes sancionatórios, em situações de incumprimento.

3.3.5. Caso Base e o comparador do Setor Público

Só no Fecho Financeiro (conhecidas as condições reais do financiamento) é que seria produzido, pelas partes, o Caso Base⁴⁴, que representa a equação financeira sobre a qual assentam os pressupostos macroeconómicos e microeconómicos do projeto de PPP.

Como não ocorreu o Fecho Financeiro da operação, o Caso Base acabou por não ser concretizado, impedindo o seu confronto com o “Comparador do Sector Público” que não é mais do que o custo estimado que a RAM teria de suportar se, hipoteticamente, desenvolvesse o mesmo projeto da forma tradicional.

Neste âmbito, com base nos pressupostos disponibilizados pelo GR e que não foram objeto de análise por inutilidade superveniente, o Banco EFISA, em Junho de 2009, estimou, a preços de 1 de janeiro de 2009, em 779 milhões de euros, “o Valor Actualizado Líquido dos investimentos em capital, dos custos de exploração e conservação e dos riscos”⁴⁵ da construção e exploração pela via tradicional das vias concessionadas:

Quadro 3 – Comparador do Setor Público Total

Componente	(Mil euros)	
	Valor Atualizado Líquido	%
VAL Investimento Inicial	617.970	79,3%
VAL Investimento em Grandes Reparações	13.881	1,8%
VAL Custos de Conservação/Manutenção	42.437	5,4%
VAL Custos com Fornecimentos e Serviços Externos	42.436	5,4%
VAL Custos com Pessoal	21.218	2,7%
CSP		
Base	737.942	94,7%
VAL dos Riscos Transferíveis	40.900	5,3%
VAL dos Riscos Retidos	0	0,0%
CSP		
Total	778.842	100,0%

Fonte: Comparador do Sector Público - Banco Efisa

No Relatório de 6 de novembro de 2009 do Banif - Banco de Investimento, S.A., intitulado *Comentários ao Contrato de Concessão e anexos*, em que se analisava a PPP com base na informação recebida dos acionistas privados, era referido que a “TIR Accionista Real proposta para a ViaMadeira (11,27%) é superior à contratualizada para os projectos da ViaLitoral e ViaExpresso (10,78% e 10,90%, respectivamente)”.

⁴⁴ Do “Caso Base” constam, entre muitos outros dados financeiros, o montante de investimento previsto, o custo e a estrutura do financiamento da parceria e os desembolsos a efetuar pelo Estado durante o período da concessão. Trata-se no fundo da estimativa do custo total daquela PPP (com as inerentes especificidades ligadas ao financiamento, aos riscos e aos serviços envolvidos).

⁴⁵ De acordo com o Despacho n.º 13208/2003, de 7 de julho, do Ministro das Finanças, “a projecção de inflação a adoptar nos estudos económico-financeiros para o lançamento de PPP’s deverá corresponder a uma taxa anual de 2%” e em “conformidade com o Despacho n.º 12308/2003 do Ministério das Finanças, utilizou-se uma taxa anual nominal de 6,08% para a actualização dos cash-flows do projecto para 1 de Janeiro de 2009. Esta taxa tem subjacente uma taxa anual real de 4% e uma taxa anual de inflação de 2%.

3.3.6. A partilha de riscos

Um dos princípios subjacentes às PPP é o de se alcançar uma adequada partilha dos riscos do projeto entre o concedente e o concessionário, que permitirá gerar menores custos de construção, operação e financiamento e, em consequência, produzir um maior *value for Money* para o concedente, quando comparado com outras formas de financiamento.

Nas concessões SCUT, os riscos imputados à concedente, para além dos que provêm do resgate ou da rescisão decorrem, essencialmente, das disposições contratuais que conferem às concessionárias o direito à reposição do equilíbrio financeiro⁴⁶.

Situação que merece destaque nesta concessão, e que constitui um desvio à matriz clássica dos riscos, é o facto do risco de construção ser integralmente assumido pela concedente, uma vez que, de acordo com o CC (cláusula 8.3 do contrato), “[a] Concessionária não assume qualquer responsabilidade pela concepção, projecto ou execução das obras de construção das Vias Concessionadas, nem por eventuais vícios ou defeitos das mesmas”.

Assim, ficou a concedente responsável por “(...) indemnizar a Concessionária de quaisquer danos que possam resultar da concepção, projecto ou execução das obras de construção da concessão, incluindo perante empreiteiros, a RAMEDM e/ou terceiros, e inclusivamente ressarcindo-a de quaisquer custos processuais e legais em que eventualmente tenha de incorrer por força dos mesmos”.

Quanto às outras situações, contratualmente definidas, que conferem à concessionária o direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, destacam-se as seguintes:

- ✓ Risco da introdução de modificações unilaterais pelo concedente;
- ✓ Risco da ocorrência de casos de força maior;
- ✓ Risco de alterações legislativas de carácter específico;
- ✓ Risco de expropriações.

Todos estes riscos são normalmente assumidos pela parte pública, ou por constituírem situações que estão, de uma forma ou de outra, dependentes de atos ou acontecimentos ligados à atuação da própria administração, ou (como nos casos de força maior) porque teriam um tal impacto na atividade concessionada que muito dificilmente seriam encontrados parceiros privados dispostos a assumi-los.

Estava previsto no CC que a reposição do equilíbrio financeiro teria lugar com referência ao Caso Base, produzido no Fecho Financeiro, podendo esta ocorrer:

- ✓ Pela atribuição de compensação direta pela concedente;
- ✓ Através da revisão das tarifas e bandas de tráfego;
- ✓ Pela prorrogação do prazo da concessão;
- ✓ Pela combinação das modalidades anteriores ou outra forma acordada pelas partes.

No período inicial da concessão, a reposição do equilíbrio financeiro apenas teria lugar mediante a atribuição de compensação direta pela concedente.

3.3.7. O financiamento da concessão

O sistema de financiamento subjacente à concessão baseava-se no modelo *project finance*, embora numa variante que o afasta da pureza conceptual da parceria público-privada, assentando a equação financeira do negócio na obrigação de a VIAMADEIRA, S.A. “(...) dotar-se dos meios financeiros necessários ao cumprimento das suas obrigações, no âmbito do Contrato de Concessão”.

De modo a obter os fundos necessários, a concessionária, no CC, obrigou-se a desenvolver “(...) os melhores esforços no sentido de concluir negociações e outorgar, até 30 de Junho de 2009, os Contratos de Financiamento com os Bancos Financiadores⁴⁷”.

Posteriormente, através da Resolução n.º 530/2009, de 30/04, o CGR autorizou o agrupamento constituído pelas empresas Zagope, S.A., Tâmega, S.A., AFA, S.A., Somague, S.A. e Tecnovia Madeira, S.A. a “(...) negociar com instituições

⁴⁶ A matriz da partilha dos riscos desta concessão consta do Anexo IV.

⁴⁷ Cfr. o ponto 18.2. do CC.

financeiras para angariação dos meios necessários ao cumprimento do conjunto das obrigações” da VIAMADEIRA, S.A., quer em relação seu objeto inicial, quer no que diz respeito à extensão que foi entretanto produzida.

A data para o fecho financeiro foi sendo prorrogada, por sucessivas resoluções do CGR, até que, em 30 de junho de 2011, o CGR veio dar “(...) *por findo o processo que estava em curso para o fecho da operação financeira*”, sem que a mesma tivesse sido concluída com sucesso (Resolução n.º 954/2011).

Ou seja, não foi possível celebrar um contrato de financiamento que suportasse as responsabilidades com as obras a cargo da concessionária, quer as que estavam já concluídas, quer as que se encontravam a decorrer ou por iniciar.

Consequentemente a RAM assumiu, retroativa e automaticamente, a posição de dona da obra em relação a todos os contratos de empreitada que integravam a concessão e, ficou responsável por toda a dívida e compromissos a eles associados, situação que teve implicações no défice e no nível de endividamento da Região.

3.3.8. Pagamentos à concedente e à concessionária

No ponto XIV das Bases da Concessão, publicadas em 14 de agosto de 2008, é referido que “[a] *concessionária pagará à concedente o valor de € 472 600 000, nos termos e momentos definidos no contrato de concessão*” e que, caso viesse a ocorrer a extensão da concessão, o Governo Regional exigiria o pagamento de uma nova verba à concessionária, a qual deveria constar de uma alteração ao contrato de concessão.

Consequentemente, face à extensão da concessão, em 15 de janeiro de 2009, o CGR decidiu que a VIAMADEIRA, S.A. teria de pagar à Região o montante adicional de 278 873 000,00€, ao qual seriam deduzidos os pagamentos pelos quais fosse responsável no âmbito das empreitadas, em relação às quais assumiu a posição contratual original da RAMEDM, S.A. nos termos definidos no CC⁴⁸.

Posteriormente, no CC ficou estipulado que, caso o Fecho Financeiro fosse concretizado, a concessionária pagaria à concedente o montante de 751 473 000,00€, deduzido de todos os custos que resultassem dos contratos de empreitada suportados pela concessionária. Se os referidos custos ultrapassassem o montante determinado, a sua assunção seria da responsabilidade do concedente, que entregaria os montantes à concessionária para posterior pagamento aos empreiteiros, à RAMEDM, S.A. ou a outras entidades. Em 30 de novembro de 2010, ocorreu uma alteração ao DLR n.º 36/2008/M e às Bases da Concessão, tendo sido determinado que “[o] *valor a pagar à Região Autónoma da Madeira é o que constar no contrato de concessão, e será satisfeito unicamente pelo pagamento dos encargos referentes à execução das empreitadas de obras públicas*” das vias rodoviárias que constituíram o objeto inicial da concessão⁴⁹.

Assim, os 751,5 milhões de euros deveriam cobrir os encargos com a execução das seguintes empreitadas:

- ✓ Nova Ligação Vasco Gil – Fundoa, à Cota 500 (1.ª e 2.ª fases);
- ✓ Via Expresso Ribeira de S. Jorge – Arco de S. Jorge (1.ª e 2.ª fases);
- ✓ Via Expresso Boaventura – S. Vicente (1.ª, 2.ª e 3.ª fases);
- ✓ Via Expresso Arco de S. Jorge – Boaventura.
- ✓ Via Rápida Câmara de Lobos – Estreito de Câmara de Lobos;
- ✓ Via Expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo (1.ª e 2.ª fases);
- ✓ Variante à Madalena do Mar (1.ª e 2.ª fases).

Assinale-se que a dedução ao valor a pagar pela concessionária, de todos os encargos com a execução das empreitadas dos troços viários objeto da concessão, poderia conduzir a uma situação em que não só não haveria a entrada de qualquer receita nos cofres da Região como poderia haver lugar a pagamentos adicionais.

Assim, estava previsto no CC que os pagamentos a efetuar pela concedente se desenvolveriam em 2 períodos distintos: durante o período inicial da concessão e depois desse período. Após o Fecho Financeiro, e até ao momento da efetiva transferência de todos os lanços para a concessionária, a concedente pagaria, a título de gestão do objeto da concessão, as quantias que tivessem sido acordadas no Fecho Financeiro, nas datas e condições fixadas.

Após o período inicial da concessão, os pagamentos por disponibilidade, a efetuar pela concedente, seriam definidos no Fecho Financeiro e a concessionária, teria ainda o direito de receber as importâncias relativas às portagens SCUT.

⁴⁸ Cfr. a Res. n.º 55/2009, do CGR, de 15/01.

⁴⁹ Vide o ponto 3.3.2 do presente documento.

Deste modo, as prestações periódicas, distribuídas ao longo do período da concessão (30 anos), remunerariam não só os custos de exploração e manutenção das vias, como também os custos de capital e juros, de maneira a amortizar e remunerar adequadamente o capital investido pela sociedade concessionária.

3.4. LEGALIDADE E IMPLICAÇÕES FINANCEIRAS DA CONCESSÃO PARA A RAM

3.4.1. A criação da VIAMADEIRA, S.A.

Visando a salvaguarda da eficiência da utilização dos fundos públicos, *maxime*, do interesse público, decorre do enquadramento legal das PPP que a administração deveria reunir um conjunto de pressupostos antes da decisão de lançamento da PPP (cfr. os art.ºs 6.º e 10.º do RJPPP).

O princípio da subsidiariedade das parcerias impõe que elas devem apresentar *vantagens* relativamente a outras formas de alcançar os mesmos fins, implicando uma avaliação financeira comparativa das PPP (cfr. os art.º 6.º, n.º 1, al. c); art.º 8.º, n.º 7, al. d); art.º 9.º, n.º 2 e art.º 11.º, n.ºs 1 e 3).

Para além dessa exigência de avaliação existe uma vinculação legal de elaboração do comparador do sector público em momento prévio ao lançamento de uma PPP (cfr. o art.º 6.º, n.º 1, al. c) do RJPPP; art.º 266.º, n.º 1 da CRP e art.º 4.º do CPA (princípios da eficiência e da prossecução do interesse público)⁵⁰.

Segundo o regime jurídico aplicável a avaliação do mérito da PPP deve realizar-se em três momentos:

- a) antes do lançamento da PPP (cfr. o art.º 6.º, n.º 1, al. c) e o art.º 8.º, n.º 7, al. d) do RJPPP);
- b) durante o procedimento de formação da PPP (art.º 9.º, n.º 2 e art.º 11.º, n.º 3 do RJPP);
- c) antes do ato de adjudicação (art.º 11.º, n.ºs 2 e 3, do RJPP).

No entanto, os elementos disponíveis indiciam fortemente que o CGR não fundamentou, como devia, o projeto de DLR que criou a VIAMADEIRA, S.A., e que concretizou de forma imperativa a opção pela PPP. De facto, à data, não tinham sido elaborados os estudos tendentes à avaliação das vantagens comparativas da PPP⁵¹ relativamente às alternativas para alcançar os mesmos fins tal como obrigam os referidos art.ºs 6.º, 9.º e 11.º do RJPPP sendo de relevar o facto do:

- Comparador do setor público (adjudicado ao Banco EFISA em 20/04/2009) só ter sido apresentado em Julho de 2009, cerca de um ano depois da aprovação do DLR n.º 36/2008/M, de 1 de agosto, data em que o GR já havia prescindido da maioria do capital social da empresa e a VIAMADEIRA, S.A. já havia dado andamento às empreitadas abrangidas pela concessão.
- Não ter sido apurado o custo da PPP (o denominado Caso Base), porque sem o fecho dos contratos de financiamento, não só, não se podia estimar o custo do capital, como poderia estar em causa a viabilidade do projeto caso o custo ou o prazo dos financiamentos não fosse adequado.

De qualquer forma o que releva desta factualidade é que o CGR avançou com a criação da concessionária sem ter informação sobre as suas vantagens face à alternativa tradicional como obrigam os art.ºs 6.º e 10.º do RJPPP.

Tão grave quanto o incumprimento do citado normativo legal é o facto da celebração do CC ter ocorrido antes do fecho financeiro da concessão sem que o CGR tivesse ponderado, como devia, os efeitos em termos de dimensão e sustentabilidade plurianual dos encargos assumidos com a PPP, e sobretudo, dos efeitos do insucesso da operação de financiamento da PPP.

Analisada a factualidade, pode entender-se que o CGR agiu à revelia do referido quadro legal, tendo submetido à Assembleia Legislativa da Madeira uma proposta legislativa que tinha subjacente a execução de obras públicas por uma concessionária de capitais maioritariamente privados, detida por empreiteiros a quem havia sido adjudicada, após a realização dos necessários procedimentos concursais, a construção de troços objeto da concessão, sem que houvesse garantias idóneas de financiamento do projeto.

No relato foi enunciada a suscetibilidade de ser imputada responsabilidade financeira sancionatória aos membros do CG que deliberaram propôr à ALM a criação da VIAMADEIRA, S.A. (cfr. a Resolução n.º 778/2008, de 17/07) sem que tivessem sido observados os invocados comandos do RJPPP⁵² tendo no contraditório, o Secretário Regional do Plano e Finanças⁵³,

⁵⁰ Cfr. os Acórdãos do Tribunal de Contas n.ºs 160/09 e 12/2010 da 1.ª Secção.

⁵¹ O estudo elaborado pelo Banco Efisa foi adjudicado em 20 de abril de 2009, tendo o correlativo relatório preliminar sido apresentado em junho de 2009.

⁵² Designadamente, os art.º 6.º, n.º 1, al. c); art.º 8.º, n.º 7, al. d); art.º 9.º, n.º 2 e art.º 11.º, n.ºs 1 e 3 do RJPPP.

contraposto que “*não foram violadas por aquele ato quaisquer normas sobre a assunção de despesas públicas (alínea b) do artigo 65º da LOPTC), tendo o mesmo sido praticado na estrita observância nas normas legais aplicáveis, nomeadamente de forma e competência*”. Considerou ainda que as “*normas cuja violação se alega neste ponto do presente relato constantes do RJPPP (...) não são diretamente aplicáveis à Região Autónoma por expressa determinação daquele diploma legal que não inclui as Regiões Autónomas no seu âmbito subjetivo (artigo 2º)*”.

Sobre a primeira questão há que aquiescer com a argumentação apresentada pois na verdade o Conselho do Governo não autorizou qualquer despesa e a LOPTC não prevê o sancionamento do tipo de deliberação em causa mesmo que aquela substancie um ato de gestão potencialmente contrário aos critérios da economia, eficiência e eficácia.

Em abono da verdade, as invocadas infrações ao RJPPP aprovado pelo DL n.º 86/2003, de 26 de abril, poderiam suscitar um eventual pedido de avaliação da legalidade do DLR n.º 36/2008/M, de 1 de agosto, por estar em causa o incumprimento de um diploma que define as “*(...) normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas*”.

Todavia, a questão poderá ser analisada em sede de responsabilidade civil extra-contratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31/1, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17/07, por danos resultantes do exercício da função administrativa (cfr. os art.ºs 7.º a 12.º) legislativa (cfr. o art.º 15.º) e jurisdicional (art.º 12.º a 14.º).

Quanto à invocada inaplicabilidade do RJPPP à RAM, assinala-se que, na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor no todo nacional como estabelece o n.º 2 do art.º 228.º da CRP que, sob a epígrafe de “*Autonomia legislativa*”, dispõe que “*Na falta de legislação regional própria sobre matéria não reservada à competência dos órgãos de soberania, aplicam-se nas regiões autónomas as normas legais em vigor.*”

Por seu turno, o ex-Secretário do Equipamento Social invocou que “*Ao contrário do que ocorre com o presente debate nacional sobre as PPP’s, em que muita censura é dirigida ao facto de se terem executado obras sem qualquer utilidade, na Região Autónoma da Madeira ninguém se atreve a afirmar que a importância das vias que estavam contidas na VIAMADEIRA (como sucedeu com o objecto das restantes concessões) era, e é, real. Portanto, fazia falta que se construíssem. E na ausência de alternativas verdadeiras de financiamento, ou era assim, ou não se construía*”. **E rematou que quando se opta por uma PPP “ (...)gasta-se sempre mais. E a razão pela qual se opta, mesmo nessas condições sempre mais gravosas, é a de que não existe possibilidade de financiar por outros meios (...) E assim é com todos os projectos concessionados que não geram receitas capazes de se auto-pagar, como toda a gente sabe (...)”**. Como não havia qualquer possibilidade de financiamento tradicional em meados de 2008, daí o recurso à PPP.

O que ressalta das alegações do ex-membro do governo com a tutela do equipamento social é a apologia da obrigatoriedade da construção das vias concessionadas independentemente do custo do financiamento. Tratar-se-ia, quase, de um “*estado de necessidade*” que tudo justifica, sem olhar aos recursos públicos envolvidos e aos sacrifícios que gera na esfera dos contribuintes.

Obviamente que não se poderia estar mais em desacordo com a perspetiva defendida.

Independentemente das obrigações legais de fundamentação das opções públicas de financiamento da construção de infraestruturas (que, como se viu, exigem a análise custo / benefício das PPP), nenhum governante deveria poder viabilizar a criação de uma sociedade destinada, numa primeira fase, a receber contratos de empreitada de obras públicas já adjudicados sem haver garantia financiamento para essas obras. A mais elementar prudência obrigava a que não fosse dada execução a nenhum dos lanços concessionados antes de ser concretizado o fecho da operação de financiamento ou que, do lado da “*Estradas da Madeira, S.A.*”, fosse cativada a verba necessária para assegurar a satisfação das obrigações da RAM perante os empreiteiros.

Mais, a argumentação do ex-governante cujo excerto se reproduz espelha o primado da vontade sobre as regras legais a que todos os gestores públicos estão vinculados por força do princípio da legalidade e da prossecução do interesse público. Essas afirmações contrariam o denominado princípio da subsidiariedade das parcerias que impõe que elas devem apresentar *vantagens* relativamente a outras formas de alcançar os mesmos fins (cfr. os art.º 6.º, n.º 1, al. c); art.º 8.º, n.º 7, al. d); art.º 9.º, n.º 2 e art.º 11.º, n.ºs 1 e 3 do RJPPP).

Finalmente, o mesmo responsável afirma que o estudo foi feito mas não em momento anterior à aprovação do DLR n.º 36/2008/M, tendo sido realizado num momento em que já se sabia que qualquer estimativa de custo seria impossível de se produzir.

Esta argumentação colide com a aludida vinculação legal de elaboração do comparador do sector público em momento prévio ao lançamento de uma PPP [cfr. o art.º 6.º, n.º 1, al. c) do RJPPP; art.º 266.º, n.º 1 da CRP e art.º 4.º do CPA].

3.4.2. Legalidade do procedimento e do contrato de concessão

O contrato de concessão foi celebrado em 29/12/2008, tendo como representantes, por parte da RAM, os Secretários Regionais do Plano e Finanças e do Equipamento Social, e da concessionária, o seu administrador.

Da análise efetuada releva que:

- a) O CC, apesar de envolver a aquisição de serviços e dele resultarem encargos financeiros para a RAM, não foi submetido à fiscalização prévia do TC como determina o n.º 1 do art.º 46.º da LOPTC⁵⁴.

No relato considerou-se que a factualidade era suscetível de fazer incorrer em responsabilidade financeira sancionatória, nos termos da al. h) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC, o Secretário Regional do Plano e Finanças, José Manuel Ventura Garcês e o ex-Secretário Regional do Equipamento Social, Luís Manuel dos Santos Costa, em virtude de lhes ter sido delegada a competência para assinar o CC em nome da RAM.

Em sede de contraditório, o Secretário Regional do Plano e Finanças manifestou a sua discordância em relação à sujeição a fiscalização prévia do CC, considerando não ser *“(…) verdade que o mesmo, pelo menos imediatamente e nos pressupostos que foi assinado, implicasse qualquer despesa. Com efeito se por um lado nele se previa que os encargos com todas as despesas diretas seriam da conta da concessionária, por outro a obrigação relativa ao ressarcimento do financiamento a contrair pela mesma ficou dependente de um outro instrumento legal a assinar entre as partes o qual por via das circunstâncias conhecidas nunca chegou a ser celebrado.”*

De igual modo, não concordou com a responsabilidade financeira que lhe foi imputada argumentando que *“é consabido que essa competência e responsabilidade pertence só e apenas ao serviço onde decorreu e que instruiu o respetivo processo”*.

Por outro lado, o ex-Secretário Regional do Equipamento Social, Luís Manuel dos Santos Costa, considera que é admissível *“a correcção da crítica do Tribunal de Contas, se bem que a mesma tenha de ser contextualizada no que efectivamente ocorreu”*, referindo, no entanto, que *o primeiro contrato de concessão não continha qualquer obrigação relativa ao repagamento do financiamento, porque o financiamento não constava desse documento* não sendo por isso um *“documento típico gerador de despesa”*.

Acrescentou que *“[s]ó com o fecho da operação financeira, que nunca ocorreu, seriam imputados custos à concedente”* e que *“[s]empre foi intenção do Governo Regional enviar ao Tribunal de Contas, como competia, a versão do contrato de concessão que contivesse o financiamento, razão pela qual não pode, em caso algum ser comparada esta situação a uma outra em que tudo estivesse regularmente previsto, e, ainda assim, o Governo Regional não enviasse o documento em questão para o exercício dos poderes de fiscalização”*.

No respeitante à matéria controvertida concede-se que o contrato em causa é um contrato atípico mas que tal não obstará a que o mesmo tivesse sido submetido à fiscalização prévia do TC, uma vez que envolvia a aquisição de serviços e implicava despesa para a RAM. É certo que tal despesa, à data da celebração do contrato, era ainda incerta mas, por isso mesmo, deveriam os serviços ter remetido o correlativo contrato para o TC que decidiria sobre essa questão.

A intenção de remeter o contrato de concessão aquando do fecho financeiro ficou prejudicada, como é de ver, pela frustração da concessão que, de uma penada só, onerou o orçamento regional com os encargos emergentes de todas as empreitadas e juros de mora transferidas para a VIAMADEIRA, S.A. ao abrigo do contrato inicial que, nas palavras do Secretário Regional do Plano e Finanças, não implicava *“pelo menos imediatamente e nos pressupostos que foi assinado, [...] qualquer despesa”*.

Finalmente, em matéria da imputação de responsabilidade financeira, em face da clarificação da intervenção da SRPF no processo, anui-se com a posição do titular daquela Secretaria, de que a responsabilidade pela remessa dos contratos a fiscalização prévia competia ao ex-responsável pela SRES.

- b) O pagamento dos custos inerentes aos contratos de empreitada cedidos pela RAM não cabia na área da atuação da VIAMADEIRA, S.A. que tem como limite o objeto social⁵⁵ que lhe foi traçado e atribuído pelo diploma de constituição e

⁵⁴ Cfr. a al. c) do n.º 1 do art.º 5.º conjugada com a al. a) do n.º 1 do art.º 47.º e art.º 48.º (à data € 333.610,00, com decorre do art.º 121.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31/12, que aprovou o OE para 2008) todos da Lei n.º 98/97.

⁵⁵ Atenta a natureza societária da VIAMADEIRA (sociedade anónima), a sua capacidade jurídica compreende, nos termos do art.º 6.º do Código das Sociedades Comerciais, *“os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, excetuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular”*. O n.º 4 daquele preceito legal estatui ainda que *“[a]s cláusulas contratuais e as deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objeto ou proibam a prática de certos atos não limitam a capacidade da sociedade, mas constituem os órgãos da sociedade no dever de não excederem esse objeto ou de não*

que se cinge à exploração e manutenção, em regime de concessão de serviço público, dos troços das estradas regionais, identificados no art.º 1.º do DLR que criou a VIAMADEIRA (cfr. o art.º 3.º dos Estatutos).

Tendo em conta o exposto, caso tivessem ocorrido pagamentos, tanto o direito civil (art.ºs 160.º e 294.º do Código Civil) como o direito administrativo (art.º 133.º, n.º 1, e n.º 2, al. b), do CPA) determinariam a nulidade dos atos praticados.

- c) A partilha de riscos no contrato em apreço (cfr. o ponto 3.3.6) não observa o art.º 413.º do CCP, segundo o qual o CC deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário (cfr. ainda a al. b) do art.º 7.º do DL n.º 86/2003)⁵⁶.

Ora, se o contrato outorgado fosse efetivamente concretizado não respeitaria aquela injunção legal, padecendo de uma ilegalidade de cariz financeiro.

De igual modo, e conforme foi referido no ponto 3.3.8, para além dos pagamentos por disponibilidade, a efetuar pela concedente, a concessionária teria ainda o direito de receber as importâncias relativas às portagens SCUT, dependentes do volume de tráfego que se verificasse.

A variável volume de tráfego, por determinar os montantes dos pagamentos das portagens SCUT, constitui um elemento mais sensível e, simultaneamente, de maior aleatoriedade no âmbito da concessão, por admitir a possibilidade de oscilações nos recebimentos, devido a serem calculados em função do trânsito registado, dependendo o sucesso financeiro da concessão da maior ou menor proximidade da estimativa inicial à realidade. Isto é, o risco associado ao fluxo de tráfego é determinante no impacto sobre a viabilidade da operação em si mesma.

Ao concordar com a partilha de riscos já referida, não acautela a observância do art.º 18.º, n.º 3 da Lei n.º 28/92, de 2/09, na parte da justificação da despesa quanto à sua economia, eficiência e eficácia, bem como dos diplomas que aprovaram o ORAM⁵⁷, traduzido na incumbência do executivo regional de tomar as medidas necessárias para uma rigorosa contenção das despesas públicas e controlo da sua eficiência de forma a alcançar a melhor aplicação dos recursos públicos.

- d) A concessionária assumiu-se como a única responsável pela obtenção do financiamento, mas ficou acordado no CC, como causa de caducidade (cfr. a cláusula 50.ª), a não obtenção, até 30/06/2009, do fecho da operação de financiamento (cláusula 18.2.)⁵⁸.

Dessa forma, o Conselho do Governo Regional ao aceitar o estipulado na citada cláusula 50.ª do CC (cfr. a Resolução n.º 1559/2008, de 18/12/2008)⁵⁹, onerou imprudentemente e ilegalmente o seu orçamento, assumindo a totalidade dos riscos da não obtenção do financiamento da PPP, sem ter acautelado, mais uma vez, a observância do citado art.º 18.º, n.º 3 da Lei n.º 28/92⁶⁰.

Os factos relatados são suscetíveis de fazer incorrer em responsabilidade financeira sancionatória, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC, os membros presentes na Reunião do Conselho do GR de 18/12/2008, que aprovou a Resolução n.º 1559/2008, por infringirem o art.º 18.º, n.º 3 da Lei n.º 28/92. Note-se, face à prova recolhida, que a deliberação em análise terá sido tomada de forma livre, consciente e voluntária.

praticarem esses atos”, entendendo-se aqui por objeto social as atividades a exercer pela sociedade, conforme se depreende do n.º 2 do artigo 11.º do CSC.

Por outro lado, o CCP (art.º 407.º), define a concessão de serviço público como “o contrato pelo qual o co -contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público.”

⁵⁶ Cfr. o Relatório de Auditoria n.º 26/2009 – 2.ª s/PL, de 14/07 – Concessão do Terminal de Contentores de Alcântara: Pontos 3.7, 4 e 5 do Sumário Executivo.

⁵⁷ Cfr. o art.º 15.º do DLR n.º 3/2007/M, de 9/01; o art.º 17.º do DLR n.º 2-A/2008/M, de 16/01; o art.º 16.º do DLR n.º 45/2008/M, de 31/12; o art.º 15.º do DLR n.º 34/2009/M, de 31/12 e o art.º 25.º do DLR n.º 2/2011/M, de 10/01.

⁵⁸ A situação arrastou-se até 2011. De acordo com as definições das disposições gerais do contrato de concessão o fecho financeiro seria o momento em que as partes contratantes e os acionistas e os bancos financiadores acordassem os termos definitivos de aporte de fundos próprios e alheios à concessão.

⁵⁹ Publicada no JORAM, I Série, n.º 160, de 30/12/2008.

⁶⁰ A corroborar a importância que o Tribunal de Contas tem dado à salvaguarda do princípio da economia, eficiência e eficácia consagrado na LEOE veja-se o Acórdão n.º 57/2011, de 11/07/1.ªS/SS, que manteve a Decisão, proferida em 1.ª instância, de recusa de visto ao contrato: “28. Como se viu nos n.ºs 20 e 22 a 27, foram violados os artigos 124º e 125º do CPA, o n.º 2 do artigo 3º e os n.ºs 1 e 2 do artigo 8º do RGPIP e ainda a alínea c) do n.º 6 do artigo 42º da LEO. Caso tais violações de lei não tivessem ocorrido, certamente o resultado financeiro obtido teria sido diferente. 29. Enquadram-se, pois, tais violações no disposto na alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo 44º da LOPTC, quando aí se prevê “ilegalidade que possa alterar o respectivo resultado financeiro.” Refira-se, a propósito, que quando se diz “[i]legalidade que (...) possa alterar o respectivo resultado financeiro” pretende-se significar que basta o simples perigo ou risco de que da ilegalidade constatada possa resultar a alteração dos resultados financeiros.”

A este propósito veja-se ainda o Acórdão n.º 69/2011_1.ª S_SS, de 28/11/2011.

Na resposta ao contraditório, o Secretário Regional do Plano e Finanças manifestou, uma vez mais, a sua discordância por considerar que “ao contrário do alegado o risco foi igualmente partilhado entre a concedente”, com a justificação que “a concedente assumiu o risco das obrigações decorrentes da não concessão do financiamento aí previsto, por exigência da banca e como única forma de viabilizar esse financiamento” e que “a concessionária assumiu o risco de perder todo o investimento feito em caso de incumprimento das suas obrigações de manutenção durante todo o prazo da concessão, sem direito a qualquer indemnização”. O ex-Secretário do Equipamento Social também argumentou nesse mesmo sentido referindo que o Tribunal de Contas concedeu o visto a outros contratos com disposições semelhantes dando o exemplo do Contrato de Subconcessão Reformado do Baixo Tejo⁶¹.

O que distingue a posição do Tribunal da dos responsáveis ouvidos em contraditório é a convicção, sustentada nas regras da contabilidade pública sobre a assunção de despesas, que a cláusula de caducidade do contrato por inviabilidade do fecho financeiro da concessão num determinado prazo, substanciou um risco não admitido pela legislação vigente por permitir a realização de obras públicas, com a consequente assunção de compromissos, sem que houvesse financiamento assegurado (público ou sequer privado).

Sobre a similitude da cláusula em análise com a do contrato visado pela 1.ª Secção, considera-se que a mesma respeita apenas à parte final da cláusula 50.3⁶² sendo evidente, ao invés do sucedido na RAM, que o contrato do Baixo Tejo foi submetido à fiscalização prévia com o financiamento fechado limitando-se a possibilidade de arguição da caducidade à eventual recusa de visto.

Em relação à situação descrita, o Presidente do Governo Regional e o Vice-Presidente do Governo Regional assumiram as posições defendidas pelo Secretário Regional do Plano e Finanças e/ou pelo ex-Secretário do Equipamento Social.

A Secretária Regional da Cultura, Turismo e Transportes referiu que cada um dos membros do Conselho do Governo “delibera, nas matérias que não são da sua tutela, com base na confiança e inerente respeito pelas competências técnicas específicas de cada Secretário Regional. De igual modo, o ex-Secretário Regional de Educação e Cultura, veio afirmar que “no exercício das suas funções, cada um dos Membros do Governo, sempre atuou nos limites da sua tutela, num pressuposto de boa-fé técnica, legal e financeira, já que cada um dos membros daquele órgão deliberava em matérias que não eram das suas competências tutelares, com base num princípio de confiança e respeito pelas competências técnicas específicas de cada Membro do Governo (...)”.

Já o Secretário Regional do Ambiente e dos Recursos Naturais “[c]onsidera não existir um nexo direto ou indireto entre o alegado agente da alegada infração e a alegada infração em si” e justifica que “(...) enquanto, no âmbito da sua pasta, há aí uma hierarquia vertical que sustenta a prática do seu ato e como tal uma conexão, ainda que indireta, entre o agente e o ato; no caso de um órgão colegial, dificilmente se consegue imputar pela prática de um ato que para um ou alguns dos seus elementos lhes é completamente alheio”.

Sobre o alegado, importa referir que os órgãos colegiais são compostos por uma pluralidade de titulares cuja vontade se forma pela confluência da vontade individual de cada membro, assim, só se verifica a imputação do ato e do seu resultado ao órgão colegial (e à pessoa coletiva de que faz parte) depois de ter sido tomado conjuntamente pelos seus membros. Estes

61 Que refere o seguinte: “97.3. Se, na sequência de apreciação efectuada nos termos da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto (“LOTIC”), o Tribunal de Contas vier a emitir decisão de recusa de visto ao Contrato de Subconcessão, tal circunstância implicará as consequências previstas no art.º 45.º da LOPTC. Ficando o Concedente obrigado a reembolsar a Subconcessionária o valor de todos os custos e despesa por esta comprovadamente incorridos com a execução do presente Contrato de Subconcessão, desde que previstos no Caso Base, bem como dos custos e despesas que, em resultado da referida recusa de visto, forem comprovadamente incorridos pela Subconcessionária coma a resolução antecipada dos instrumentos de cobertura de risco de taxa de juro por esta contratados no âmbito dos Contratos de Financiamento”.

62 Que dispõe o seguinte:

“50.3. O Contrato de Concessão também caduca caso não seja obtido até 30 de Julho de 2009 o Fecho Financeiro, ou, antes disso, caso o Contrato de Concessão seja enviado para visto do Tribunal de Contas e o mesmo lhe seja recusado, cessando todos os direitos e obrigações da Concessionária emergentes do Contrato de Concessão, assumindo a Região Autónoma da Madeira, retroactiva e automaticamente, a posição da Concessionária nas cessões de posições contratuais nos Contratos de Empreitadas Outorgados, nos termos devidamente estipulados nos respectivos contratos de cessão da posição contratual, e extinguindo-se, sem prejuízo do disposto no número seguinte, as relações contratuais entre as partes, nada sendo devido por uma parte à outra em resultado da caducidade.

50.4. Com a caducidade da concessão, nos termos do número 50.3, opera-se a transmissão das acções representativas do capital social da Concessionária detidas pelos Acionistas Privados, para a região Autónoma da Madeira, nos termos melhor detalhados no Acordo Directo entre a Região Autónoma e aqueles Accionistas, que constitui o Anexo 5.”.

podem fazer constar da ata o seu voto de vencido e as razões que o justifiquem, só assim, ficam isentos da responsabilidade que resulte da deliberação tomada (art.º 28.º do CPA).

Quanto ao ex-Secretário Regional dos Recursos Humanos argumentou que sempre fez “*fê no rigor técnico com que os documentos eram elaborados, designadamente os presentes a Conselho de Governo certo de que tudo o que era exigível tinha sido feito para a salvaguarda do interesse público, conforme a lei*”.

Os argumentos invocados poderão, não obstante, ser tidos em conta em sede de avaliação da culpa no âmbito do processo jurisdicional de julgamento para efetivação de responsabilidade financeira (art.º 64.º da LOPTC) mas não poderão, nunca, servir de base à desresponsabilização dos titulares dos cargos políticos ou de direção pelos atos de autorização que praticam.

3.4.3. Implicações Financeiras da Concessão

A acumulação de responsabilidades da VIAMADEIRA, S.A. perante os empreiteiros, sem que tivesse sido possível a assinatura de um contrato de financiamento, levou a RAM, através da Resolução n.º 954/2011, a assumir diretamente as responsabilidades da concessionária, e por arrastamento, a reportar em termos de contas nacionais, os inerentes compromissos.

Em termos globais, até 30 de novembro de 2011, o envolvimento financeiro da RAM rondava os 309 milhões de euros, dos quais 253,5 milhões de euros respeitantes às empreitadas de construção dos troços e 40 milhões de euros respeitantes a juros de mora:

Quadro 4 – Responsabilidades globais da Região a 30 de novembro de 2011

(euros)

Natureza encargos	Anos				Total
	2008	2009	2010	2011	
Expropriações pagas	1 896 891,24	2 535 448,90	8 493 679,10	2 021 570,29	14 947 589,53
Assessoria jurídica e financeira	0	113 430,00	124 830,00	74 100,00	312 360,00
Empreitadas	86 414 135,44	93 694 283,14	44 479 498,74	28 935 315,43 (a)	253 523 232,75
Juros de mora	0	0	0	39 829 170,66	39 829 170,66
Transmissão ações	0	0	0	400 000,00	400 000,00
Total	88 311 026,68	96 343 162,04	53 098 007,84	71 260 156,38	309 012 352,94

(a) O montante relativo a 2011 inclui os encargos previstos com as 3 novas empreitadas que totalizam 6 710 600,00€.

Note-se que à data, uma parte significativa dos encargos com as empreitadas transferidas para a RAM, no montante de 286 641 803,41€, não só não tinham sido liquidados e pagos como nem sequer tinham sido orçamentados, o que constitui uma violação do princípio da tipicidade quantitativa que preside à execução do orçamento das despesas, em violação do n.º 1 do art.º 106.º da CRP⁶³ e do art.º 18.º da Lei n.º 28/92.

Aliás, preceitua o n.º 1 do art.º 3.º do CPA que os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos.

A violação do princípio da tipicidade quantitativa constitui, objetivamente, infração financeira por consubstanciar um comportamento contrário à lei, sendo suscetível de fazer incorrer os membros presentes na reunião do Conselho do GR de 30 de junho de 2011, que aprovou a Resolução n.º 954/2011, em responsabilidade financeira sancionatória, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC. À semelhança das situações precedentes sublinha-se, face à prova recolhida, que a deliberação terá sido tomada de forma livre, consciente e voluntária.

⁶³ Neste artigo sobre elaboração do orçamento, consta que “A lei do Orçamento é elaborada, organizada, votada e executada, anualmente, de acordo com a respectiva lei de enquadramento, que incluirá o regime atinente à elaboração e execução dos orçamentos dos fundos e serviços autónomos.”

O Secretário Regional do Plano e Finanças destacou o facto da despesa em causa não ser “previsível aquando da elaboração do orçamento regional para 2011, razão pela qual a mesma não foi orçamentada” e que, por outro lado, “uma retificação daquele orçamento naquela data (setembro de 2011) única forma de, na altura, legalmente se orçamentarem despesas não previstas resultantes de um acontecimento imprevisível, consubstanciava uma grave violação ao princípio do equilíbrio orçamental (...) uma vez que não existiam receitas suficientes para a respetiva cobertura”.

Informou ainda que “foram no caso levadas a cabo as únicas medidas legais possíveis”, reportando-se aqueles montantes como encargos assumidos e não pagos e “prevendo-se a sua regularização através da celebração de acordos de regularização de dívida no âmbito do Programa de Ajustamento Económico Financeiro da Região Autónoma da Madeira”.

Contra o argumento da imprevisibilidade das despesas impendem os sucessivos adiamentos do fecho da operação financeira que ocorreram entre 2009 e 2011 (cfr. o Anexo II, de onde constam a indicação de mais de seis Resoluções do Conselho do Governo que materializam adiamentos do prazo do fecho financeiro da concessão) que indiciavam a inviabilidade do modelo delineado e a inevitabilidade, face ao teor da cláusula 50, do orçamento regional ter de assumir, mais tarde ou mais cedo, os encargos (e a posição contratual) que foram cedidos transitoriamente pela RAM à VIAMADEIRA,S.A. ao abrigo do contrato de concessão.

Já o ex-Secretário Regional do Equipamento Social considerou que “[h]á certamente um lapso nesta hipótese de infração, pois que o acto que foi praticado pelo Conselho do Governo Regional visou não a prática de qualquer despesa, mas antes a colocação de um ponto final num procedimento que não tinha condições para se concluir”.

Referiu que “o Governo Regional, quando lhe foram apresentadas condições financeiramente inaceitáveis, preferiu retomar o custo original das empreitadas, a aceitar tais condições, com grave prejuízo para o interesse público. Um verdadeiro estado de necessidade, em que se não tivesse actuado como actuou, a VIAMADEIRA (maioritariamente privada) ficaria com o direito a receber rendas SCUT (calculadas também em função do custo do financiamento), causando avultado prejuízo para as gerações futuras.

Veio assim argumentar que “a situação em que o Governo regional estava era a de um verdadeiro **estado de necessidade** (artigo 339.º, do Código Civil), “e que [p]erante este mal maior, era claramente um mal menor a violação do princípio da tipicidade qualitativa”, não sendo “objecto, nem objectivo, da Resolução n.º 954/2008 criar nova despesa, mas reorganizar compromissos existentes, no modelo menos oneroso para o erário público”.

Na sua argumentação o ex-titular das obras públicas esquece o óbvio, ou seja, que a sobrecarga do orçamento regional ocorreu porque o Conselho do Governo viabilizou a execução de obra pública sem que houvesse o cuidado de se assegurar que existia financiamento para a obra adjudicada e cedida à VIAMADEIRA,SA. Sem essa intervenção direta do Conselho do Governo, nos termos do DLR que aprovou a concessão, o risco da não obtenção do financiamento ficaria do lado da concessionária não incorrendo a RAM em quaisquer encargos.

Discorda-se assim da invocação do “estado de necessidade” e mantém-se a posição defendida no relato que a situação, que teve o seu epílogo na reunião do Conselho do GR de 30 de junho de 2011, que aprovou a Resolução n.º 954/2011, é geradora de responsabilidade financeira⁶⁴.

Sobre esta matéria o Presidente do Governo Regional e o Vice-Presidente do Governo Regional assumiram as posições defendidas pelo Secretário Regional do Plano e Finanças e pelo ex-Secretário do Equipamento Social.

Quanto ao Secretário Regional do Ambiente e dos Recursos Naturais, ao ex-Secretário Regional dos Recursos Humanos, à Secretária Regional da Cultura, Turismo e Transportes e ao ex-Secretário Regional de Educação e Cultura consideram-se aqui reproduzidas as afirmações proferidas na parte final do ponto 3.4.2. do presente documento.

3.4.3.1. EXPROPRIAÇÕES

No que concerne à expropriação de parcelas de terreno, necessárias para a construção dos lanços concessionados, decorria do CC que “[o]s encargos com as expropriações requeridas pela Concessionária são da responsabilidade da Concedente”.

Os pagamentos relativos a processos expropriativos, encontram-se discriminadas no quadro:

⁶⁴ E, eventualmente, de responsabilidade penal de titulares de cargos políticos (Lei n.º 34/2007, de 16/7, com as alterações da Lei n.º 41/2010, de 3/09)

Quadro 5 – Pagamentos de expropriações reportadas a 30 de novembro de 2011

(euros)

Troços viários	Anos				Total
	2008	2009	2010	2011	
Via Expresso Ribeira de São Jorge - Arco de São Jorge	852 985,79	471 692,74	682 931,96	97 054,35	2 104 664,84
Nova Ligação Vasco Gil - Fundoa, à Cota 500	55 980,91	513 754,95	1 359 051,73	271 052,71	2 199 840,30
Via Expresso Fajã da Ovelha - Ponta do Pargo	103 871,61	125 594,90	351 971,56	250 960,27	832 398,34
Via Rápida Câmara de Lobos - Estreito de Camara de Lobos	678 147,13	1 323 061,21	5 602 459,46	948 134,37	8 551 802,17
Variante da Madalena do Mar	98 637,96	60 577,48	161 381,11	21 349,5	341 946,05
Via Expresso Boaventura - S. Vicente	107 267,84	40 767,62	335 883,28	433 019,09	916 937,83
Total	1 896 891,24	2 535 448,90	8 493 679,10	2 021 570,29	14 947 589,53

Até 30 de novembro de 2011, através da rubrica orçamental *Aquisição Bens Capital – Investimentos – Terrenos* foram efetuados pagamentos num montante global superior a 14,9 milhões de euros, valor que não abrange a totalidade das parcelas de terreno, necessárias para a realização das empreitadas inseridas na Concessão.

Isto significa que, pelo menos o orçamento para 2012, deverá incluir ainda compromissos relativos a expropriações, cujas empreitadas já foram terminadas ou estão em execução.

3.4.3.2. EMPREITADAS

Dos 13 projetos que a VIAMADEIRA⁶⁵, S.A. se propôs a executar, só sete empreitadas tiveram execução, sendo que dessas só quatro apresentavam em 30/11/2011, um grau de execução de 100%:

Quadro 6 – Execução dos contratos de empreitada em Junho e Novembro de 2011

(euros)

Designação da Empreitada	Valor Contratual	Situação até 30/06/2011		Situação entre 30/06/ e 30/11/2011	
		Valor faturado	Taxa execução	Valor faturado	Taxa execução
Via Expresso Ribeira de S. Jorge - Arco de S. Jorge - 1. ^a Fase Túneis a)	48.400.759,86	52.137.877,91	100%	0,00	100%
Nova Ligação Vasco Gil - Fundoa, à Cota 500 - 1. ^a Fase	41.966.491,80	24.542.225,46	57%	2.632.544,66	65%
Via Expresso Fajã da Ovelha - Ponta do Pargo 1. ^a Fase - Túneis	37.960.000,00	37.067.633,76	100%	0,00	100%
Via Expresso Boaventura - S. Vicente 1. ^a Fase - Túneis	42.827.000,00	42.148.629,13	92%	644.535,99	100%
Via Rápida Câmara de Lobos -Estreito de Câmara de Lobos	61.225.933,48	16.367.746,05	25%	1.040.881,61	28%
Variante da Madalena do Mar - 1. ^a Fase - Túnel de Vicente	53.592.500,00	39.674.711,24	70%	5.412.342,37	84%
Via Expresso Boaventura - S. Vicente - Túnel de São Vicente	24.980.000,00	25.143.504,57	100%	0,00	100%
Total	310.952.685,14	237.082.328,12		9.730.304,63	

a) Ao valor do contrato inicial, acrescem 3 adicionais (1.º adicional de 413 317,44€, 2.º adicional de 385 381,87€, 3.º adicional de 649.073,55€).

A 30 de junho de 2011, data em que se concretizou a caducidade da concessão, a dívida aos empreiteiros era de 237 082 328,12€, tendo até novembro do mesmo ano (data a que se reporta a auditoria), aumentado 9 730 304,63€ (num total de 246 812 632,75€).

Em 24 de agosto de 2011, através de três Portarias⁶⁶ de extensão de encargos, o GR procedeu à inscrição orçamental dos compromissos previstos com 3 novas empreitadas que estavam integradas na concessão atribuída à VIAMADEIRA, S.A.:

- “Via Expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo -2.ª fase”;
- Variante à Madalena do Mar –2.ª fase”;
- e “Via Expresso Boaventura – S. Vicente – 3.ª fase”.

A repartição plurianual dos encargos previstos com essas empreitadas, inscritos no orçamento do PIDDAR, na rubrica orçamental 07.01.04 – Aquisição Bens Capital – Investimentos – Construções Diversas, é a seguinte:

Quadro 7 – Repartição plurianual dos encargos com empreitadas

(euros)

Designação empreitada	Anos			Total
	2011	2012	2013	
Via Expresso Fajã Ovelha -Ponta Pargo - 2.ª fase	707 600,00	16 781 799,12	12 076 843,17	29 566 242,29
Variante da Madalena do Mar - 2.ª fase	1 708 856,58	18 591 143,42	0,00	20 300 000,00
Via Expresso Boaventura - S. Vicente - 3.ª fase	4 294 143,42	28 765 856,58	0,00	33 060 000,00
Total	6 710 600,00	64 138 799,12	12 076 843,17	82 926 242,29

Na sequência de recurso, o Tribunal de Contas concedeu o visto ao contrato de empreitada de construção da “Via Expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo -2.ª fase”. Quanto às empreitadas “Variante à Madalena do Mar –2.ª fase” e “Via Expresso Boaventura – S. Vicente – 3.ª fase”, em Abril de 2012, encontrava-se a decorrer o prazo para o envio de elementos adicionais à SRMTC.

Finalmente, no que se refere às empreitadas “Via Expresso Ribeira de S. Jorge – Arco de S. Jorge – 2.ª fase”, “Nova Ligação Vasco Gil – Fundoa, à cota 500 – 2.ª fase” e “Via Expresso Arco de S. Jorge – Boaventura”, o Tribunal de Contas deferiu o pedido de devolução dos respetivos processos⁶⁷, efetuado pela RAMEDM, S.A., que alegou que não era “possível ao Governo Regional (...) assegurar os recursos orçamentais, que permitam a imediata execução da empreitada”.

3.4.3.3. JUROS DE MORA

Em face dos sucessivos atrasos no fecho financeiro da concessão os empreiteiros cederam a várias instituições financeiras créditos sobre a VIAMADEIRA,S.A., no valor total de 220 095 312,31€⁶⁸ e, simultaneamente, em função do decurso do tempo, creditaram ao devedor os juros de mora decorrentes dos atrasos nos pagamentos.

Essas importâncias ascendiam, em 30 de junho de 2011, ao montante global de 36,7 milhões de euros e em 30 de novembro⁶⁹, a 39,8 milhões de euros, devidos, essencialmente, à Tâmega Madeira, S.A. e à AFAVIAS, S.A..

O facto das despesas com os juros corresponderem a penalizações decorrentes de atrasos no pagamento de obrigações assumidas, não estando, por isso, associadas à disponibilização de bens e/ou serviços públicos, evidencia uma realidade que se afasta do objetivo delineado nos sucessivos diplomas que aprovaram o ORAM⁷⁰, traduzido na incumbência do executivo

⁶⁶ Cfr. as Portarias n.ºs 117/2011, 118/2011 e 119/2011.

⁶⁷ Em sessão diária de visto, de 11/11/2011.

⁶⁸ Cfr. o Anexo VI- Créditos cedidos.

⁶⁹ Cfr. a informação prestada pela VPGR, através da relação das faturas, emitida a 30/11/2011.

⁷⁰ Cfr. o art.º 15.º do DLR n.º 3/2007/M, de 9/01; o art.º 17.º do DLR n.º 2-A/2008/M, de 16/01; o art.º 16.º do DLR n.º 45/2008/M, de 31/12; o art.º 15.º do DLR n.º 34/2009/M, de 31/12 e o art.º 25.º do DLR n.º 2/2011/M, de 10/01.

regional tomar as medidas necessárias para uma rigorosa contenção das despesas públicas e controlo da sua eficiência de forma a alcançar a melhor aplicação dos recursos públicos.

Note-se que esses juros foram gerados, entre outros, pela decisão de criar a concessionária sem que existissem as necessárias garantias de financiamento.

3.4.3.4. SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA E FINANCEIRA

Os pagamentos efetuados pela RAM, relacionados com a prestação de serviços de consultadoria nas áreas económico-financeira e jurídica, ascenderam a cerca de 312,4 mil euros, conforme se espelha no quadro seguinte:

Quadro 8 – Contratos com serviços de assessoria jurídica e financeira

(euros)

Comparador Público da Concessão							
Área	Fornecedor	Data do contrato	PD n.º	Fatura n.º	Valor s/IVA	IVA	Total
Económico/financeira	Banco Efisa	a)	158	1039	10.000,00	1.400,00	11.400,00
Aumento de capital social da concessionária							
Área	Fornecedor	Data do contrato	PD n.º	Fatura n.º	Valor s/IVA	IVA	Total
			1515	290120	49.750,00	6.965,00	56.715,00
Económico/financeira	Banif, S.A., b)	14-04-2009	1864	290170	49.750,00	6.965,00	56.715,00
			983	100043	99.500,00	13.930,00	113.430,00
Jurídica	Prof. Dr. Miguel Catela c)	07-05-2009	1988	202092	60.125,00	13.975,00	74.100,00
Total dos contratos de assessoria					269.125,00	43.235,00	312.360,00

a) De acordo com n.º 1 do art.º 95.º do CCP não é exigível a redução do contrato a escrito.

b) De acordo com a cláusula 2.ª do contrato de aquisição de serviços o preço contratual é de 199 000,00€.

c) A taxa de retenção do IRS aplicada foi de 21,5%

A) Estudo Comparador público da concessão

O instrumento habitualmente utilizado para dotar o sector público de elementos para avaliação das vantagens das PPP é o denominado “comparador do sector público ou custo público comparável”, que foi adjudicado pelo SRES ao Banco EFISA,S.A, mediante ajuste direto⁷¹, pelo valor de 10 000,00€.

B) Contrato de Assessoria financeira

No âmbito do aumento de capital social da concessionária a SRES adjudicou, a 17 de março de 2009, por ajuste direto sem consulta, ao abrigo da al. b) do n.º 1 do art.º 27.º do CCP, serviços de assessoria financeira⁷², ao Banif - Banco de Investimento, S.A., pelo valor de 199.000,00€⁷³ e pelo prazo de 210 dias contados a partir da data de assinatura do contrato que ocorreu em 14 de abril de 2009.

No entanto, face ao valor da despesa envolvida (199 000,00€), poderá estar em causa a base legal para a sua realização, na medida em que a mesma deveria ter sido enquadrada num procedimento pré-contratual mais solene (o do concurso público

⁷¹ Cfr. Informação Interna n.º 1910, de 20/04/2009.

⁷² A cláusula 1.ª do contrato limita-se a referir que o seu objeto consiste na prestação do serviço de “(...) Consultadoria Financeira no âmbito da Concessão do direito exclusivo conferido à Concessionária de Estradas VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira, S.A.”.

⁷³ Cfr. os PD n.ºs 1515,1864 de 2009 e 983 de 2010 e as faturas n.ºs 290120 e 290170, de 26 de maio e de 21 de julho 2009, e 100043 de 3 fevereiro de 2010. Sendo as autorizações de pagamento de 30 de junho (do Secretário Regional, Eng.º Luís Manuel dos Santos Costa), de 11 de agosto de 2009 (do Chefe do Gabinete, Dr. João Reis) e de 5 de maio de 2010 (do Secretário Regional, Eng.º Luis Manuel Santos Costa), respetivamente.

ou concurso limitado por prévia qualificação)⁷⁴ como decorre do CCP (cfr. a al. b) do n.º 1 do art.º 20.º do DL n.º 18/2008, de 29/01) já que o despacho autorizador da adjudicação não explicita, de forma suficientemente clara, em que medida a situação concreta tem enquadramento na al. b) do n.º 1 do art.º 27.º do CCP⁷⁵.

A confirmar-se a falta⁷⁶ de enquadramento da adjudicação na al. b) do n.º 1 do art.º 27.º do CCP, poderá ser imputada responsabilidade financeira sancionatória, nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da LOPTC, pela autorização da despesa, ao Chefe do Gabinete do Secretário Regional (por ter sido o autor da informação que suportou a adjudicação) e ao Secretário Regional do Equipamento Social, o qual, não obstante, estará abrangido pelo disposto no art.º 61.º, n.º 2, aplicável por força do art.º 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, concatenado com o art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25 de fevereiro de 1933.

Note-se que no Relatório n.º 17/2007, a SRMTC recomendou (ponto 1.3) à SREST que observasse estritamente o “*regime jurídico da contratação pública relativa à aquisição de bens e de serviços, ficando o recurso ao ajuste directo, independentemente do valor da despesa, reservado para as situações legalmente admitidas e desde que devidamente fundamentado.*”.

O serviço prestado pelo Banif - Banco de Investimentos, S.A., abrangeu análises financeiras parciais, das seguintes matérias:

- ✓ Análise preliminar dos principais termos e condições de cariz financeiro do contrato de concessão e Anexos (Relatório de 25 de maio de 2009);
- ✓ Análise do Caso Base “20090904 Viamadeira caso Base.XLS” (Relatório de 15 de setembro de 2009);
- ✓ Comentários ao Contrato de Concessão e anexos (Relatório de 6 de novembro de 2009).

Sobre esta questão, o Ex-Secretário Regional do Equipamento Social referiu que “[c]onforme a disciplina comunitária da contratação de serviços financeiros, e que resulta transposta na legislação nacional pela alínea b), do n.º 1, do artigo 27, do Código dos Contratos Públicos (incluído na regulamentação dos critérios materiais), existe uma ampla margem de adjudicação desse tipo de serviços”.

Salientou ainda que “[n]o caso presente, era óbvio que, com as vicissitudes deste caso, a definição de especificações precisas da prestação que era solicitada ao assessor financeiro não tinha condições de ser feita. O evoluir do processo confirmou, infelizmente até de modo exuberante, esta realidade. Portanto, não cremos que existisse outra possibilidade de enquadramento que não a da invocação da norma atrás referida”.

O ex-Chefe do Gabinete do Secretário Regional do Equipamento também considerou que “a natureza dos referidos serviços não permitia a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas (realidade aliás confirmada de forma muito expressiva com o evoluir do processo), o que inviabiliza a definição de atributos das propostas, tanto por via qualitativa como quantitativa, e consequentemente a fixação de qualquer um dos critérios de adjudicação”

Aliás, veio afirmar que “neste tipo de serviços, não é a qualidade da proposta que interessa mas, sim, a qualidade do prestador do serviço, a confiança e o conhecimento que a entidade adjudicante tem em relação ao adjudicatário” e, por isso, a escolha recaiu sobre o BANIF, S.A., que já tinha prestado serviços “à extinta SRES no âmbito da criação e desenvolvimento do modelo da RAMEDM – Estradas da Madeira, S.A.”, a que acresce a “actividade significativa desenvolvida pelo adjudicatário em termos de assessoria financeira e financiamento de projectos na área do Project Finance.”. Finalmente, requereu a relevação da eventual responsabilidade financeira, nos termos do n.º 8 do art.º 65.º da LOPTC.

⁷⁴ Cfr. a al. b) do art.º 7.º da Diretiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03, na redação em vigor à data dos factos (206 000,00€), entretanto, alterada pelo Regulamento CE n.º 1177/2009, de 30/11 (193 000,00€).

⁷⁵ No caso de contratos de aquisição de serviços, pode adotar-se o ajuste direto, independentemente do valor, quando: “A natureza das respectivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual ou a serviços financeiros indicados na categoria 6 do anexo II-A da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa, no âmbito de um procedimento de concurso, de outros atributos das propostas seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida.”.

⁷⁶ No contraditório do Ex-Secretário Regional do Equipamento Social foi defendido que a expressão utilizada no relato (“A confirmar-se a falta ...”) significaria que o Tribunal não “... apresenta uma posição clara sobre o que se passou, e que está documentado.” concluindo estar-se perante “... um caso óbvio de instrução deficiente”.

Para que não restem dúvidas, a expressão utilizada no relato visava deixar claro que o Tribunal considerava que ainda não tinham sido aduzidas explicações suficientes (mas poderiam ainda sê-lo no âmbito do contraditório) para afastar a imputação de eventual responsabilidade financeira.

Não se vislumbram razões para afastar as observações feitas pois os responsáveis não lograram fundamentar, em sede de contraditório, o enquadramento da referida adjudicação na al. b) do n.º 1 do art.º 27.º do CCP, sendo do conhecimento da SRMTC que aquela Secretaria Regional já tinha a experiência de contratar prestações de serviços financeiros semelhantes (ex. VIAEXPRESSO e VIALITORAL).

C) Contrato de Assessoria jurídica

Através de despacho do Secretário Regional do Equipamento Social, de 03/04/2009, foi adjudicada, por ajuste direto, nos termos da al b) do n.º 1 art.º 27.º⁷⁷ e 112.º do CCP, a assessoria jurídica para o acompanhamento⁷⁸ do processo de extensão da concessão e do aumento especial do capital social⁷⁹ da VIAMADEIRA, ao Professor Doutor António Miguel Ferro Catela Teixeira, com fundamento no apoio jurídico prestado anteriormente à SRES por aquele jurista no contexto das concessões de serviço público.

O contrato, de 7/05/2009⁸⁰, foi outorgado pelo preço de 65 000,00€, com o prazo de 5 meses.

Solicitada a documentação comprovativa dos serviços prestados a SRES invocou que “...apesar de não existirem relatórios de acompanhamento da concessão elaborados pelo Professor Doutor (...), e dada a especificidade e os contornos que o processo objeto do contrato veio assumir, verificou-se a necessidade de especial, constante e premente acompanhamento das diligências efetuadas não compatível com a elaboração de sucessivos relatórios sobre a matéria consequentemente objecto de negociação entre as partes”.

A SRES acrescentou que o contratado elaborou vários documentos que refletiam decisões administrativas e comportou um ato legislativo que integrou a concessão para além de ter estado presente na elaboração de várias Resoluções do CGR⁸¹, destacando-se as Resoluções n.ºs 670/2010, de 17 de junho, e 954/2011, de 30 de junho, elaboradas voluntariamente, numa fase pós contrato, sem custos acrescidos⁸².

Sobre as afirmações produzidas, interessará apontar que:

- i. Os responsáveis da SRES têm a obrigação de demonstrar que utilizaram os fundos públicos de forma diligente (cfr. o n.º 6 do art.º 61.º da LOPTC) e que esses fundos foram utilizados nos fins a que se destinaram devendo, para tal, ter o cuidado de inserir no procedimento contratual a obrigação de os prestadores elaborarem relatórios que evidenciem o serviço prestado.
- ii. Nas contratações de serviços de natureza intelectual ou financeiros, o que resulta do princípio constitucional da proporcionalidade (art.º 266.º da Constituição da República) é que a contratação de serviços externos por órgãos da administração apenas estará justificada se forem observados os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, aquando da contratação de serviços externos, deve ficar demonstrado que os serviços não possuem os meios e qualificações indispensáveis para desenvolver, por si, tais competências.

Relativamente à contratação da assessoria financeira referida no ponto 3.4.3.4-B, apesar da legislação vigente prever, em determinadas situações, o recurso ao ajuste direto com consulta a uma única entidade, considera-se que o princípio da concorrência, da igualdade, da transparência (n.º 4 do art.º 1.º do CCP), bem como da prossecução do interesse público (art.º 4.º do CPA) ficariam melhor acautelados com a auscultação, sempre que possível, de mais do que um potencial fornecedor.

4. EMOLUMENTOS

Em conformidade com o disposto nos art.ºs 10.º, n.ºs 1 e 2, e 11.º do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas, aprovado pelo DL n.º 66/96, de 31 de Maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pelo

⁷⁷ Que admite a adoção do ajuste direto quando “b) A natureza das respectivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual ou a serviços financeiros indicados na categoria 6 do anexo II-A da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam qualitativamente definidos atributos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 74.º, e desde que a definição quantitativa, no âmbito de um procedimento de concurso, de outros atributos das propostas seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objectivos da aquisição pretendida;”.

⁷⁸ Na conjuntura conturbada financeira internacional, e consequentemente nacional em que foi prestado o serviço, pelo cocontratante com grandes repercussões na ação da banca, o que determinou uma repetida adaptação do acervo documental, de modo a acompanhar as sucessivas alterações de posição de todos os intervenientes, tendo o processo culminado com o afastamento da banca, na sua fase final, determinando o Governo Regional a dar por concluído o processo.

⁷⁹ Cfr. o ponto 2 da Informação interna do GEPJ – 11/09, de 05/02/2009.

⁸⁰ O contrato obriga o 1.º outorgante a prestar serviços de assessoria jurídica no âmbito do acompanhamento executivo do processo de extensão do direito exclusivo conferido à Concessionária de Estradas VIAMADEIRA, S.A. e nesse contexto de seleção de entidades privadas, ou seus agrupamentos, que serão admitidas a participar no aumento especial de capital social da referida concessionária.

⁸¹ Resoluções n.ºs 715/2009, de 18 de junho, 1439/2009, de 26 de novembro, n.º1121/2009, de 4 de setembro.

⁸² Cfr. o ofício n.º 8794, de 21/10/2011.

art.º 95.º da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril, são devidos emolumentos pela Vice-Presidência do Governo Regional no montante de 1 716,40€ (cfr. Anexo XI).

5. DETERMINAÇÕES FINAIS

Nos termos consignados nos art.ºs 78.º, n.º 2, alínea a), 105.º, n.º 1, e 107.º, n.º 3, todos da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, decide-se:

- Aprovar o presente relatório e as recomendações nele formuladas;
- Remeter um exemplar deste relatório aos responsáveis identificados nos Anexos I e VIII, ao Vice-Presidente do Governo Regional e ao Presidente do Conselho de Administração da VIAMADEIRA, S.A.;
- Determinar que o Tribunal de Contas seja informado, no prazo de um ano, sobre as diligências efetuadas para dar acolhimento às recomendações constantes deste relatório;
- Fixar os emolumentos devidos em 1.716,40€, conforme a nota constante do Anexo XI;
- Mandar divulgar o presente relatório na *Intranet* e no sítio do Tribunal de Contas na *Internet*, depois da notificação dos responsáveis;
- Entregar o processo da auditoria ao Excelentíssimo Magistrado do Ministério Público junto desta Secção Regional, em conformidade com o disposto no art.º 29.º, n.º 4, e no art.º 57.º, n.º 1, ambos da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Aprovado em sessão extraordinária da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, em 15 de novembro de 2012.

O JUIZ CONSELHEIRO, *João Aveiro Pereira*

A ASSESSORA, *Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso*

O ASSESSOR, *Alberto Miguel Faria Pestana*

Fui presente, O PROCURADOR-GERAL ADJUNTO, José Alberto Varela Martins

ANEXOS

I – Quadro síntese da eventual responsabilidade financeira

A situação de facto e de direito integradora de eventual responsabilidade financeira, à luz da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, encontra-se sintetizada no quadro seguinte:

Item do relatório	Descrição da situação	Normas não observadas	Responsabilidade Financeira	Responsáveis
Ponto 3.4.2	O contrato de concessão não foi sujeito à fiscalização prévia.	Art.º 46.º da LOPTC cfr. a al. c) do n.º 1 do art.º 5.º conjugado com a al. a) do n.º 1 do art.º 47.º e art.º 48.º	Sancionatória Al. h) do n.º 1 do art.º 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.	Ex-Secretário Regional do Equipamento Social (Luís Manuel dos Santos Costa).
Ponto 3.4.2	A RAM ao aceitar o estipulado na cláusula 50.ª do CC, não observou os princípios da economia, eficiência e eficácia nem o art.º 25.º do DLR n.º 2/2011/M, de 10/01.	Art.º 18.º, n.º 3 da Lei n.º 28/92, de 2/09	Sancionatória Al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto. a)	Membros do CG que aprovaram o CC através da Resolução n.º 1559/2008, de 18/12/2008, e que se identificam no Anexo VIII.
Ponto 3.4.3	Violação do princípio da tipicidade quantitativa que preside à execução do orçamento das despesas.	N.º 1 do art.º 106.º da CRP e do art.º 18.º da Lei n.º 28/92.	Sancionatória Al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.	Membros presentes da Reunião do CG que deliberaram o termo do processo de fecho da operação financeira tendente ao financiamento da Concessão através da Resolução n.º 954/2011, e que se identificam

Item do relatório	Descrição da situação	Normas não observadas	Responsabilidade Financeira	Responsáveis
				no Anexo VIII.
Ponto 3.4.3.4	Contratação de serviços financeiros sem o procedimento concursal legalmente exigível em função do valor.	Art.º 27.º, n.º 1, al. b) o CCP Al .b) do n.º 1 do art.º 20.º do DL n.º 18/2008, de 29/01	Sancionatória Al. b) do n.º 1 do art.º 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto.	Chefe do Gabinete do Secretário Regional do Equipamento Social, João Reis (ex vi do n.º 4 do art.º 61.º da LOPTC). Ex-Secretário Regional do Equipamento Social, Luís Manuel dos Santos Costa b).

- a) As multas têm como limite mínimo o montante correspondente a 15 Unidades de Conta (UC) e como limite máximo 150 UC⁸³, de acordo com o preceituado no n.º 2 do citado art.º 65.º.⁸⁴ Com o pagamento da multa extingue-se o procedimento tendente à efetivação de responsabilidade sancionatória, nos termos do art.º 69.º, n.º 2, al. d), ainda daquela Lei.
- b) O Secretário Regional que adjudicou a despesa em causa está abrangido pelo disposto no art.º 61.º, n.º 2, aplicável por força do art.º 67.º, n.º 3, ambos da LOPTC, concatenado com o art.º 36.º do Decreto n.º 22257, de 25 de fevereiro de 1933.

II - Quadro normativo da Concessão VIAMADEIRA, S.A.

Diploma	Conteúdo
Resolução n.º 778/2008, de 17 de julho	Aprova a proposta de Decreto Legislativo Regional que cria a VIAMADEIRA - Concessão Viária da Madeira, S.A., adjudicando-lhe a concessão de serviço público de diversos troços de estradas regionais, a enviar à Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira com processo de urgência.
DLR n.º 36/2008/M, de 14 de agosto	Cria a VIAMADEIRA e autoriza a adjudicação da concessão de serviço público de diversos troços de estradas regionais, sem cobrança aos utilizadores e aprovando as respetivas bases da concessão.
Resolução n.º 1214/2008, de 17 de outubro	Desencadeia o processo que conduzirá à escolha das entidades privadas, ou seus agrupamentos, que, em regime de responsabilidade solidária, poderão participar no aumento especial de capital social da sociedade denominada VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira, S.A..
DLR n.º 23/2010/M, de 30 de novembro	1.ª Alteração ao DLR n.º 36/2008/M, de 14 de agosto.
Resolução n.º 1530/2008, de 12 de Dezembro	Desencadeia o procedimento de negociação direta e delibera estender o direito exclusivo da VIAMADEIRA- Concessão Viária da Madeira, até ao limite previsto no n.º 2, do artigo 1.º, do Decreto Legislativo Regional

⁸³ Conforme resulta do Regulamento das Custas Processuais, publicado em anexo ao DL n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, a UC é a quantia monetária equivalente a um quarto do valor do Indexante de Apoios Sociais (IAS), vigente em dezembro do ano anterior, arredondado à unidade euro, atualizável anualmente com base na taxa de atualização do IAS. O artigo 3.º do DL n.º 323/2009, de 24 de dezembro, fixou o valor do IAS para 2010 em 419,22€, pelo que a UC é de 105,00€ [419,22€/4 = 104,805€ – a respetiva atualização encontra-se suspensa por força da al. a) do art.º 79.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30.12.2011, que aprovou o Orçamento do Estado para 2012].

⁸⁴ Com a alteração introduzida pela Lei n.º 61/2011, de 7/12, o limite mínimo passou a 25 UC e o limite máximo a 180 UC pese embora a sua aplicação esteja circunscrita aos atos e contratos celebrados após o seu início de vigência.

Diploma	Conteúdo
	n.º36/2008/M, de 14 de Agosto, acessível a investidores privados nas mesmas condições de participação definidas na Resolução n.º 1214/2008.
Resolução n.º 1558/2008, de 18 de dezembro	Mandata a sociedade denominada VIAMADEIRA- Concessão Viária da Madeira, S.A. para outorgar os contratos de cessão de posição contratual das empreitadas respeitantes à extensão da concessão decretada pela resolução n.º 1530/2008.
Resolução n.º 1559/2008, de 18 de dezembro	Autoriza o agrupamento composto pela Construtora do Tâmega Madeira, S.A., Zagope Construções e Engenharia, S.A., Avelino Farinha e Agrela, S.A., Somague - Engenharia Madeira, S.A. e Tecnovia Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., para subscrever o aumento de capital social de 400.000,00€ da VIAMADEIRA - Concessão Viária da Madeira, S.A..Aprova minuta do contrato de concessão.
Resolução n.º 1603/2008, de 30 de dezembro	Prorroga, até 30 de setembro de 2009, o fecho financeiro da concessão VIAMADEIRA.
Resolução n.º 55/2009, de 15 de janeiro	Autoriza a sociedade denominada VIAMADEIRA- Concessão Viária da Madeira, S.A., a pagar à Região o valor de 278.873.000,00€.
Resolução n.º 309/2009, de 19 de Março	Delibera desencadear imediatamente o procedimento de negociação direta na extensão do direito exclusivo da VIAMADEIRA- Concessão Viária da Madeira, S.A..
Resolução n.º 530/2009, de 30 de Abril	Autoriza o agrupamento de empresas que subscreveram o capital da concessionária a negociar com instituições financeiras para a angariação dos meios necessários ao cumprimento do conjunto das obrigações da empresa denominada VIAMADEIRA - Concessão Viária da Madeira, S.A..
Resolução n.º 715/2009, de 18 de junho	Autoriza os Secretários Regionais do Plano e Finanças e do Equipamento Social a firmar, em nome do Governo, as alterações aos contratos de concessão e aos contratos de cessão de posição contratual que sejam necessárias efetuar para o financiamento do empreendimento incluindo a prorrogação do prazo dos títulos contratuais de 30 de junho de 2009 até 30 de setembro de 2009, automaticamente prorrogável até 30 de novembro de 2009.
Resolução n.º 1121/2009, de 4 de setembro	Autoriza a sociedade denominada RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A., a adjudicar os contratos de empreitada Via Expresso Boaventura - São Vicente - 3.ª fase; Via Expresso Ribeira de São Jorge - Arco de São Jorge - 2.ª fase; Via Expresso Arco de São Jorge- Boaventura; Variante da Madalena do Mar - 2.ª fase; Via Expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo - 2.ª fase e nova ligação Vasco Gil - Fundoa, à Cota 500 - 2.ª fase, transmitindo imediatamente a sua posição jurídica para a VIAMADEIRA - Concessão Viária da Madeira, S.A., a qual celebrará os contratos respetivos.
Resolução n.º 1439/2009, de 26 de novembro	Estabelece como data limite o dia 30 de junho de 2010 para considerar concluída a negociação direta que foi desencadeada nos termos do disposto no art.º 5.º do DLR n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto correspondente à operação financeira da concessão VIAMADEIRA.
Resolução n.º 670/2010, de 17 de junho	Altera o prazo estabelecido nos n.ºs 1 e 2 da Resolução n.º 1439/2009 para 30 de julho de 2010.
Resolução n.º 821/2010, de 29 de julho	Altera para 30 de outubro de 2010, a data limite para considerar concluída a negociação direta que foi desencadeada nos termos do disposto no art.º 5.º do DLR n.º 36/2008/M, de 14 de agosto correspondente a operação financeira da concessão VIAMADEIRA.

Diploma	Conteúdo
Resolução n.º 1330/2010, de 28 de outubro	Passa a ser fixado em 31 de dezembro de 2010, o prazo de 30 de junho de 2010 referido nos números 1 e 2 da Resolução n.º 1439/2009, de 26 de novembro.
Resolução n.º 1331/2010, de 4 de novembro	Aprova a proposta de Decreto Legislativo Regional que procede à segunda alteração ao Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de agosto, que cria a VIAMADEIRA - Concessão Viária da Madeira, S.A., a enviar à Assembleia Legislativa, com processo de urgência.
Resolução n.º 1496/2010, de 3 de dezembro	Define como objetivo da sociedade denominada RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A. a prossecução imediata dos concursos públicos pendentes relativos às empreitadas inseridas nos troços que fazem parte da concessão VIAMADEIRA, consubstanciada na adjudicação, na celebração dos contratos de empreitada e na prática dos demais atos que daí advêm, em prol da promoção do desenvolvimento regional e do interesse público.
Resolução n.º 1576/2010, de 29 de dezembro 2010	Procede à extensão do prazo estabelecido para o fecho das operações relativas ao desenvolvimento do processo executivo de implementação do modelo da Concessão VIAMADEIRA.
Resolução n.º 398/2011, de 23 de março	Fixa para 30 de junho de 2011, o fecho financeiro da Concessão VIAMADEIRA, mantendo-se em vigor as restantes disposições dos documentos mencionados.
Resolução n.º 954/2011, de 30 de junho	Dá por findo o processo que estava em curso para o fecho da operação financeira, destinado ao financiamento da Concessão VIAMADEIRA.
DLR n.º 16/2011/M, de 11 de agosto	Primeira alteração ao Decreto Legislativo Regional n.º 8/2007/M, de 12 de janeiro, que cria a RAMEDM - Estradas da Madeira, S.A..
Resolução n.º 1350/2011, de 15 de Setembro	Autoriza o consórcio OPWAY/Tâmega Madeira a ceder parte da sua posição contratual na empreitada de construção da “Via expresso Boaventura - São Vicente - 3.ª fase” à sociedade denominada AFAVIAS - Engenharia e Construções, S.A..
Resolução n.º 1415/2011, de 29 de Setembro	Aprova a minuta do Contrato de Transmissão de Ações a celebrar entre a Região e os acionistas privados da sociedade denominada VIAMADEIRA - Concessão Viária da Madeira, S.A..
Resolução n.º 1461/2011, de 6 de Outubro	Retifica a Resolução n.º 1415/2011, de 29 de setembro.

III – O contrato administrativo de concessão de serviços públicos

A. A concessão pública

A concessão⁸⁵ é um ato jurídico mediante o qual a AP confere um direito seu, que lhe é próprio (concessão translativa), ou criado a partir de um poder administrativo que lhe pertence (concessão constitutiva), a outro sujeito (o concessionário), sendo suscetível de comportar conteúdos muito heterogéneos⁸⁶. Esta figura se presta a duas aplicações fundamentais: na atribuição, por um tempo determinado, do *direito de utilização privativa* (i.e. para o uso de atividades privadas) *de uma determinada parcela de um bem público* e na atribuição do *direito de exploração, gestão ou exercício de atividades públicas* (i.e. de uma atividade que a lei confiou à AP). Em qualquer um dos casos, o concessionário passa a poder exercer uma atividade pública (em colaboração com a AP) ou usar um bem público para seu próprio proveito, ou seja, sem que esteja ao serviço da prossecução de quaisquer interesses públicos (v.g. restauração, estabelecimentos de combustíveis).

B. A concessão de serviço público

Esta modalidade de concessão está, em grande parte dos casos, associada a outras, nomeadamente à concessão de obras públicas (quando o estabelecimento é criado e instalado pelo concessionário). Nestes casos, a exploração ou o funcionamento do serviço público é a contrapartida pelo custo que a instalação da empresa representa para o concessionário.

As concessões de serviços públicos podem assumir muitas variantes: é possível esta incluir ou não a instalação da empresa; o concedente não é sempre uma pessoa de direito público, assim como o concessionário não é sempre uma pessoa de direito privado; o concessionário nem sempre é remunerado pelos utentes e nem sempre assume a gestão do serviço por sua conta e risco. Em regra, as concessões de serviços públicos são caracterizadas pela remuneração do concessionário pelos utentes.

Tendo em conta estas variantes e potencialidades, a concessão de serviço público é “*um acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa, titular de um serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço*”.

Os pressupostos, funções e elementos essenciais da concessão de serviços público, são seguintes

PRESSUPOSTOS:

- a) Serviço público – O serviço público é uma tarefa administrativa de *prestação* (de bens ou serviços) atribuída pela lei a um ente público ou que a AP qualifica como tal (através de *declaração administrativa de serviço público*). Logo, não deve ser considerado serviço público a atividade (pública) de gestão, manutenção e conservação de uma coisa pública.
- b) Base legal – A concessão de serviços públicos está sujeita ao princípio da precedência de lei, i.e., à existência de uma disposição legal que atribua ao titular do serviço público a competência para o conceder.

FUNÇÕES:

- a) Constituição e transferência de um direito à gestão de um serviço público – A concessão implica a transferência (temporária) dos direitos e poderes da pessoa coletiva de direito público necessários à *gestão do serviço público* pelo concessionário (carácter translativo da concessão). Por seu lado, o concessionário, em virtude desta transferência, passa a ver o seu património jurídico ampliado pela adição de um novo direito – o de gerir um serviço público no seu próprio nome durante um certo prazo (carácter constitutivo da concessão).
- b) Organização de um modelo de gestão indireta de um serviço público – Em regra, a intervenção legislativa limita-se à definição ou previsão, pertencendo a decisão (administrativa) de conceder o serviço público aos órgãos administrativos da pessoa coletiva de que ele é titular. Ao implicar a transferência ou deslocação da execução de uma tarefa pública, a concessão de serviço público efetua a partilha de uma responsabilidade administrativa. Por conseguinte, pode dizer-se que a concessão de serviços públicos manifesta um poder de organização da AP.
- c) Colaboração entre a AP e o sector **privado** – Sendo a concessão atribuída a uma pessoa de direito privado, esta passa a poder exercer uma atividade pública, em colaboração com a AP.

⁸⁵ Fonte. “*A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessionária)*” da autoria de Pedro Gonçalves (Livraria Almedina – Coimbra, Março de 1999).

⁸⁶ Tais como: utilização privativa do domínio público; exploração do domínio público; construção de obras públicas; exploração de jogos de fortuna ou azar; construção e exploração de áreas de serviços em autoestradas, de marinas de recreio, de pavilhões de congressos ou centros de exposições; exploração de empresas públicas ou de estabelecimentos públicos; atribuição da faculdade de construir obras particulares e a exploração de aeroportos ou a gestão de serviços públicos.

- d) Contrapartida do financiamento da administração de infraestrutura – A concessão de serviços públicos, sobretudo quando é atribuída a entidades de direito privado, é muitas vezes também um modo de mobilizar capitais privados para a realização de investimentos em infraestruturas públicas.
- e) Regulação de uma relação jurídica de cooperação nos casos em que a empresa concessionária pertence ao ente público concedente - No caso das concessões atribuídas a organizações do sector público pertencentes ao titular do serviço (empresa pública ou sociedade de capitais exclusivamente públicos), a concessão de serviço público pode ser utilizada para habilitar a entidade a gerir um serviço público e para estabelecer as relações entre esta e o titular do serviço público.

ELEMENTOS ESSENCIAIS:

- a) Sujeitos – O concedente é, em regra, uma pessoa coletiva de direito público titular de um serviço público, a quem a lei atribui um poder para conferir a gestão do serviço a uma outra entidade, a qual geralmente é uma empresa privada.
- b) Objeto: gestão de um serviço público – O serviço público, enquanto atividade pública, não é concedido ou transferido para o concessionário. O que o concessionário adquire na concessão é o direito de gerir essa atividade no seu próprio nome, às vezes investindo o seu dinheiro.

IV – Matriz dos riscos da Concessão

Com base no Comparador do Setor Público⁸⁷ e no contrato de concessão, a análise realizada permitiu identificar alguns riscos dos quais se destacam os seguintes:

Natureza dos riscos	Público	Privado	Partilhado
Risco de Exploração			
<i>Defeitos de conceção, projeto e construção</i> – atrasos e custos devido a 1 defeito de conceção, projeto e construção das vias concessionadas.	X		
<i>Atraso na entrada em exploração</i> – atraso na entrada em exploração de qualquer lanço devido a atraso na construção (e transferência para a concessionária).	X		
<i>Erros de estimação</i> – aumento de custos devido erros nas estimativas dos custos originais.		X	
<i>Modificações</i> – atrasos e custos devido a alterações de requisitos do Governo Regional e alterações legislativas (exceto fiscais).	X		
<i>Controlo de custos</i> – controlo inadequado de custos o que provoca a necessidade de fundos adicionais.		X	
Risco de Procura			
<i>Aumento do volume de tráfego</i> – o aumento do número de veículos, principalmente pesados, pode antecipar os investimentos em grandes reparações e aumentar os custos de conservação.		X	
Risco Financeiro			
<i>Capacidade Financeira</i> – falta de capacidade financeira do setor público para realizar os pagamentos contratualizados.	X		
<i>Taxas de Juro</i> – o risco das taxas de juro e outros custos financeiros aumentarem mais do que o estimado na proposta inicial – risco materializado pela assunção do risco de revisão dos contratos de <i>hedging</i> .	X		
Risco Legislativo			
<i>Alterações legislativas específicas</i> – alterações que provoquem aumentos de custos ou perdas de receitas.	X		
<i>Alterações nas leis fiscais</i> – alterações que provoquem aumentos de custos ou perdas de receitas.		X	
<i>Rescisão por falha do concedente</i> – consequências financeiras da resolução do contrato devido a um <i>default</i> do concedente.	X		
<i>Rescisão voluntária pelo concedente</i> - consequências financeiras da resolução voluntária do contrato por iniciativa do concedente	X		
<i>Rescisão por default da concessionária</i> - consequências financeiras da resolução do contrato devido a um <i>default</i> da concessionária.		X	
<i>Rescisão por força maior</i> - consequências financeiras da resolução do contrato devido a um evento de força maior ⁸⁸ .			X

⁸⁷

Elaborado pelo Banco Efisa.

V – Dívida por empreitada até 30.11.2011

(euros)

Designação d)	2008		2009		2010		até 31/06/2011			de 31/06 a 31/11/2011			Total
	Tinuais	Revisão de preços	Tinuais	Revisão de preços	Tinuais	Revisão de preços	Tinuais	Revisão de preços	Sub total	Tinuais	Revisão de preços	Total	
Via Expresso Ribeira de S. Jorge - Arco de S. Jorge - 1.ª Fase - Tíneis	24.544.099,98	3.078.432,93	22.190.473,49	861.356,87	694.856,25	109.485,01	798.699,31	0,00	-139.525,93	52.137.877,91	0,00	0,00	52.137.877,91
Nova Ligação Vasco Gull - Fundão, à Costa 500 - 1.ª Fase	1.857.694,64	0,00	15.144.052,54	1.098.879,98	4.523.919,91	0,00	0,00	2.216.979,36	-299.300,97	24.542.225,46	2.632.544,66	0,00	27.174.770,12
Via Expresso Fajã da Ovelha - Ponta do pagão - 1.ª Fase - Tíneis a)	29.787.470,39	3.034.856,58	4.215.870,22	29.436,57	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	37.067.633,76	0,00	0,00	37.067.633,76
Via Expresso Beaventura - S. Vicente - 1.ª Fase - Tíneis	6.518.891,55	922.566,57	15.907.883,82	1.102.917,75	14.000.817,18	303.414,13	0,00	3.159.966,65	232.171,48	42.148.629,13	557.281,57	107.254,42	42.793.165,12
Via Rápida Câmara de Lobos - Estrito de Câmara de Lobos b)	0,00	0,00	3.406.238,15	415.978,17	7.685.782,21	86.815,86	0,00	4.487.543,66	285.388,00	16.367.746,05	1.040.881,61	0,00	17.408.627,66
Varante da Madalena do Mar - Fase 1 - Tíneis c)	9.718.690,99	529.760,99	17.418.297,78	778.340,02	8.285.459,01	475.932,69	0,00	2.289.077,25	179.132,60	39.674.711,24	5.084.859,86	377.482,51	45.087.053,61
Via Expresso Beaventura - S. Vicente - 2.ª Fase - Tíneis de S. Vicente	5.625.534,08	796.136,83	10.633.379,34	491.178,44	7.596.907,21	-82.610,03	0,00	79.801,18	31.177,52	25.143.504,57	0,00	0,00	25.143.504,57
Total Parcial	78.052.381,63	8.361.753,81	88.916.195,34	4.778.087,80	42.787.741,77	893.057,66	798.699,31	12.233.368,10	261.042,70	237.082.328,12	9.245.567,70	484.736,93	246.812.632,75
Total por Ano	86.414.135,44	95.694.283,14	44.479.493,74	12.494.410,80	237.082.328,12	9.730.304,63	9.730.304,63	246.812.632,75	9.730.304,63	246.812.632,75	9.730.304,63	246.812.632,75	

Nota: a) O valor de 2008 inclui 2.755.915,58€ e 98.760,07€, que correspondem aos autos de medição n.ºs 1 e 2, respetivamente, relativos a trabalhos efetuados em 2007, mas faturados em 2008.

b) O valor dos trabalhos normais apresentado em 2009, inclui o valor de 1.ª auto de medição que foi concluído em 2008, apenas foi faturado em 2009 no valor de 397.301,29€.

c) O valor dos trabalhos normais apresentado em 2008, contém o valor de 1.ª auto de medição que foi concluído em 2007, apenas foi faturado em 2008, no valor de 370.921,80€, o mesmo acontece com as "Revisões de preços" no valor de 13.023,26€.

VI – Créditos Cedidos

Proc. n.º 174 V. Exp. Rib S. Jorge - Arco S. Jorge 1.ª fase Túneis		Valor total faturado		Declaração de Cessão de Créditos a)		
		Valor ilíquido	Valor líquido	Instituições	Montante	Total
Teixeira e Duarte - Engenharia e Construções, S.A.	TN	21.075.691,03	20.970.312,60	TCE, BCEM, BESanto, CLF	20.488.608,28	22.214.656,92
	RP	1.708.556,79	1.700.014,01		1.726.048,64	
ZAGOPE - Construções e Engenharia, S.A.	TN	27.152.438,00	27.016.675,81		27.016.675,81	29.287.022,26
	RP	2.201.192,09	2.190.186,12		2.270.346,45	
Total						51.501.679,18

a) O valor da Declaração de cessão de créditos é superior ao valor faturado porque foram passadas faturas com “trabalhos a menos”.

Proc. n.º 88 Nova Ligação Vasco Gil – Fundoa, à cota 500 – 1.ª Fase		Valor total faturado		Declaração de Cessão de Créditos		
		Valor ilíquido	Valor líquido	Empresa	Instituições	Montante
MOTA-ENGIL, Engenharia Construções, S.A.	TN	10.357.261,73	10.350.603,73	AFAVIAS, S.A.	BANIF, BESanto	23.623.933,20
	RP	291.207,18	289.751,15			
SOMAGUE ENGENHARIA MADEIRA, S.A.	TN	16.017.929,38	15.937.839,73			795.581,12
	RP	508.371,83	505.829,97			
Total						24.419.514,32

a) Foi consideração o contrato de dação entre a Mota-Engil, Somague e AFAVIAS, celebrado a 15 de julho de 2011.

Proc. n.º 86 Via Rápida Câmara de Lobos - Estreito de Câmara de Lobos		Valor total faturado		Declaração de Cessão de Créditos		
		Valor ilíquido	Valor líquido	Empresa	Instituições	Montante
SOMAGUE ENGENHARIA MADEIRA, S.A.	TN	10.458.223,26	10.406.313,37	AFAVIAS,	BANIF, BES	15.501.666,19
	RP	501.126,15	498.620,54			
MOTA-ENGIL, Engenharia Construções, S.A.	TN	6.162.222,37	6.131.747,87			786.746,74
	RP	287.055,88	285.620,59			
Total						16.288.412,93

a) Foi consideração o contrato de dação entre a Mota-Engil, Somague e AFAVIAS, celebrado a 15 de julho de 2011.

Proc. n.º 175 Via Exp.Boaventura - S. Vicente 1.ª Fase - Túneis		Valor total faturado		Declaração de Cessão de Créditos		
		Valor ilíquido	Valor líquido	Instituições	Montante	Total
CONSTRUTORA DO TAMEGA MADEIRA S.A.	TN	40.124.840,77	40.010.077,65	BANIF, BES	32.857.133,11	34.587.193,92
	RP	2.668.324,35	2.672.143,43		1.730.060,81	

Proc. n.º 197 Variante da Madalena do Mar - Fase 1 - Túneis		Valor total faturado		Declaração de Cessão de Créditos		
		Valor ilíquido	Valor líquido	Instituições	Montante	Total
AVELINO FARINHA & AGRELA,S.A.	TN	22.376.747,40	22.264.863,66	TCE, BB, BES, BANIF	21.169.064,64	22.196.216,43
	RP	1.117.489,20	1.111.901,75		1.027.151,79	
SOCIEDADE DE CONSTRUÇÕES SOARES DA COSTA,S.A.	TN	11.498.392,77	11.440.900,81	TCE, BB	10.990.748,91	11.279.113,23
	RP	578.345,27	575.453,54		288.364,32	
TECNOVIA MADEIRA SOCIEDADE EMPREITADAS,S.A.	TN	4.356.268,71	4.390.535,13	BANIF, BCEM	4.326.231,60	4.851.823,23
	RP	526.453,44	523.987,23		525.591,63	
Total						38.327.152,89

Proc. n.º 258 Via Expresso Boaventura - S. Vicente 2.º Fase Túnel		Valor total faturado		Declaração de Cessão de Créditos		
		Valor ilíquido	Valor líquido	Instituições	Montante	Total
CONSTRUTORA DO TAMEGA MADEIRA S.A.	TN	23.935.621,81	23.815.943,70	BES, BANIF	17.357.515,90	18.125.794,68
	RP	1.207.882,76	1.201.843,35		768.278,78	

Proc. n.º 172 Via Expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo – 1.º Fase - Túneis		Valor total faturado		Declaração de Cessão de Créditos		
		Valor ilíquido	Valor líquido	Instituições	Montante	Total
AVELINO FARINHA & AGRELA,S.A	TN	16.368.476,43	16.286.634,05	TCE, BB, BESanto, BANIF	16.286.634,05	17.709.894,50
	RP	1.439.457,74	1.423.260,45		1.423.260,45	
TECNOVIA MADEIRA,S.A.	TN	3.645.331,24	3.627.104,58	BANIF, BESanto	3.627.104,58	3.866.477,31
	RP	232.854,87	231.690,60		239.372,73	
SPIE BATIGNOLLES EUROPE	TN	13.989.532,94	13.919.585,28	BBVA, BES	13.663.200,79	15.269.192,58
	RP	1.391.980,54	1.385.020,64		1.605.991,79	
Total						36.845.564,39

VII – Juros de Mora a 30.06.2011 e até 30.11.2011

(euros)

Designação da empreitada	Juros de mora						Total dos juros por empreitada
	Entidade	Tipo de documento	Doc. n.º	Montante	até 30/06/2011	entre 30/06 e 30/11/2011	
Via Expresso Ribeira de S. Jorge - Arco de S. Jorge - 1.ª Fase-Túneis	Teixeira Duarte	ND	101800000	4.377.903,83	10.018.088,53	471.418,59	10.489.507,12
	Zagope	ND	092/31083	5.640.184,70			
	EPOS						
	Teixeira Duarte	ND	1016012210	471.418,59			
Nova Ligação Vasco Gil - Fundoa, à Cota 500 - 1.ª Fase a)	Somague Madeira	ND	5380500001	1.940.628,54	3.066.657,39		3.066.657,39
	Mota-Engil	ND	180000001	1.126.028,85			
	Somague						
Via Expresso Fajã da Ovelha - Ponta do Pargo 1.ª Fase-Túneis	AFA	ND	137/2011	4.102.966,56	8.543.358,75		
	Tecnovia Madeira		6012-0740	1.029.947,72			
	SBE		65	3.410.444,47			
	Soares da Costa						
	Tecnovia Madeira	ND	6012-0767	27.038,00	423.814,69	8.967.173,44	
			6012-0769	41.660,82			
			6012-0769	33.615,53			
			6012-0819	34.971,59			
6012-0840			26.165,80				
		6012-0856	260.362,95				
Via Expresso Boaventura - S. Vicente 1.ª Fase Tuneis	Tâmega Madeira	ND b)	ND/110190	5.068.779,68	5.068.779,68	855.997,00	5.924.776,68
	Tâmega Madeira	ND	110297	855.997,00			
Via Rápida Câmara de Lobos - Estreito de Câmara de Lobos a)	Somague Madeira	ND	5380500002	647.742,32	1.002.060,75		1.002.060,75
	Mota-Engil	ND	1800000002	354.318,43			
	Somague						
Variante da Madalena do Mar - 1.º Fase - Túnel de S. Vicente	Afaviás	ND	138/2011	3.387.843,29	5.600.272,35		
	Tecnovia Madeira	ND	6012-0739	176.569,22			
	Soares da Costa	ND	260001124	2.035.859,84			
	Tecnovia Madeira	ND	3012-0768	28.119,33	803.022,55	6.403.294,90	
			6012-0770	29.651,08			
			6012-0799	29.311,56			
			270000672	335.957,24			
			6012-0818	34.923,40			
270000694			82.612,44				
6012-0839	37.366,05						
		6012-0855	225.081,45				
Via Expresso Boaventura - S. Vicente – Túnel S. Vicente	Tâmega Madeira	ND	ND/110191	3.455.467,49	3.455.467,49	520.232,89	3.975.700,38
			110298	520.232,89			
Total dos Juros de Mora					36.754.684,94	3.074.485,72	39.829.170,66

- a) O crédito foi cedido à empresa AFAVIAS, SA., na qualidade de subempreiteiro, na sequência dos contratos de dação realizados em 20/07/2010 e 30/11/2010 entre a AFAVIAS e a SOMAGUE Madeira S.A., e em 13/01/2011, entre a AFAVIAS, S.A. e a MOTA – ENGIL, SA.. A pedido da AFAVIAS, S.A. e com o consentimento da SOMAGUE Madeira, S.A. e da MOTA- ENGIL, S.A., foi emitida a declaração pela VIAMADEIRA, S.A. para pagamento do crédito ao BANIF (CFR. anexo ao ofício n.º 1463 de 23/12/2011 da VPGR).
- b) A referida nota de débito foi cedida ao BANIF, S.A.

VIII – Responsáveis

Nome	Cargo exercido à data dos factos	Resolução do Conselho do GR
Alberto João Cardoso Gonçalves Jardim	Presidente do Governo Regional	Resolução n.º1559/2008 Resolução n.º 954/2011
Eduardo António Brazão de Castro	Secretário Regional dos Recursos Humanos	Resolução n.º1559/2008 Resolução n.º 954/2011
Conceição Maria de Sousa Nunes Almeida Estudante	Secretária Regional do Turismo e Transportes	Resolução n.º1559/2008 Resolução n.º 954/2011
Francisco José Vieira Fernandes	Secretário Regional de Educação e Cultura	Resolução n.º1559/2008 Resolução n.º 954/2011
José Manuel Ventura Garcês	Secretário Regional Plano e Finanças	Resolução n.º1559/2008 Resolução n.º 954/2011
Manuel António Rodrigues Correia	Secretário Regional Ambiente e dos Recursos Naturais	Resolução n.º1559/2008 Resolução n.º 954/2011
Luís Manuel dos Santos Costa	Secretário Regional do Equipamento Social	Resolução n.º 954/2011
Francisco Jardim Ramos	Secretário Regional dos Assuntos Sociais	Resolução n.º 954/2011

IX – Contrato de concessão

CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO**ENTRE:**

A Região Autónoma da Madeira, neste acto representada pelo Senhor Secretário Regional do Plano e Finanças, Senhor Dr. José Manuel Ventura Garcês e pelo Senhor Secretário Regional do Equipamento Social, Senhor Eng.º Luís Manuel dos Santos Costa, doravante designada por “Concedente”;

e

VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira S.A., com sede no Parque Industrial da Zona Oeste (P.I.Z.O.), lote E-dois, freguesia de São Martinho, concelho do Funchal, com o capital social de € 500 000,00 (quinhentos mil euros), pessoa colectiva n.º 511.284.675, neste acto representada pelo Senhor Eng.º Remo Loschi Brunelli Filho, na qualidade de administrador com poderes para o acto, doravante designada por “Concessionária”;

E CONSIDERANDO QUE

- a) O Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto de 2008, cria a Concessionária e atribui-lhe a concessão do serviço público de exploração, conservação e manutenção dos seguintes troços das estradas regionais (EERR): VE 1- troços Ribeira de São Jorge - Arco de São Jorge, Arco de São Jorge – Boaventura e Boaventura – São Vicente, ER 109 – VE8 – troço Vasco Gil – Fundoa - cota 500, em regime de exclusivo e sem cobrança directa aos utilizadores;
- b) O referido Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto, prevê a outorga, entre a Região Autónoma da Madeira e a Concessionária, de um contrato de concessão a celebrar no respeito pelas bases constantes no seu anexo II;
- c) O Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto, prevê igualmente um aumento especial do capital social da Concessionária até ao montante de € 500.000,00 aberto à subscrição privada;

d) Mediante a Resolução do Governo Regional n.º 1214/2008, de 17 de Outubro de 2008, foi aberto procedimento com vista à subscrição de capital social da ~~Concessionária, no âmbito do aumento especial de capital referido no considerando c),~~

e) Não tendo sido apresentadas propostas no âmbito do procedimento referido no considerando d), a Resolução do Governo Regional n.º 1530/2008, de 12 de Dezembro de 2008, desencadeou o procedimento de negociação directa previsto no artigo 5.º do Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto, e, do mesmo passo, estendeu o direito de exclusivo da Concessionária aos troços de estradas regionais (EERR) VR2 Câmara de Lobos - Estreito de Câmara de Lobos, VE3 Fajã da Ovelha - Ponta do Pargo e VE3 variante da Madalena do Mar, em termos acessíveis a investidores privados, nas mesmas condições de participação previstas na Resolução do Governo Regional n.º 1214/2008, de 17 de Outubro de 2008, mas com produção imediata de efeitos;

f) Dando cumprimento à extensão da concessão operada pela Resolução do Governo Regional n.º 1530/2008, de 12 de Dezembro de 2008, a Concessionária outorgou contratos de cessão de posição contratual relativos a empreitadas dos troços referidos no considerando e);

g) O procedimento referido no considerando d) terminou com a negociação dos termos da concessão com as sociedades Construtora do Tâmega Madeira, S.A., Zagope – Construções e Engenharia S.A., Avelino Farinha & Agrela, S.A., Somague – Engenharia Madeira S.A. e Tecnovia Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A., que, nessa conformidade, subscreveram um aumento de capital social da concessionária no montante de € 400.000, 00;

h) As condições do mercado de capitais e a extensão da concessão operada de acordo com o referido nos considerandos e) e f) ditaram, contudo, que não fosse viável, ou sequer aconselhável para o interesse público, obter de imediato condições para o financiamento bancário necessário à concessão;

i) Sem prejuízo do mencionado no considerando h), o Governo Regional considerou estarem criadas condições propícias à estabilização dos termos fundamentais da concessão a outorgar, capitalizando a disponibilidade de negociação manifestada pelas sociedades privadas identificadas em g);

é mutuamente aceite e reciprocamente acordado o Contrato de Concessão de Serviço Público que se rege pelo que em seguida se dispõe:

Capítulo I - Disposições Gerais

I. Definições

1.1. Neste contrato, incluindo os seus anexos, sempre que iniciados por maiúscula, e salvo se do contexto claramente resultar sentido diferente, os termos abaixo indicados terão o significado que a seguir lhes é apontado:

- a) Accionista – sócio da Concessionária;
- b) Accionista Privado – qualquer accionista com excepção da Concedente;
- c) Acordo Parassocial – o acordo entre os Accionistas, tendo por objecto a regulamentação da transmissão e oneração de acções da Concessionária, a outorgar no Fecho Financeiro;
- d) Acordo Directo com os Bancos Financiadores – o acordo entre a Concedente, a Concessionária, os Accionistas Privados e os Bancos Financiadores, a outorgar no Fecho Financeiro;
- e) Acordo de Subscrição e Realização de Capital – o acordo entre a Concessionária e os Accionistas relativo à subscrição e realização de fundos próprios da Concessionária, a outorgar no Fecho Financeiro;
- f) Agrupamento – o conjunto de sociedades comerciais accionistas da Concessionária, cuja identificação consta do Anexo 1 ao Contrato de Concessão;
- g) Bancos Financiadores – as instituições de crédito futuramente financiadoras e/ou garantes das actividades integradas na concessão, nos termos dos Contratos de Financiamento;
- h) Bases da Concessão – o quadro geral da regulamentação da concessão que se encontra estabelecido no Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto;
- i) Caso Base – o conjunto de pressupostos e projecções económico-financeiras cristalizadoras do equilíbrio económico-financeiro da concessão a definir no Fecho Financeiro;
- j) CAC – Comissão de Acompanhamento da Concessão instituída nos termos do artigo 56. do Contrato de Concessão;

k) Concedente – a Região Autónoma da Madeira;

~~l) Concessionária – a VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira S.A.,~~

m) Contrato de Concessão – o presente contrato de concessão de serviço público;

n) Contratos de Empreitada – Os Contratos de Empreitada Outorgados e os Contratos de Empreitada a Outorgar;

o) Contratos de Empreitada a Outorgar – Os contratos de empreitada referentes aos Lanços, a outorgar entre a RAMEDM – Estradas da Madeira S.A. e os concorrentes seleccionados e a seleccionar no âmbito dos competentes concursos públicos, cuja discriminação consta do Anexo 2;

p) Contratos de Empreitada Outorgados – Os contratos de empreitada referentes aos Lanços, que se encontram outorgados à presente data entre a RAMEDM – Estradas da Madeira S.A. e os concorrentes seleccionados no âmbito dos competentes concursos públicos, cuja discriminação consta do Anexo 3;

q) Contratos de Financiamento – os acordos entre a Concessionária, os Accionistas Privados e os Bancos Financiadores, destinados a aportar fundos alheios à Concessionária, a outorgar no Fecho Financeiro;

r) Empreendimento Concessionado – o conjunto de bens objecto da concessão, nos termos do disposto no Contrato de Concessão;

s) Empreiteiros – Os empreiteiros nos Contratos de Empreitada.

t) Fecho Financeiro – O momento, não posterior a 30 de Junho de 2009, em que a Concedente, a Concessionária, os Accionistas e os Bancos Financiadores acordem os termos definitivos de aporte de fundos próprios e alheios à concessão, incorporando já o resultado do novo aumento especial de capital social a ser lançado de acordo com o previsto na Resolução do Governo Regional n.º 1530/2008, de 12 de Dezembro de 2008, assim como os termos da equação financeira que subjazerá ao respectivo equilíbrio económico-financeiro, outorgando, designadamente, o Acordo de Subscrição e Realização de Capital e os Contratos de Financiamento, bem como todas as alterações que se mostrem necessárias ao presente Contrato de Concessão;

u) IPC – o índice de preços no consumidor, sem habitação, para a Região Autónoma da Madeira, publicado pela Direcção Regional de Estatística;

v) Lanços – as secções viárias em que se dividem as Vias Concessionadas, devidamente identificadas no Anexo 4 ao Contrato de Concessão;

w) Manual de Exploração, Conservação e Manutenção – o documento contendo um conjunto de regras relativas à exploração, manutenção e conservação da concessão, a elaborar pela Concessionária e a aprovar pela Concedente, nos termos dos números 27.4. a 27.7. do Contrato de Concessão;

x) Partes – a Concedente e a Concessionária;

y) Período de Fecho – o período de tempo que se inicia às 00 horas do dia seguinte ao da assinatura do Contrato de Concessão e termina às 24 horas do dia do Fecho Financeiro ou às 24 horas do dia 30 de Junho de 2009 caso o Fecho Financeiro não ocorra até esta data;

z) Período Inicial da Concessão – o período de tempo que se inicia às 00 horas do dia seguinte ao do Fecho Financeiro e termina às 24 horas do dia 31 de Dezembro de 2012;

aa) Plano de Controlo de Qualidade – o documento a elaborar pela Concessionária e a aprovar pela Concedente, nos termos dos números 27.4. a 27.7. do Contrato de Concessão;

bb) Portagem SCUT – a importância que a Concessionária tem a receber da Concedente em função dos valores de tráfego registados;

cc) RAMEDM – A RAMEDM – Estradas da Madeira S.A.

dd) SCUT – sem cobrança aos utilizadores;

ee) Termo da Concessão – a extinção do Contrato de Concessão, independentemente do motivo pelo qual a mesma ocorra;

ff) Vias Concessionadas – as correspondentes ao conjunto dos Lanços identificados no Anexo 4 ao Contrato de Concessão, incluindo as que, de acordo com o disposto no artigo 17. do Contrato de Concessão foram integradas na concessão, com os limites definidos nos termos do disposto no referido Anexo 4, incluindo o terreno por elas ocupado, abrangendo a plataforma (faixa de rodagem, separador central e bermas), as obras de arte (correntes e especiais), a calha técnica e demais equipamentos dos sistemas de drenagem, comunicações e sinalização e segurança, os nós e os ramais de ligação, os muros de suporte ou sobranceiros à via e os terrenos marginais até à vedação quando existente;

gg) Vias Rodoviárias Concorrentes – vias rodoviárias que venham a ser ~~construídas após a assinatura do Contrato de Concessão e cuja entrada em serviço~~ seja causa de relevante diminuição de tráfego nas Vias Concessionadas, nos termos do artigo 24., com excepção das vias municipais e das vias de acesso às Vias Concessionadas.

1.2. Os termos definidos no número anterior no singular poderão ser utilizados no plural e vice-versa, com a correspondente alteração do respectivo significado, salvo se do contexto resultar claramente o inverso.

2. Anexos

Fazem parte integrante do Contrato de Concessão, para todos os efeitos legais e contratuais, os seus anexos, organizados da forma seguinte:

Anexo 1: Identificação das Empresas que compõem o Agrupamento;

Anexo 2: Lista dos Contratos de Empreitada a Outorgar relativos aos Lanços que integram o objecto da concessão;

Anexo 3: Lista dos Contratos de Empreitada Outorgados relativos aos Lanços que integram o objecto da concessão;

Anexo 4: Mapa com identificação dos Lanços, Definição dos Respective Limites Físicos e Localização dos Postos de Contagem;

Anexo 5: Acordo Directo entre a Região Autónoma da Madeira e os Accionistas Privados; e

Anexo 6: Regras relativas à CAC.

3. Epígrafes e remissões

3.1. As epígrafes dos capítulos e dos artigos do Contrato de Concessão foram incluídas por razões de mera conveniência, não fazendo parte da regulamentação aplicável às relações contratuais dele emergentes, nem constituindo suporte para a interpretação ou integração do presente contrato.

3.2. As remissões ao longo dos artigos do Contrato de Concessão para outros ~~artigos, números, alíneas ou anexos, e salvo se do contexto resultar sentido~~ diferente, são efectuadas para artigos, números, alíneas ou anexos do próprio Contrato de Concessão.

4. Lei aplicável

O Contrato de Concessão encontra-se sujeito à lei portuguesa, com expressa renúncia à aplicação de qualquer outra.

5. Deveres gerais das partes

5.1. As partes comprometem-se reciprocamente a cooperar e a prestar o auxílio que razoavelmente lhes possa ser exigido com vista ao bom desenvolvimento das actividades integradas na concessão;

5.2. A Concessionária assume integral e exclusiva responsabilidade por todos os riscos que resultem do Contrato de Concessão.

5.3. A Concessionária poderá contratar com terceiros parte das actividades integradas na concessão, devendo, sempre que os contratos tenham por objecto a prestação continuada de serviços de conservação e manutenção das Vias Concessionadas ou de assistência técnica em relação a estas actividades, notificar previamente a Concedente dos termos e condições de tais subcontratos, bem como da identificação das respectivas contrapartes, podendo a Concedente opor-se à celebração de tais subcontratos, desde que para tanto invoque motivo justificado, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da recepção da respectiva notificação, e considerando-se os mesmos tacitamente aprovados caso a Concedente não se oponha nesse prazo.

5.4. Constitui especial obrigação da Concessionária promover e exigir de todas as entidades que venham a ser contratadas para o desenvolvimento de actividades integradas na concessão, que sejam observadas todas as regras de boa condução das obras ou trabalhos em causa e especiais medidas de salvaguarda da integridade física do público e de todo o pessoal afecto aos mesmos, e nomeadamente o

cumprimento do Plano do Controlo de Qualidade e do Manual de Exploração, Conservação e Manutenção.

5.5. Caso se venha a verificar que qualquer das entidades subcontratadas não esteja a cumprir obrigações que estão definidas no Contrato de Concessão para a Concessionária, a Concedente poderá ordenar à Concessionária que resolva o contrato em causa com a entidade subcontratada incumpridora, de modo a que a Concessionária reassuma, de imediato, o cumprimento contratual a que está obrigada.

5.6. A Concessionária responsabiliza-se ainda perante a Concedente por que apenas sejam contratadas para desenvolver actividades integradas na concessão entidades que se encontrem devidamente licenciadas e autorizadas e que detenham capacidade técnica e profissional adequadas para o efeito.

5.7. A Concessionária não poderá opor à Concedente excepções ou meios de defesa que resultem das relações contratuais por si estabelecidas com terceiros.

Capítulo II - Objecto, Natureza e Duração da Concessão

6. Objecto da concessão

6.1. É objecto da concessão a exploração, conservação e manutenção dos seguintes Lanços de estradas regionais (EERR), que se encontram melhor identificados no Anexo 4:

- a) VE1 - Ribeira de São Jorge - Arco de São Jorge;
- b) VE1 - Arco de São Jorge – Boaventura;
- c) VE1 - Boaventura – São Vicente; e
- d) ER 109 – VE8 – troço Vasco Gil – Fundoa, à cota 500.

6.2. A concessão será em regime de exclusivo e sem cobrança aos utilizadores, os quais não terão de pagar qualquer valor, a título de taxa ou outro, por efeito de circulação nas Vias Concessionadas.

6.3. O objecto da concessão abrange ainda os seguintes Lanços de estradas regionais (EERR), nos termos do artigo 17.

- a) VR2 - Câmara Lobos – Estreito de Câmara de Lobos;
- b) VE3 - Fajã da Ovelha – Ponta do _Pargo;
- c) VE3 - Variante da Madalena do Mar.

7. Limites físicos da concessão

7.1. Os limites físicos da concessão são definidos em relação às Vias Concessionadas identificadas no Anexo 4, de acordo com o disposto no referido Anexo.

7.2. Se, durante a vigência da concessão, for efectuada alguma alteração na classificação rodoviária, nomeadamente resultante de uma reforma de conjunto, produzida na Região Autónoma da Madeira, o Contrato de Concessão será alterado de modo a reflectir a nova classificação, para que não fique perturbada a perfeita e constante determinação do objecto do Contrato de Concessão. As alterações efectuadas ao abrigo deste número conferem à Concessionária o direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão, nos termos do artigo 24.

8. Transferência de Lanços para a Concessionária

8.1. Sem prejuízo do disposto nos números seguintes do presente artigo, a Concessionária tomou de cessão a posição contratual da RAMEDM nos Contratos de Empreitada Outorgados, pretendendo proceder de igual modo nos Contratos de Empreitada a Outorgar, sendo aplicáveis às referidas cessões os termos e limitações que constam do presente contrato, e nomeadamente o disposto em 20 e 21. *infra*.

8.2. A Concessionária mandatou a RAMEDM para a prática de todos os actos de gestão, acompanhamento e fiscalização relativos aos Contratos de Empreitada Outorgados, nos termos devidamente estipulados nos respectivos contratos de cessão da posição contratual, assumindo a Concedente total responsabilidade pelos

actos que nessa qualidade virão a ser praticados pela RAMEDM, incluindo para efeitos do disposto em 2.3., 3.3. e 5.3. dos contratos de cessão das empreitadas.

8.3. A Concessionária não assume qualquer responsabilidade pela concepção, projecto ou execução das obras de construção das Vias Concessionadas, nem por eventuais vícios ou defeitos das mesmas, não respondendo, nomeadamente, perante a Concedente, os empreiteiros, ou perante terceiros, por quaisquer danos ou impactos negativos, incluindo os decorrentes da impossibilidade, devidamente justificada, de utilização, total ou parcial, das Vias Concessionadas, devido a deficiências ou omissões da concepção, do projecto ou da execução das obras de construção das Vias Concessionadas, e responsabilizando-se a Concedente por indemnizar a Concessionária de quaisquer danos que possam resultar da concepção, projecto ou execução das obras de construção da concessão, incluindo perante os Empreiteiros, a RAMEDM e/ou terceiros, e inclusivamente ressarcindo-a de quaisquer custos processuais e legais em que eventualmente tenha de incorrer por força dos mesmos .

8.4. A aprovação pela Concessionária de quaisquer estudos, projectos ou facturas apresentadas pelos empreiteiros no âmbito dos Contratos de Empreitada, assim como, quando se mostre devida, a recepção provisória dessas empreitadas, não envolvem qualquer responsabilidade da Concessionária, nem exoneram a Concedente, a RAMEDM, ou o empreiteiro das responsabilidades e obrigações decorrentes das actividades de concepção, projecto ou execução que estes tenham desempenhado ou lhes cumpra desempenhar ao abrigo dos Contratos de Empreitada, sendo de responsabilidade da Concedente, da RAMEDM e/ou do empreiteiro, consoante aplicável, a concepção, projecto ou execução das obras e respectivos defeitos, e responsabilizando-se a Concedente por indemnizar a Concessionária de quaisquer danos que esta possa sofrer em consequência das invocadas actividades de concepção, projecto ou execução das obras efectuadas ao abrigo dos Contratos de Empreitada, inclusivamente ressarcindo-a de quaisquer custos processuais e legais em que eventualmente tenha de incorrer por força das mesmas.

8.5. Os Lanços transferem-se para a Concessionária, para efeitos do início da exploração, conservação e manutenção, às 00 (zero) horas do dia seguinte ao da autorização da respectiva abertura ao tráfego pela Concedente, tornando-se a

respectiva exploração, conservação e manutenção de responsabilidade exclusiva da Concessionária a partir de então, sem prejuízo do disposto nos números 8.1 a 8.4.

8.6. Para efeitos da autorização de abertura ao tráfego prevista no número anterior, a Concessionária deverá, com uma antecedência de 30 dias, notificar a Concedente para estar presente e intervir nas vistorias com vista à recepção provisória das empreitadas dos Lanços, e subscrever os respectivos autos, comprometendo-se a Concedente a tanto.

8.7. Será lavrado auto de recepção provisória das empreitadas dos Lanços entre Concedente, Concessionária e empreiteiro quando estiverem realizados todos os trabalhos contratualmente previstos, necessários à perfeita e completa utilização dos Lanços.

8.8. Após a recepção provisória, a Concedente deverá autorizar a abertura dos Lanços ao tráfego.

8.9. As várias obrigações da Concessionária relativas à exploração, conservação e manutenção, consignadas no presente Contrato de Concessão, apenas surgem, em relação a cada Lanço, a partir da data da efectiva transferência do mesmo, nos termos previstos no número 8.5.

8.10. Os Bancos Financiadores poder-se-ão fazer representar nas vistorias para a recepção provisória das empreitadas dos Lanços, aí assinalando todos os defeitos ou trabalhos em falta que detectem, e devendo a Concessionária convocá-los para o efeito com uma antecedência de 30 dias.

9. Natureza da concessão

9.1. A presente concessão é de serviço público.

9.2. A realização de obras ou trabalhos e a prestação de serviços, nomeadamente quanto à manutenção e conservação das Vias Concessionadas, bem como a tomada de posição contratual nos contratos de empreitada identificados nos Anexos 2 e 3, não prejudicam a natureza da concessão como de serviço público.

respectiva exploração, conservação e manutenção de responsabilidade exclusiva da Concessionária a partir de então, sem prejuízo do disposto nos números 8.1 a 8.4.

8.6. Para efeitos da autorização de abertura ao tráfego prevista no número anterior, a Concessionária deverá, com uma antecedência de 30 dias, notificar a Concedente para estar presente e intervir nas vistorias com vista à recepção provisória das empreitadas dos Lanços, e subscrever os respectivos autos, comprometendo-se a Concedente a tanto.

8.7. Será lavrado auto de recepção provisória das empreitadas dos Lanços entre Concedente, Concessionária e empreiteiro quando estiverem realizados todos os trabalhos contratualmente previstos, necessários à perfeita e completa utilização dos Lanços.

8.8. Após a recepção provisória, a Concedente deverá autorizar a abertura dos Lanços ao tráfego.

8.9. As várias obrigações da Concessionária relativas à exploração, conservação e manutenção, consignadas no presente Contrato de Concessão, apenas surgem, em relação a cada Lanço, a partir da data da efectiva transferência do mesmo, nos termos previstos no número 8.5.

8.10. Os Bancos Financiadores poder-se-ão fazer representar nas vistorias para a recepção provisória das empreitadas dos Lanços, aí assinalando todos os defeitos ou trabalhos em falta que detectem, e devendo a Concessionária convocá-los para o efeito com uma antecedência de 30 dias.

9. Natureza da concessão

9.1. A presente concessão é de serviço público.

9.2. A realização de obras ou trabalhos e a prestação de serviços, nomeadamente quanto à manutenção e conservação das Vias Concessionadas, bem como a tomada de posição contratual nos contratos de empreitada identificados nos Anexos 2 e 3, não prejudicam a natureza da concessão como de serviço público.

10. Bens e direitos afectos à concessão

10.1. Os bens e direitos afectos a concessão representam o acervo constante necessário ao cumprimento permanente das obrigações de serviço público envolvidas na execução do Contrato de Concessão.

10.2. Encontram-se afectos à concessão:

- a) As Vias Concessionadas;
- b) Os imóveis adquiridos por via do direito privado ou de expropriação, para a instalação e funcionamento dos serviços concessionados, designadamente escritórios e centros de assistência e manutenção, bem como quaisquer edificações construídas pela Concessionária, os quais integrarão igualmente o domínio público da Concedente.
- c) Todas as máquinas, equipamento, aparelhos e acessórios e, em geral, quaisquer outros bens móveis usados na exploração, conservação e manutenção das Vias Concessionadas;
- d) Os Contratos de Financiamento;
- e) Os direitos emergentes das relações jurídicas que se encontrem, a cada momento, relacionadas com a concessão, nomeadamente as laborais, de mútuo, de empreitada, de locação financeira e de prestação de serviços.

10.3. Com efeitos a partir do ano de 2012, a Concessionária elaborará, até 31 (trinta e um) de Março de cada ano, um inventário do património e activos afectos à concessão, que manterá actualizado e à disposição da Concedente, e no qual fará constar a respectiva qualidade, quantidade e regras de actualização dos bens, bem como os ónus e encargos que sobre os mesmos recaiam.

10.4. No Termo da Concessão, o acervo identificado em 10.2. supra reverte para a Concedente.

10.5. Os bens referidos nas alíneas a) e b) do número 10.2. pertencem ao domínio público da Concedente, encontrando-se subtraídos ao comércio jurídico privado e não podendo como tal ser alienados, onerados ou objecto de qualquer acto ou contrato que, por qualquer outra forma, titule ou tenha em vista a ocupação dos

↓
9
D

~~respectivos espaços, assim como não podem ser objecto de arresto, penhora ou qualquer outra forma de apreensão ou providência cautelar.~~

10.6. A Concessionária poderá proceder à identificação no local dos limites exactos dos terrenos que façam parte integrante da concessão, segundo os critérios estabelecidos no Contrato de Concessão.

11. Transmissão, substituição e oneração dos bens afectos à concessão

11.1. Os bens móveis que se incluam na alínea c) do número 10.2. poderão ser substituídos, alienados ou onerados pela Concessionária, com as limitações resultantes dos números seguintes.

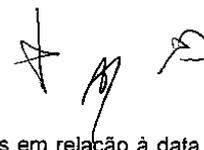
11.2. A Concessionária poderá alienar todos bens móveis que comprovadamente tenham perdido a sua função económica; poderá também alienar os bens móveis que ainda possuam funcionalidade económica, neste caso se proceder à sua imediata substituição por outros com condições de operacionalidade, qualidade e funcionamento idênticas ou superiores.

11.3. Os bens móveis e direitos que tenham perdido utilidade para a concessão serão abatidos ao inventário referido no número 10.3.

11.4. Os termos dos negócios efectuados ao abrigo do número 11.2. deverão ser comunicados à Concedente, no prazo de 30 (trinta) dias após a data da sua realização, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

11.5. Fica desde já autorizada a oneração de bens e direitos, para efeitos de prestação das garantias que se venham a prever nos Contratos de Financiamento, destinadas à recolha de meios financeiros necessários à execução do Contrato de Concessão.

11.6. Qualquer oneração de bens e direitos fora do caso previsto no número 11.5. , carece de autorização da Concedente, a qual deverá ser requerida pela Concessionária, mediante solicitação contendo a caracterização da oneração



pretendida, com uma antecedência mínima de 60 (sessenta) dias em relação à data da pretendida oneração.

11.7. A Concedente deverá decidir o pedido de autorização referido em 11.6 no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias após a recepção do mesmo, decisão que assentará em critérios objectivos de razoabilidade e que deverá ser devidamente fundamentada no caso de indeferir total ou parcialmente o pedido da Concessionária.

12. Cessão da posição contratual

12.1. A Concessionária não poderá ceder a sua posição contratual a outrem durante todo o período de vigência da concessão, salvo autorização em contrário da Concedente concedida nos termos do número 12.4. , e o exercício dos direitos que venham a ser conferidos aos Bancos Financiadores no Fecho Financeiro .

12.2. A sanção para a violação do disposto no número 12.2. é a nulidade, sem prejuízo do disposto no número 12.3.

12.3. A prática de quaisquer actos em violação do disposto no número 12.2. é relevante para execução de garantias e para efeitos de imposição de sanções contratuais à Concessionária, designadamente para desencadear o processo com vista à rescisão do Contrato de Concessão, não podendo a Concessionária invocar ou opor a nulidade.

12.4. Se estiver em risco a continuidade do serviço público, poderá a Concedente autorizar previamente a prática de actos, ou a celebração de contratos, que caíam na previsão do número 12.1. suportando a Concessionária os prejuízos e encargos que daí decorram.

12.5. A recusa da Concedente em autorizar os actos ou contratos referidos no número 12.4. , simplesmente fundamentada no dever da Concessionária em cumprir as suas obrigações no âmbito do Contrato de Concessão, não dá direito à percepção de quaisquer verbas pela Concessionária, a título de indemnização por prejuízos sofridos, ou qualquer outro título.

13. Oneração, alienação e trespasse da concessão

13.1. A Concessionária não poderá alienar, trespasar ou por qualquer modo onerar, no todo ou em parte, a concessão, ou realizar negócio jurídico que vise atingir resultados idênticos, salvo autorização em contrário da Concedente concedida nos termos dos números 13.4. e 13.5. , e o exercício dos direitos que venham a ser conferidos aos Bancos Financiadores ao abrigo do Acordo Directo com os Bancos Financiadores.

13.2. A sanção para a violação do disposto no número 13.1. é a nulidade, sem prejuízo do disposto no número 13.3. .

13.3. A prática de quaisquer actos em violação do disposto no número 13.1. é relevante para execução de garantias e para efeitos de imposição de sanções contratuais à Concessionária, designadamente para desencadear o processo com vista à rescisão do Contrato de Concessão, não podendo a Concessionária invocar ou opor a nulidade.

13.4. Se estiver em risco a continuidade do serviço público, poderá a Concedente autorizar previamente a prática de actos, ou a celebração de contratos, que caíam na previsão do número 13.1. , suportando a Concessionária os prejuízos e encargos que daí decorram.

13.5. A recusa da Concedente em autorizar os actos ou contratos referidos no número 13.4. , simplesmente fundamentada no dever da Concessionária em cumprir as suas obrigações no âmbito do Contrato de Concessão, não dá direito à percepção de quaisquer verbas pela Concessionária, a título de indemnização por prejuízos sofridos, ou qualquer outro título.

14. Duração da concessão

14.1. A concessão terá a duração de 30 (trinta) anos contados a partir da data da celebração do Contrato de Concessão, sem prejuízo do disposto nos números 14.2. e 50.3.

14.2. À duração da concessão referida no precedente número 14.1. acresce o ~~período decorrido entre a data da entrada em vigor do Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto, e a data da celebração do Contrato de Concessão.~~

14.3. Findo o prazo de duração da concessão fixado no número 14.1. , e sem necessidade de qualquer notificação, cessam todos os direitos e obrigações da Concessionária emergentes do Contrato de Concessão e revertssem gratuita e automaticamente para a Concedente todos os bens afectos à concessão em estado que satisfaça as seguintes condições:

Bens	Condições mínimas
Pavimento	85 % da extensão total com duração residual superior a 5 anos
Postes de iluminação	Duração residual superior a 8 anos
Elementos mecânicos e eléctricos	Duração residual superior a 5 anos (excepto lâmpadas)
Sinalização vertical	Duração residual superior a 6 anos
Sinalização horizontal	Duração residual superior a 2 anos
Equipamentos de segurança	Duração residual superior a 2 anos

Todos os bens não contemplados no quadro anterior deverão revertssem em estado que garanta 50 % (cinquenta por cento) da vida útil de cada um dos seus componentes.

14.4. Findo o prazo de duração da concessão, revertssem adicionalmente para a Concedente, gratuita e automaticamente, as acções representativas do capital social da Concessionária, bem como os bens e direitos a ela afectos.

Capítulo III - Sociedade Concessionária

15. Natureza, projecto empresarial e acordos parassociais da Concessionária

15.1. A Concessionária é uma sociedade comercial anónima que se rege pelos respectivos estatutos e pelo direito privado, sem prejuízo da obediência ao disposto no Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto, e no presente Contrato de Concessão.

15.2. De modo a garantir a estabilidade accionista e a continuidade da Concessionária de serviço público, será celebrado, no Fecho Financeiro, o Acordo Parassocial, nos termos do qual os membros do Agrupamento se obrigarão a deter em conjunto enquanto accionistas, a todo o tempo e ao longo de todo o período de duração da concessão, o domínio da Concessionária, nos termos previstos no artigo 486º do Código das Sociedades Comerciais, obrigatoriedade que cessa no caso de autorização em contrário da Concedente, a qual não será irrazoavelmente negada.

15.3. Durante o Período de Fecho são expressamente proibidas todas e quaisquer transmissões de acções da Concessionária.

15.4. A oneração de acções representativas do capital social da Concessionária dependerá, sob pena de nulidade, de autorização prévia da Concedente.

15.5. Fica desde já autorizada a oneração de acções representativas do capital social da Concessionária, para efeitos de prestação de garantias destinadas à recolha de meios financeiros necessários à execução do Contrato de Concessão de acordo com os direitos que venham a ser conferidos aos Bancos Financiadores ao abrigo dos Contratos de Financiamento.

16. Obrigações de informação da Concessionária

Ao longo de todo o período de duração da concessão, e sem prejuízo das demais obrigações de informação estabelecidas no Contrato de Concessão, a Concessionária compromete-se para com a Concedente a:

- a) Dar-lhe conhecimento logo que possível de todo e qualquer evento que possa vir a prejudicar ou impedir o cumprimento pontual e atempado de qualquer das obrigações emergentes do Contrato de Concessão, ou que possa constituir causa de sequestro ou rescisão da concessão nos termos previstos nos artigos 44. e 47. ;
- b) Remeter-lhe, semestralmente e no suporte que entender adequado, relatório com informação detalhada das estatísticas de tráfego elaboradas nos termos do artigo 30. , que inclua a análise dos níveis de sinistralidade do período a que se refira;

c) Remeter-lhe, semestralmente e no suporte que entender adequado, relatório com informação relativa aos estudos e trabalhos relativos à manutenção das Vias Concessionadas realizados no período a que se refira;

d) Remeter-lhe, até ao dia 30 (trinta) de Junho de cada ano e no suporte que entender adequado, o relatório de contas relativo ao ano civil anterior, incluindo mapas de origem e aplicação de fundos, contas de demonstração de resultados e balanço anual, bem como a certificação legal de contas e pareceres de auditores externos e do órgão de fiscalização da sociedade;

e) Remeter-lhe, no prazo de 3 (três) meses após o termo do primeiro semestre civil, e no prazo de 5 (cinco) meses após o termo do segundo semestre civil, informação relativa à condição financeira da Concessionária desde a entrada em vigor da concessão até ao termo do semestre anterior, bem como uma projecção da sua posição entre esse período e o termo previsto da concessão, sendo esta informação elaborada na forma e incluindo as projecções constantes do Caso Base;

f) Apresentar-lhe com a brevidade possível as informações complementares ou adicionais que razoavelmente lhe forem solicitadas.

Capítulo IV - Extensão do Objecto da Concessão

17. Extensão do objecto da concessão

17.1. O objecto da concessão foi estendido aos lanços identificados no número 6.3., nos termos da Resolução do Governo Regional n.º 1530/2008, de 12 de Dezembro de 2008.

17.2. A extensão do objecto da concessão referida no número 17.1. produziu efeitos imediatos.

17.3. Sem prejuízo do disposto no número anterior, e de acordo com o previsto na Resolução do Governo Regional n.º 1530/2008, de 12 de Dezembro de 2008, irá ser lançado um novo aumento especial de capital social acessível a investidores que reúnam as características descritas no n.º 2 do artigo 4º do Decreto Legislativo Regional 36/2008/M, de 14 de Agosto, aumento este que se regerá pelo disposto no n.º 4 e 5 do artigo 4º e no artigo 5º do mesmo diploma legal.

Capítulo V - Financiamento da Concessão e Pagamentos ao seu Abrigo

18. Financiamento da concessão

18.1. Cabe à Concessionária dotar-se dos meios financeiros necessários ao cumprimento das suas obrigações, no âmbito do Contrato de Concessão.

18.2. Com vista à obtenção dos fundos necessários ao cumprimento das suas obrigações no âmbito do Contrato de Concessão, a Concessionária desenvolverá os melhores esforços no sentido de concluir negociações e outorgar, até ao dia 30 de Junho de 2009, os Contratos de Financiamento com os Bancos Financiadores e o Acordo de Subscrição e Realização de Capital com os Accionistas, da execução dos quais irá posteriormente mantendo informada a Concedente.

19. Pagamentos à Concedente

19.1. Caso se venha a concretizar o fecho financeiro, a Concessionária pagará à Concedente, na data referida em 19.3., o valor de € 751.473.000,00 (setecentos e cinquenta e um milhões quatrocentos e setenta e três mil euros), deduzido de todos os montantes que resultem dos Contratos de Empreitada a qualquer título, que devam ser suportados pela Concessionária, nos termos previstos em 20. e 21. infra.

19.2. Os montantes pagamentos suportados ao abrigo dos Contratos de Empreitada serão anualmente reportados pela Concessionária à Concedente, até ao dia 31 de Janeiro do ano seguinte aquele a que respeitem, acompanhados dos respectivos documentos justificativos. No ano em que se concluem as obras de todos os Lanços, a informação dos pagamentos aos empreiteiros será prestada à Concedente no prazo de 15 dias após a consolidação da conta final das empreitadas.

19.3. Quando positivo, o saldo entre o valor de € 751.473.000,00 (setecentos e cinquenta e um milhões quatrocentos e setenta e três mil euros), descontado dos custos que devam ser suportados pela Concessionária de acordo com o previsto nos números 19.1 e 19.2, será integralmente pago pela Concessionária à Concedente no prazo de 30 dias após a aceitação e o fecho da conta final de todos os Contratos de Empreitada, e desde que se mostre autorizada a abertura ao tráfego pela

Concedente de todos os Lanços que integram a concessão, nos termos previstos em 8.5 a 8.8. supra.

20. Pagamentos à Concessionária no Período Inicial da Concessão

20.1. Após o Fecho Financeiro e até à data da efectiva transferência de todos os Lanços para a Concessionária para efeitos de exploração, conservação e manutenção, nos termos previsto no número 8.5, a Concedente pagará à Concessionária, a título de gestão do objecto da concessão, as exactas quantias que venham a ser acordadas no Fecho Financeiro, nas datas e demais condições então fixadas.

20.2. A partir da data prevista, no Fecho Financeiro, para a efectiva transferência de todos os Lanços para a Concessionária para efeitos de exploração, conservação e manutenção, e até ao final da concessão, a Concedente pagará à Concessionária um montante de disponibilidade anual calculado nos termos que venham a ser fixados no Fecho Financeiro

20.3. O montante referido no precedente número 20.2. será pontualmente pago pela Concedente à Concessionária, a partir das datas previstas no Fecho Financeiro para a abertura ao tráfego e transferência dos Lanços da Concedente para a Concessionária, nos termos previstos no número 8.5., independentemente das datas em que tais aberturas e transferências efectivamente ocorram.

20.4. Quando os custos e/ou pagamentos, a qualquer título, resultantes dos Contratos de Empreitada, incluindo em resultado de qualquer reclamação ou pedido dos Empreiteiros, da RAMEDM e/ou de terceiros, tanto anteriores como posteriores à cessão da posição contratual, ultrapassem € 751.473.000,00 (setecentos e cinquenta e um milhões quatrocentos e setenta e três mil euros), os montantes que excedam esse valor serão suportados pela Concedente, que se obriga a entregá-los à Concessionária para efeitos de posterior entrega por esta desses mesmos custos e/ou pagamentos aos Empreiteiros, à RAMEDM e/ou terceiros.

20.5. A partir das 00 horas do dia seguinte ao último dia do Período Inicial da Concessão, a Concessionária terá direito a receber da Concedente os pagamentos ~~previstos no artigo seguinte.~~

21. Pagamentos à Concessionária após o Período Inicial da Concessão

21.1. Após o período Inicial da Concessão, os pagamentos por disponibilidade, a efectuar pela Concedente à Concessionária, serão ajustados nos termos que vierem a ser definidos no Fecho Financeiro, ficando, além disso, sujeitos às penalizações previstas nos números 29.1. e 29.2.

21.2. Para além do montante previsto no número anterior, a Concessionária terá direito a receber da Concedente um pagamento referente à Portagem SCUT, nos termos que venham a ser fixados no Fecho Financeiro.

21.3. A não transferência para a Concessionária, dentro das datas ajustadas no Fecho Financeiro, e nos termos do número 8.5., dos Lanços que integram o objecto da concessão, não retira à Concessionária o direito aos pagamentos previstos em 21.1, e confere-lhe o direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão no que respeita aos pagamentos previstos em 21.2.

21.4. O disposto no precedente número 21.3. não prejudica a faculdade de, verificada a situação no mesmo artigo prevista, a Concessionária, se o entender mais conveniente, optar por invocar o incumprimento contratual da Concedente, em lugar do regime de reposição do equilíbrio financeiro da concessão.

22. Forma de pagamento à Concessionária

A Concedente procederá à liquidação dos montantes devidos nos termos dos artigos 20 e 21 nos termos que venham a ser fixados no Fecho Financeiro.



Capítulo VI - Equilíbrio Financeiro da Concessão e sua Reposição

23. Caso Base

23.1. As Partes produzirão no Fecho Financeiro um Caso Base em modelo informático editável que representará a equação financeira que concretiza o equilíbrio financeiro da concessão e com base na qual será efectuada a reposição do equilíbrio financeiro da concessão, nos termos do artigo 24. , não podendo ser invocadas quaisquer outras fórmulas como fundamento de reposição do equilíbrio financeiro da concessão.

23.2. O Caso Base apenas será alterado quando haja lugar, nos termos do artigo 24. , à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, e exclusivamente para reflectir a reposição efectuada.

24. Equilíbrio financeiro da concessão e sua reposição

24.1. As Partes estão reciprocamente obrigadas a manter, preservar e promover o equilíbrio financeiro em que o Contrato de Concessão se funda durante toda a sua vigência.

24.2. A Concessionária terá direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão nos termos previstos neste artigo, nos seguintes casos:

- a) Modificação unilateral, imposta pela Concedente, às prestações objecto do Contrato de Concessão ou às condições de desenvolvimento das actividades compreendidas na concessão;
- b) Criação de Vias Rodoviárias Concorrentes, sua posterior beneficiação significativa ou alterações da classificação rodoviária nos termos do número 7.2. ;
- c) Prejuízos causados à Concessionária em resultado de deficiências ou omissões na concepção, no projecto ou na execução das Vias Concessionadas, que não sejam ressarcidos pelas garantias de boa execução da obra prestadas pelos empreiteiros;
- d) Ocorrência de casos de força maior nos termos do artigo 42. , excepto se, em resultado dos mesmos, se verificar a resolução do Contrato de Concessão;

e) Alterações legislativas que tenham impacto sobre as receitas ou custos respeitantes à exploração das Vias Concessionadas, com excepção das alterações à lei fiscal,

f) Não abertura ao tráfego e transferência para a Concessionária, de qualquer um dos Lanços, até ao final do Período Inicial de Concessão;

g) Casos em que o direito de aceder à reposição do equilíbrio financeiro esteja expressamente previsto no Contrato de Concessão ou resulte da lei.

24.3. Para os efeitos previstos no presente artigo, a Concessionária deverá notificar a Concedente da ocorrência de qualquer evento que, individual ou cumulativamente, possa dar lugar à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, nos 30 (trinta) dias seguintes à data da sua verificação ou do seu conhecimento.

24.4. As Partes acordam em que, sempre que a Concessionária tenha direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, tal reposição terá lugar com referência ao Caso Base produzido no Fecho Financeiro, com as alterações que este tiver sofrido ao abrigo do número 23.2.

24.5. Sempre que haja lugar à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, tal reposição terá lugar através de uma das seguintes modalidades, consoante, de entre elas, a que, para cada caso, e sem prejuízo do disposto no número 24.6. , for escolhida por acordo entre as Partes:

- a) Atribuição de compensação directa pela Concedente;
- b) Revisão das tarifas e bandas de tráfego;
- c) Prorrogação do prazo da concessão;
- d) Combinação das modalidades anteriores, ou qualquer outra forma que seja acordada pelas Partes.

24.6. Caso, durante o Período Inicial da Concessão, se verifique qualquer um dos eventos referidos no número 24.2. , a reposição do equilíbrio financeiro da concessão terá lugar através da atribuição de compensação directa pela Concedente.

24.7. As Partes devem chegar a um entendimento sobre a reposição do equilíbrio financeiro da concessão, no prazo de 90 dias após a notificação prevista no número 24.3.

24.8. Esgotado o prazo previsto no precedente número 24.7. sem que haja entendimento das partes sobre a reposição do equilíbrio financeiro da concessão, a Concessionária terá o direito de imediatamente submeter o seu pedido de reposição do equilíbrio financeiro da Concessão perante o Tribunal Arbitral previsto no artigo 59.

Capítulo VII - Direcção e Fiscalização da Concessão

25. Direcção e fiscalização da concessão

25.1. A Concedente tem o direito de, nos termos gerais, dirigir e fiscalizar a execução do Contrato de Concessão com vista a garantir que o Contrato de Concessão se cumpre e que o serviço público é assegurado ao longo de todo o período da concessão.

25.2. A Concedente não pode, contudo, pôr em causa a autonomia de gestão da Concessionária, ou substituir-se aos actos que esta, como pessoa jurídica distinta, tenha o direito de praticar, nem criar obrigações autónomas diferentes das que constam do presente Contrato de Concessão.

25.3. Os poderes de direcção não podem, designadamente, ser exercidos para atingir efeitos como os que decorrem da suspensão da concessão pela Concedente, o resgate ou o processo prévio à rescisão do Contrato de Concessão.

25.4. A fiscalização será exercida pelo Governo Regional, através da Secretaria Regional que detiver a tutela das estradas, ou por quem a Secretaria Regional indicar.

25.5. A Concessionária facultará à Concedente, ou a qualquer entidade por esta nomeada, livre acesso ao Empreendimento Concessionado, bem como a todos os livros, registos e documentos relativos às instalações e actividades objecto da

concessão, e prestará sobre esses documentos os esclarecimentos que lhe forem solicitados.

25.6. As determinações da Concedente que vierem a ser emitidas por escrito, no âmbito dos seus poderes de fiscalização, serão imediatamente aplicáveis e vincularão a Concessionária, sem prejuízo do posterior recurso à arbitragem, e da exclusiva responsabilidade da Concedente pelas mesmas.

25.7. No caso de a Concessionária não concordar com as determinações referidas no número anterior manifestá-lo-á por escrito no prazo de oito dias, devendo a Concedente nos oito dias seguintes fundamentar devidamente essas determinações também por escrito.

Capítulo VIII - Exploração, Conservação e Manutenção das Vias Concessionadas

26. Exploração das Vias Concessionadas

26.1. Além do direito a receber as importâncias referidas nos artigos 20. e 21. , a Concessionária tem o direito de explorar economicamente as Vias Concessionadas, daí retirando o proveito que o Contrato de Concessão lhe torne legítimo e acessível.

26.2. À Concessionária é permitida a exploração de todas e quaisquer actividades económicas relacionadas com as Vias Concessionadas e a rodovia, tais como eventuais áreas de serviço, exploração da rede de telecomunicações a instalar, publicidade ou outro tipo de serviços.

27. Conservação e manutenção das Vias Concessionadas

27.1. Compete à Concessionária manter as Vias Concessionadas em bom estado de operacionalidade e segurança, a partir da data da sua efectiva transferência, nos termos do número 8.5, e durante todo o período da concessão, em obediência ao padrão de qualidade de conservação que será melhor fixado no Fecho Financeiro .

27.2. O disposto no precedente número 27.1. consubstancia uma obrigação essencial da Concessionária, cujo desrespeito substancial representa um caso de

incumprimento grave nos termos e para os efeitos previstos no Contrato de Concessão

27.3. Existirá desrespeito substancial, para efeitos do precedente número 27.2. , sempre que a Concessionária viole grave e reiteradamente o padrão de qualidade mínimo da conservação e manutenção que venha a ser fixado no Fecho Financeiro .

27.4. A Concessionária obriga-se a elaborar e respeitar um Plano de Controlo de Qualidade e um Manual de Exploração, Conservação e Manutenção que submeterá à aprovação da Concedente no prazo de 6 (seis) meses a contar da data do Fecho Financeiro .

27.5. No Manual de Exploração, Conservação e Manutenção serão detalhadas as regras, os princípios e os procedimentos a adoptar em matéria de conservação e manutenção das Vias Concessionadas e designadamente:

- a) Funcionamento do equipamento de contagem e classificação de tráfego e circuitos fechados de TV;
- b) Informação e normas de comportamento para com os utilizadores;
- c) Normas de actuação no caso de restrições de circulação nas Vias Concessionadas;
- d) Segurança dos utilizadores e das instalações;
- e) Funcionamento dos serviços de vigilância e socorro, com definição das taxas a cobrar aos utilizadores e sua forma de actualização;
- f) Monitorização e controlo ambiental;
- g) Estatísticas.

27.6. O Plano de Controlo de Qualidade e o Manual de Exploração, Conservação e Manutenção devem respeitar o padrão de qualidade mínimo da conservação e manutenção da concessão, e consideram-se tacitamente aprovados 60 (sessenta) dias após a sua apresentação à Concedente, caso dentro desse prazo não seja solicitada qualquer alteração aos mesmos, solicitação essa que suspenderá o prazo de aprovação até à sua resposta.

27.7. As alterações ao Plano de Controlo de Qualidade e ao Manual de Exploração, Conservação e Manutenção apenas poderão ter lugar mediante autorização da Concedente, a qual se considera facilmente concedida se não for recusada no prazo de 20 (vinte) dias úteis.

27.8. A Concessionária obriga-se a elaborar no prazo de 6 (seis) meses a contar do Fecho Financeiro um projecto de execução do Sistema de Controlo e Vigilância a implementar, que terá por referência o padrão de qualidade mínimo da conservação e manutenção da concessão e que será submetido à aprovação da Concedente.

27.9. O projecto de execução do Sistema de Controlo e Vigilância considera-se tacitamente aprovado 60 (sessenta) dias após a sua apresentação à Concedente, caso dentro desse prazo não seja solicitada qualquer alteração do mesmo, solicitação essa que suspenderá o prazo de aprovação até à apresentação da alteração solicitada.

28. Equipamento de contagem, classificação e observação de tráfego

28.1. A Concessionária tem a obrigação de instalar nas Vias Concessionadas equipamento de contagem e classificação de tráfego e, bem assim, equipamento que permita, em tempo real, assegurar à Concedente o controle efectivo do número e classe de veículos que passam nas Vias Concessionadas, os quais contribuem para o cálculo dos montantes a pagar pela Concedente à Concessionária, nos termos do artigo 21.

28.2. Para efeitos estatísticos, para efeitos de controlo e gestão de tráfego e para efeitos de gestão de pavimentos, o equipamento de contagem e medição de tráfego a instalar deverá garantir a contagem dos veículos de acordo com a classificação que será fixada no Manual de Exploração, Conservação e Manutenção.

28.3. Ficarão a cargo da Concessionária todos os custos referentes ao fornecimento, instalação, conservação e manutenção do equipamento de contagem, classificação e observação de tráfego.

28.4. A Concessionária terá acesso aos Lanços, para efeitos de instalação e montagem dos equipamentos de contagem, classificação e observação de tráfego, devendo coordenar com os empreiteiros responsáveis pela execução dos mesmos os termos das respectivas intervenções.

28.5. A localização dos equipamentos de contagem, classificação e observação deverá permitir o cálculo da importância que a Concessionária tem a receber da Concedente em função dos valores de tráfego registados, sendo detalhada no Manual de Exploração, Conservação e Manutenção.

29. Desempenho na exploração, conservação e manutenção

29.1. Salvo o encerramento devido a casos de força maior, qualquer reparação de defeitos de concepção, projecto e execução dos Lanços, ocorrência de acidentes e intervenção das autoridades e/ou da Concedente ou outros factos não imputáveis à Concessionária, apenas será permitido sem penalidade o encerramento de vias, para efeitos devidamente justificados, até ao limite de 35 000 (trinta mil) via x quilómetro x hora por ano, durante o período diurno (das 7 até às 21 horas) e até ao limite de 45 000 (quarenta mil) via x quilómetro x hora por ano, durante o período nocturno. Caso estes limites sejam ultrapassados, a Concessionária ficará sujeita ao regime de penalizações estabelecido no número seguinte.

29.2. Por cada fracção inteira de 1000 (mil) x via x quilómetro x hora por ano que uma via de circulação de tráfego esteja encerrada, para efeitos de conservação, para além dos limites estabelecidos no número anterior, será aplicada à Concessionária uma penalização de € 1000 (mil euros) no período nocturno e de € 2500 (dois mil e quinhentos euros) no período diurno, sendo estes montantes actualizados anualmente de acordo com a variação do IPC do ano anterior.

29.3. A Concedente poderá ainda fixar um regime de atribuição de prémios à implementação pela Concessionária de medidas tendentes à redução dos níveis de sinistralidade, não se incluindo nestas medidas, as correcções que resultem de erros de exploração, conservação ou manutenção, nem o regime de multas e prémios referidos nos números seguintes.

29.4. O regime de multas e de prémios relativos aos níveis de sinistralidade, a entrar em vigor no final do segundo ano civil completo após o final do Período Inicial da Concessão, basear-se-á no cálculo do seguinte índice de sinistralidade.

$$IS_i = \frac{N_i \times 10^8}{L \times TMDA \times D_i}$$

Em que:

IS - Índice de sinistralidade da concessão para o ano i;

N_i - Número de acidentes no ano i, com vítimas (mortes e/ou feridos), registados na concessão;

L - Extensão Total em quilómetros dos Lanços em serviço;

$TMDA_i$ - TMDA registado na concessão no ano i;

D_i - Número de dias de exploração no ano i.

29.5. Os prémios ou multas a pagar, referidos no número anterior, serão estabelecidos de acordo com o seguinte:

i) Sempre que o índice de sinistralidade calculado para cada ano de acordo com o número anterior for inferior ao índice de sinistralidade do ano anterior, a Concedente pagará à Concessionária um prémio com o seguinte valor:

$$\text{Prémio} = 2\% \times P_i \times (IS_{i-1} - IS_i)$$

Em que:

P_i - valor do pagamento referente a portagem SCUT no ano i, líquido de IVA;

IS_i - índice de sinistralidade no ano i;

IS_{i-1} - índice de sinistralidade no ano i-1;

$(IS_i - IS_{i-1})$ - factor que terá o valor máximo de 0,30.

ii) Sempre que o índice de sinistralidade calculado para cada ano de acordo com o número anterior for superior ao índice de sinistralidade do ano anterior, a Concessionária pagará à Concedente uma multa com o seguinte valor:

$$Multa = 2\% \times P_i \times (IS_i - IS_{i-1})$$

Em que:

P_i – valor do pagamento referente a portagem SCUT no ano i , líquido de IVA;

IS_i – índice de sinistralidade no ano i ;

IS_{i-1} – índice de sinistralidade no ano $i - 1$;

$(IS_i - IS_{i-1})$ – factor que terá o valor máximo de 0,30.

30. Estatísticas do tráfego

Após o final do Período Inicial da Concessão a Concessionária deverá organizar a estatística diária do tráfego nas Vias Concessionadas e os elementos obtidos deverão ser mantidos, sem quaisquer restrições, à disposição da Concedente.

31. Disciplina de tráfego

31.1. A circulação pelas Vias Concessionadas obedecerá ao determinado no Código da Estrada e demais disposições legais ou regulamentares aplicáveis.

31.2. A Concessionária obedecerá, naquilo que lhe compete, às normas do Código da Estrada e demais disposições legais ou regulamentares que afectem a sua actividade, em especial no que diz respeito à manutenção da sinalização obrigatória em perfeitas condições.

31.3. A Concessionária será obrigada, salvo caso de força maior devidamente verificado, a assegurar permanentemente, em boas condições de segurança e comodidade, a circulação nas Vias Concessionadas.

32. Assistência aos utilizadores

32.1. A partir da data da sua efectiva transferência para efeitos de exploração, conservação e manutenção, nos termos do número 8.5., a Concessionária tem a obrigação de garantir a assistência aos utilizadores das Vias Concessionadas nela se incluindo a vigilância das condições de circulação, sobretudo no que diz respeito à segurança e à prevenção de acidentes.

32.2. Com vista ao disposto no precedente números 32.1. Concessionária cooperará com as autoridades policiais e administrativas, de modo a instalar um sistema eficaz de assistência, com pleno respeito pelas condições legais e regulamentares em vigor.

32.3. Para os efeitos do precedente número 32.2. , a Concessionária deve assegurar uma rede de telecomunicações ao longo de todo o traçado das Vias Concessionadas, organizar um serviço destinado a chamar do exterior os meios de socorro em caso de acidente e a promover a prestação de assistência mecânica; a Concedente prestará à Concessionária a colaboração que razoavelmente lhe seja solicitada para que as infra-estruturas de telecomunicações instaladas possam ser utilizadas para os fins referidos no presente número.

32.4. A assistência aos utilizadores respeitará o padrão de qualidade mínimo da conservação e manutenção da concessão.

32.5. Pela prestação dos serviços de assistência referidos nos números anteriores, a Concessionária poderá cobrar, dos respectivos utilizadores, taxas cujo montante será fixado anualmente pela Concedente, sob proposta da Concessionária, e que constituirão receita da Concessionária.

33. Instalações de terceiros

33.1. Quando, ao longo do período da concessão, venha a mostrar-se necessária a instalação na área afecta à concessão de quaisquer equipamentos ou redes de serviço público não previstas anteriormente, a Concessionária deverá permitir a sua instalação.

~~33.2. A forma e os meios de realização das instalações referidas no número anterior deverão ser estabelecidas em contrato a celebrar entre a Concessionária e as~~
entidades responsáveis pela gestão dos serviços em causa, devendo estas últimas suportar os respectivos custos de instalação, manutenção e eventual reposição de serviços afectados por tal instalação, bem como quaisquer prejuízos que eventualmente causem à Concessionária.

33.3. A Concessionária não será responsável pelos custos de instalação ou manutenção referidos nos números anteriores, nem pela eventual reposição de serviços afectados por tal instalação, assim como não será responsável pelo encerramento das vias ou por qualquer nível de sinistralidade motivado pelas instalações de terceiros.

33.4. Os contratos referidos no número 33.2. estão sujeitos a prévia aprovação pela Concedente, a qual não poderá ser recusada sem motivo justificado e devidamente fundamentado, e que se considera concedida se não for recusada no prazo de 20 (vinte) dias a contar da notificação que lhe for para o efeito dirigida pela Concessionária.

Capítulo IX - Novas Construções e Alterações ou Reparações Relevantes nas Existentes

34. Novas construções e alterações ou reparações relevantes, nas já existentes, assumidas pela Concessionária

À presente concessão é aplicável o disposto no artigo 61º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, apesar de tal não implicar a mudança da natureza da concessão de serviço público para de obra pública, sendo que, ao abrigo da mencionada disposição, não poderá ser aceite ou admitida a realização de obra nova pela Concessionária, mas unicamente de reparações relevantes indispensáveis ao cumprimento da obrigações de conservação ou manutenção, de modo a garantir a segurança dos utilizadores. Nestes casos, a Concessionária tem de desencadear procedimento pré-contratual admissível para a situação concreta pelo regime legal da contratação pública, se

aplicável, e só está obrigada à execução das obras após ter acordado com a ~~Concedente as respectivas condições financeiras de execução.~~

35. Expropriações

35.1. A Concessionária pode requerer às autoridades competentes, enquanto concessionária de serviço público, a expropriação por utilidade pública dos imóveis necessários à execução dos objectivos do Contrato de Concessão, aí incluídos os que resultem da extensão do seu objecto.

35.2. Os encargos com as expropriações requeridas pela Concessionária são da responsabilidade da Concedente.

35.3. Qualquer atraso imputável à Concedente e superior a 30 (trinta) dias na condução e realização dos processos expropriativos, designadamente na publicação da declaração de utilidade pública dos terrenos a expropriar ou na prática dos actos de autoridade necessários à posse efectiva e investidura na propriedade dos terrenos e demais bens expropriados, confere à Concessionária o direito à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, nos termos do artigo 24. .

35.4. O disposto no precedente número 35.3. não prejudica a faculdade de, verificada a situação no mesmo artigo prevista, a Concessionária, se o entender mais conveniente, optar por invocar o incumprimento contratual da Concedente, em lugar do regime de reposição do equilíbrio financeiro da concessão.

36. Servidões administrativas

O disposto no artigo anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, às servidões administrativas, nos termos definidos no Código das Expropriações.

Capítulo X - Garantias de Cumprimento do Contrato de Concessão

37. Caução

37.1. Para garantir o cumprimento das suas obrigações contratuais, a Concessionária prestará caução, no montante e com os demais requisitos fixados no Fecho Financeiro, a qual se manterá em pleno vigor e eficácia ao longo de todo o período de duração da concessão.

37.2. A caução poderá ser constituída, consoante opção da Concessionária, por uma das seguintes modalidades:

- a) Garantia bancária à primeira solicitação emitida por instituição de crédito em benefício da Concedente;
- b) Seguro-caução constituído em benefício da Concedente.

37.3. Os termos e condições de constituição da caução em qualquer das modalidades previstas no número anterior e, bem assim, quaisquer modificações subsequentes dos termos de constituição da caução e o seu cancelamento, deverão merecer prévia aprovação da Concedente, a qual se considerará tacitamente concedida se não for recusada, por escrito, no prazo de 20 (vinte) dias.

37.4. A Concedente poderá utilizar a caução sempre que a Concessionária não cumpra as obrigações líquidas e certas resultantes do Contrato de Concessão, nomeadamente quando não proceda ao pagamento das multas contratuais nos termos do número 41.2. ou dos prémios de seguro nos termos do número 38.3. , e desde que respeitados os seguintes termos e condições:

- a) A Concedente comunicará à Concessionária, por escrito e com uma antecedência mínima de 15 (quinze) dias, a sua intenção de utilizar a caução e os respectivos fundamentos, designadamente identificando a obrigação incumprida e o respectivo montante;
- b) Caso a Concessionária sane o incumprimento em causa durante o decurso do prazo de 15 (quinze) dias referido na precedente alínea a), não haverá lugar à utilização da caução.

37.5. Sempre que a Concedente utilize a caução nos termos do número anterior, a Concessionária deverá proceder à reposição do seu montante integral no prazo de 1 ~~(um) mês a contar da data da utilização.~~

37.6. A caução poderá ser reduzida durante a vigência da concessão, nos termos que venham a ser definidos no Fecho Financeiro.

38. Seguros

38.1. A Concessionária deverá assegurar a celebração, existência e manutenção em vigor das apólices de seguro necessárias para garantir uma efectiva e adequada cobertura dos riscos inerentes ao desenvolvimento das actividades integradas na concessão, em conformidade com o programa de seguros que venha a ser contratado no Fecho Financeiro

38.2. A Concedente deverá ser indicada como um dos co-segurados nas apólices de seguro a contratar, devendo o cancelamento, suspensão, modificação relevante ou substituição de quaisquer apólices ser previamente aprovado por si.

38.3. A Concedente poderá proceder ao pagamento directo dos prémios dos seguros previstos no presente artigo quando a Concessionária não o faça, mediante recurso à caução.

Capítulo XI - Responsabilidade extracontratual perante terceiros

39. Responsabilidade extracontratual perante terceiros

39.1. A Concessionária responderá, nos termos da lei geral, por quaisquer prejuízos causados a terceiros no exercício das actividades de exploração, conservação e manutenção que constituem o objecto da concessão, pela culpa e pelo risco, não sendo assumido pela Concedente qualquer tipo de responsabilidade neste âmbito.

39.2. Concessionária responderá ainda nos termos gerais da relação comitente-comissário pelos prejuízos causados pelas entidades por si contratadas para o



desenvolvimento das actividades de exploração, conservação e manutenção compreendidas na concessão.

Capítulo XII - Incumprimento

40. Incumprimento grave

40.1. Incumprimento grave é qualquer comportamento da Concessionária ou da Concedente que, representando uma infracção ao disposto no Contrato de Concessão, não sanada ou não sanável, ponha substancialmente em causa a manutenção do serviço público concessionado.

40.2. Constituem situações de incumprimento grave da Concessionária, nomeadamente as seguintes:

- a) Dissolução da Concessionária;
- b) Declaração de insolvência da Concessionária;
- c) Recusa ou impossibilidade culposa da Concessionária em retomar a concessão nos termos no número 47.8. ou, quando o tiver feito, continuação das situações que motivaram o sequestro;
- d) Oneração, alienação, trespasse ou cessão da concessão, por parte da Concessionária, sem prévia autorização da Concedente;
- e) Recusa reiterada e injustificada da Concessionária em proceder à conservação e manutenção das Vias Concessionadas;
- f) Oposição repetida da Concessionária ao exercício de fiscalização, reiterada desobediência às legítimas determinações da Concedente ou sistemática inobservância do Plano de Controlo de Qualidade ou do Manual de Exploração, Conservação e Manutenção, quando se mostrem ineficazes as demais sanções contratuais previstas;
- g) Desrespeito substancial das obrigações consignadas do número 27.1.

40.3. Constituem situações de incumprimento grave da Concedente, nomeadamente as seguintes:

a) Atraso da Concedente superior a 6 (seis) meses no pagamento das importâncias que são devidas à Concessionária nos termos dos artigos 20 e 21 do Contrato de Concessão;

b) Atraso da Concedente superior a 6 (seis) meses na reposição do equilíbrio financeiro que se mostre devida, em decorrência de entendimento entre as Partes ou em consequência de decisão do Tribunal Arbitral, nos termos do artigo 24. do Contrato de Concessão;

c) Manutenção do sequestro por um período superior a um ano seguido ou dois interpolados;

d) Manutenção da suspensão por um período superior a dois anos seguidos ou quatro interpolados.

Sem prejuízo das demais consequências previstas no Contrato de Concessão, o incumprimento grave poderá dar lugar à aplicação de multas nos termos previstos no artigo 41.

41. Incumprimento não grave

41.1. Incumprimento não grave é qualquer comportamento da Concessionária ou da Concedente que, representando uma infração ao disposto no Contrato de Concessão, não ponha substancialmente em causa a manutenção do serviço público concessionado.

41.2. O incumprimento não grave dá lugar à aplicação de multas que oscilarão entre um mínimo de € 5.000 (cinco mil euros) e um máximo de € 500.000 (quinhentos mil euros), conforme a gravidade das infrações cometidas e o grau de culpa.

41.3. A aplicação das multas contratuais previstas no número anterior está dependente de notificação prévia à Parte faltosa, concretizando o incumprimento que dá origem à aplicação da multa e o montante previsto para a mesma, para que a Parte faltosa se pronuncie e / ou para que repare a situação de incumprimento dentro de prazo fixado de acordo com critérios de razoabilidade, tendo sempre em atenção a defesa do interesse público e a manutenção em funcionamento da concessão.

41.4. Os montantes mínimos e máximos de multas estabelecidos no número 41.2. serão actualizados anualmente de acordo com a variação do IPC publicado para o ano anterior.

Capítulo XIII - Força Maior

42. Força maior

42.1. Consideram-se casos de força maior os acontecimentos imprevisíveis e irresistíveis, independentes da vontade das Partes, e que impeçam, no todo ou em parte, momentânea ou por um período de tempo continuado, o cumprimento do Contrato de Concessão.

42.2. Constituem, nomeadamente, casos de força maior actos de guerra, hostilidades ou invasão, tumultos, bloqueios, rebelião ou terrorismo, epidemias, radiações atómicas, queda de aeronaves, fogo, raio, inundações graves, ciclones, tremores de terra e outros cataclismos naturais que directamente afectem as actividades compreendidas na concessão.

42.3. A verificação de um caso de força maior inibe qualquer das Partes de invocar perante a outra a aplicação de quaisquer sanções.

42.4. A ocorrência de um caso de força maior terá ainda por efeito exonerar a Concessionária de responsabilidade pelo não cumprimento das obrigações emergentes do Contrato de Concessão, na medida em que o seu cumprimento pontual e atempado tenha sido impedido em virtude da referida ocorrência, e dará lugar à reposição do equilíbrio financeiro da concessão, nos termos do artigo 24. sem prejuízo do número seguinte.

42.5. Caso a impossibilidade de cumprimento do Contrato de Concessão se torne objectivamente definitiva em decorrência de um evento de força maior, haverá lugar à resolução do Contrato de Concessão.

42.6. Sempre que um caso de força maior corresponda, à data da sua verificação, a um risco que devesse estar segurado após o Fecho Financeiro, e

independentemente de a Concessionária ter efectivamente contratado as respectivas apólices, verificar-se-á o seguinte:

-
- a) A Concessionária não ficará exonerada do cumprimento pontual e atempado das obrigações emergentes do Contrato de Concessão, dentro dos prazos que, com razoabilidade, lhe venham a ser fixados pela Concedente, na medida em que tal cumprimento se mostre razoavelmente exigível tendo em conta a indemnização aplicável, ou aquela que seria aplicável caso o seguro tivesse sido contratado;
 - b) Haverá lugar à reposição do equilíbrio financeiro, nos termos do disposto no artigo 24. , apenas na medida do excesso dos prejuízos sofridos relativamente à indemnização aplicável, ou àquela que seria aplicável caso o seguro tivesse sido contratado;
 - c) Haverá lugar à resolução do Contrato de Concessão quando, apesar do recebimento da indemnização aplicável, a impossibilidade do cumprimento das obrigações emergentes do Contrato de Concessão seja definitiva, ou a reposição do equilíbrio financeiro seja excessivamente onerosa para a Concedente.

42.7. A Concessionária deverá apresentar à Concedente, até três meses antes de perfeitos dois anos sobre a data da assinatura do Contrato de Concessão, e de dois em dois anos a partir dessa data, relatório de consultor de seguros independente, no qual se refiram quais os casos de força maior que, à data do relatório, se mostrem seguráveis em praças da União Europeia por apólices comercialmente aceitáveis, aplicando-se, a partir dessa data, o disposto no precedente número 42.6. relativamente a tais seguros, e ficando o relatório a constar em anexo ao Contrato de Concessão.

42.8. Caso a Concessionária se atrase por mais de três meses na apresentação à Concedente do relatório referido no número 42.7. , poderá a Concedente contratar directamente tal consultor de seguros, correndo os respectivos encargos por conta da Concessionária, e aplicando-se o disposto no número 42.6. relativamente aos seguros referidos no relatório do consultor de seguros assim contratado.

42.9. Ficam em qualquer caso excluídos da previsão dos números 42.6. a 42.8. os ~~actos de guerra, hostilidade ou invasão, tumultos, bloqueio, rebelião ou terrorismo,~~
epidemias, queda de aeronaves e radiações atómicas.

42.10. Perante a ocorrência de um caso de força maior, as Partes acordarão se haverá lugar à reposição do equilíbrio financeiro da concessão ou à resolução do Contrato de Concessão, recorrendo-se, caso não seja alcançado acordo no prazo de 3 (três) meses, prorrogáveis por acordo das Partes, à arbitragem.

42.11. Verificando-se a resolução do Contrato de Concessão nos termos do presente artigo, a Concedente assumirá os direitos e obrigações da Concessionária emergentes dos Contratos de Financiamento e do Acordo de Subscrição e Realização de Capital.

42.12. Acordando as Partes, ou sendo determinada pelo Tribunal Arbitral a resolução do Contrato de Concessão, observar-se-á o seguinte:

- a) Extinguir-se-ão as relações contratuais entre as Partes;
- b) Reverterão para a Concedente todos os bens e direitos afectos à concessão nos termos do artigo 10. ;
- c) A caução será libertada a favor da Concessionária se não for necessária à Concedente para recolher verbas a que tenha direito perante a Concessionária ao abrigo do Contrato de Concessão;
- d) Quaisquer indemnizações de seguros serão recebidas directamente pela Concedente quando esta seja co-segurada dos mesmos;
- e) Ficará a Concessionária responsável pelos efeitos da cessação de quaisquer contratos de que seja parte, salvo quanto aos Contratos de Financiamento e ao Acordo de Subscrição e Realização de Capital.

42.13. A Concessionária obriga-se a comunicar de imediato à Concedente a ocorrência de qualquer evento qualificável como caso de força maior ao abrigo do disposto no presente artigo, bem como, no mais curto prazo possível, a indicar quais as obrigações emergentes do Contrato de Concessão cujo cumprimento, no seu entender, se encontra impedido ou dificultado por força de tal ocorrência e, bem

assim, se for o caso, as medidas que pretende pôr em prática a fim de mitigar o ~~impacto do referido evento e os respectivos custos.~~

Capítulo XIV - Suspensão e Extinção da Concessão

43. Processo prévio à rescisão

43.1. Quando alguma das Partes dirija à outra notificação no sentido da rescisão do Contrato de Concessão, terá de seguir o processo previsto no presente artigo.

43.2. A notificação da intenção de rescindir o Contrato de Concessão tem de ser fundamentada, concretizando o incumprimento grave que lhe dá origem e apenas os fundamentos invocados nesta notificação poderão ser atendidos em sede de eventual arbitragem.

43.3. À notificação de intenção de rescindir o Contrato de Concessão, a Parte contrária deve responder, no prazo de 10 (dez) dias úteis, com uma proposta de resolução do litígio, que suponha a continuação da concessão. Nessa resposta, identificará as suas razões e, caso concorde com algo da fundamentação da outra Parte, sugerirá um valor a título de indemnização, ou alguma contrapartida especial, que permita compensar a outra Parte.

43.4. Só no caso de a Parte que notificou da intenção de rescindir o Contrato de Concessão não se satisfazer com a proposta da Parte contrária, poderá repetir a notificação, a qual terá pleno efeito após ser recebida pela destinatária.

44. Rescisão do Contrato de Concessão

44.1. O Contrato de Concessão pode ser rescindido por qualquer das Partes, com base no incumprimento grave por parte da outra.

44.2. A rescisão do Contrato de Concessão origina dever de indemnização para a Parte a quem seja imputável a razão da rescisão, indemnização esta que deverá ser calculada nos termos gerais de direito e tendo em conta o disposto abaixo no artigo 48.

A
D
D

44.3. A Concedente pode, ainda, rescindir o Contrato de Concessão, por motivos de ~~interesse público, contra o pagamento de justa e devida indemnização à~~ Concessionária.

44.4. A indemnização prevista no precedente número 44.3. será calculada nos termos gerais de direito e tendo em conta o disposto abaixo no artigo 49.

44.5. Sem prejuízo do dever de indemnização a que está obrigada, a Parte a quem seja imputável a razão da rescisão fica imediatamente responsável pela totalidade do passivo resultante dos Contratos de Financiamento. O mesmo sucede com a Concedente, se rescindir o Contrato de Concessão por motivos de interesse público.

44.6. A responsabilidade referida no precedente número 44.5. não desvincula a Parte não faltosa das suas obrigações vencidas junto dos Bancos Financiadores, no âmbito dos Contratos de Financiamento, previamente à ocorrência do motivo da rescisão.

44.7. Os Bancos Financiadores têm o direito de reavaliar o risco e as condições dos Contratos de Financiamento caso ocorra uma rescisão do Contrato de Concessão, independentemente de continuar a ser assegurado o serviço público objecto da concessão.

44.8. A rescisão está, em qualquer circunstância, sujeita ao processo prévio identificado no anterior artigo 43. , bem como a notificação prévia aos Bancos Financiadores.

45. Resgate da concessão

45.1. A concessão poderá ser resgatada e a sua actividade assumida pela Concedente, no caso de razões de interesse público o justificarem, mas exclusivamente nos cinco anos finais do período de duração da concessão, e mediante notificação remetida à Concessionária com a antecedência mínima de 1 (um) ano.

45.2. Para os efeitos do presente artigo, os cinco anos finais do período de duração da concessão são aqueles que começam a correr transcorridos que estejam 25 (vinte e cinco) anos completos sobre a assinatura do Contrato de Concessão, salvo se entretanto se verificar a extensão do objecto da concessão.

45.3. O resgate é o acto pelo qual a Concedente assume directamente o serviço público concessionado, entrando na posição jurídica da Concessionária, em todas as situações jurídicas que tenham sido estabelecidas ou que sirvam a concessão.

45.4. Em caso de resgate, a Concessionária terá direito à prestação pela Concedente, a título de indemnização e em cada ano, desde a data do resgate até ao termo do prazo da concessão, de uma quantia correspondente ao somatório dos reembolsos, remunerações e outros cash-flow para accionistas previstos, mas ainda não pagos, para cada ano desse período, nas últimas projecções financeiras enviadas à Concedente nos termos da alínea e) do artigo 16., desde que estas sejam consistentes com a evolução histórica da concessão até à data do resgate.

45.5. Com o resgate da concessão opera-se, igualmente, a transmissão das acções representativas do capital social da Concessionária para a Concedente.

46. Suspensão da concessão

46.1. A concessão pode ser suspensa, exclusivamente pela Concedente, por motivos de interesse público, ou pela verificação de facto de força maior, impeditivo da concretização dos objectivos de serviço público, ainda que parcialmente, sendo a Concessionária indemnizada dos prejuízos que por esse acto sofra, nos termos gerais de direito e tendo em conta o disposto abaixo no artigo 49.

46.2. A suspensão pode, igualmente, ser decidida consensual e conjuntamente pela Concedente e pela Concessionária.

46.3. A suspensão supõe que a Concessionária possa retomar a plenitude dos seus direitos e a exploração normal do serviço público concessionado transcorrido que seja o período da suspensão.

46.4. Durante a suspensão não corre o prazo de duração da concessão.

46.5. A suspensão não pode durar mais de dois anos seguidos ou quatro interpolados. Atingidos esses prazos, considera-se extinta a concessão, como se tivesse chegado ao seu termo, sem prejuízo do direito da Concessionária a ser indenizada nos termos previstos no número 46.1.

46.6. A suspensão está sujeita ao processo prévio identificado no anterior artigo 43. , a menos que resulte do consenso das Partes.

47. Sequestro da concessão

47.1. Em caso de a Concessionária se encontrar em situação de incumprimento grave, e não querer a Concedente usar do direito de rescisão do Contrato de Concessão, pode esta sequestrar a concessão.

47.2. Verificando-se qualquer situação que possa dar lugar ao sequestro da concessão nos termos do precedente número 47.1. , observar-se-á, com as devidas adaptações, o processo prévio previsto no artigo 43.

47.3. A Concessionária é responsável pela disponibilização das Vias Concessionadas no prazo que razoavelmente lhe for fixado na comunicação da decisão de sequestro da concessão.

47.4. As receitas realizadas durante o período de sequestro da concessão, nomeadamente as resultantes dos pagamentos efectuados pela Concedente ao abrigo dos artigos 20. e 21., serão utilizadas para acorrer aos encargos resultantes da manutenção dos serviços e às despesas necessárias ao restabelecimento do normal funcionamento da concessão, bem como ao serviço da dívida da Concessionária decorrente dos Contratos de Financiamento, sendo o remanescente, se o houver, entregue à Concessionária findo o período de sequestro.

47.5. A Concessionária suportará os encargos resultantes da manutenção dos serviços e as despesas necessárias ao restabelecimento da normalidade que não possam ser cobertas pelas receitas previstas no precedente número 47.4. .

47.6. Durante o período de sequestro, continua a correr o prazo de duração da concessão.

47.7. O sequestro não pode prolongar-se por mais de um período seguido de um ano ou interpolado de dois. Caso se mantenham os motivos que justificaram originariamente o sequestro, ou ocorram outros semelhantes ou equivalentes, a Concedente é obrigada a desencadear o processo de rescisão do Contrato de Concessão.

47.8. Logo que cessem as razões que motivaram o sequestro, a Concessionária será notificada para retomar a concessão, no prazo que razoavelmente lhe for fixado.

48. Responsabilidade perante os Bancos Financiadores em caso de resgate, suspensão ou sequestro da concessão

48.1. Sempre que ocorra o resgate, a suspensão ou o sequestro da concessão, e durante os períodos respectivos, a Concedente assume a responsabilidade perante os Bancos Financiadores de suportar todos os encargos que a Concessionária perante eles tenha.

48.2. O referido no precedente número 48.1. , não prejudica os demais efeitos resultantes do resgate, suspensão ou sequestro da concessão, nem é oponível pela Concessionária face às mesmas instituições de crédito, para se desobrigar daquilo que permaneça seu dever, nos termos dos Contratos de Financiamento.

48.3. A ocorrência do resgate, suspensão ou sequestro da concessão não constituem, por si só, situações que constituam alteração relevante às condições de celebração dos Contratos de Financiamento, sem prejuízo do regime estabelecido nos Contratos de Financiamento em caso de verificação das referidas situações.

49. Cálculo de prejuízos

Como prejuízos indemnizáveis, no âmbito dos anteriores artigos 43. a 48. , contam-se nomeadamente:

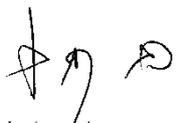
- a) Os valores de amortização de qualquer equipamento adquirido ou que esteja ~~na posse da Concessionária por efeito de contrato de locação financeira e que~~ sirva, utilmente, a concessão;
- b) Os custos das penalidades, ou outros custos, que os Bancos Financiadores imputem à Concessionária, e que estejam previstos, inicialmente, no sistema de financiamento da concessão;
- c) As indemnizações que qualquer das partes haja de pagar a terceiros, as quais não existiriam se não houvesse sido resgatada, suspensa, sequestrada ou rescindida a concessão;
- d) Os lucros cessantes, calculados segundo os resultados dos dois anos imediatamente anteriores, e projecções que tais resultados razoavelmente admitam.
- e) O valor atribuído à continuidade do serviço público, que fique frustrado, total ou parcialmente.

50. Caducidade

50.1. O Contrato de Concessão caduca quando se verificar o fim da duração da concessão, nos termos previstos no artigo 14. , extinguindo-se as relações contratuais existentes entre as Partes.

50.2. Verificando-se a caducidade do Contrato de Concessão, nos termos previstos no número 50.1., a Concessionária será inteiramente responsável pela cessação dos efeitos de quaisquer contratos com terceiros de que seja parte.

50.3. O Contrato de Concessão também caduca caso não seja obtido até 30 de Junho de 2009 o Fecho Financeiro, ou, antes disso, caso o Contrato de Concessão seja enviado para visto do Tribunal de Contas e o mesmo lhe seja recusado, cessando todos os direitos e obrigações da Concessionária emergentes do Contrato de Concessão, assumindo a Região Autónoma da Madeira, retroactiva e automaticamente, a posição da Concessionária nas cessões de posições contratuais nos Contratos de Empreitada Outorgados, nos termos devidamente estipulados nos respectivos contratos de cessão da posição contratual, e extinguindo-se, sem



prejuízo do disposto no número seguinte, as relações contratuais existentes entre as
~~Partes, nada sendo devido por uma parte à outra em resultado da caducidade.~~

50.4. Com a caducidade da concessão, nos termos do número 50.3, opera-se a transmissão das acções representativas do capital social da Concessionária detidas pelos Accionistas Privados, para a Região Autónoma da Madeira, nos termos melhor detalhados no Acordo Directo entre a Região Autónoma e aqueles Accionistas, que constitui o Anexo 5.

51. Revogação por acordo

A Concedente e a Concessionária podem, a qualquer momento, acordar na revogação total ou parcial do Contrato de Concessão, definindo os seus efeitos.

Capítulo XV - Disposições diversas

52. Comunicações, autorizações e aprovações

52.1. As comunicações, autorizações e aprovações previstas no Contrato de Concessão, salvo disposição específica em contrário, serão efectuadas por escrito e remetidas:

- a) Em mão, desde que comprovadas por protocolo;
- b) Por telefax, desde que comprovadas por "Recibo de transmissão ininterrupta";
- c) Por correio registado com aviso de recepção.

52.2. Consideram-se para efeitos do Contrato de Concessão, como domicílios das Partes, as seguintes moradas e postos de recepção de fax:

Concedente: Secretaria Regional do Equipamento Social
Rua Pestana Júnior, n.º 6, 9054, Funchal
Telefone: 291 207 200
Fax: 291 225 112

Concessionária:

VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira S.A.

Parque Industrial da Zona Oeste (P.I.Z.O.), lote E-dois,
São Martinho, Funchal

Telefone: 21 843 25 00

Fax: 21 843 25 10

52.3. As Partes poderão alterar os seus domicílios indicados, mediante comunicação prévia dirigida à outra Parte.

52.4. As comunicações previstas no Contrato de Concessão consideram-se efectuadas:

- a) No próprio dia em que forem transmitidas em mão ou por telefax, se em horas normais de expediente, ou no dia útil imediatamente seguinte;
- b) Três dias úteis depois de remetidas pelo correio.

53. Contagem de prazos

Os prazos fixados em dias ao longo do Contrato de Concessão contar-se-ão em dias seguidos de calendário, salvo se contiverem a indicação de dias úteis, caso em que apenas se contarão os dias em que os serviços da administração pública se encontrarem abertos ao público no Funchal.

54. Exercício de direitos

O não exercício, ou o exercício parcial, de qualquer direito que assista a qualquer das Partes ao abrigo do Contrato de Concessão, não importa a renúncia a esse direito nem impede o seu exercício posterior, nem constitui moratória ou novação da respectiva obrigação.



55. Invalidez ou ineficácia parcial

Se alguma das disposições do Contrato de Concessão vier a ser judicialmente declarada inválida ou ineficaz, tal não afectará a validade e eficácia do restante clausulado do mesmo, o qual se manterá plenamente em vigor.

56. Comissão de Acompanhamento da Concessão

56.1. No Fecho Financeiro será instituída a CAC, que será composta por três elementos, sendo um deles o presidente, nomeado pelo membro do Governo Regional responsável pelas obras públicas, outro nomeado pela Concessionária e um terceiro pelos Bancos Financiadores.

56.2. O processo de indigitação, nomeação, posse, revogação de mandato de membro da CAC, e renúncia ao mesmo, encontra-se descrito no Anexo 6 (parte A).

56.3. À CAC deve ser remetida, periódica e sistematicamente, a informação que lhe permita acompanhar a execução do Contrato de Concessão e a qualidade do serviço público concessionado e prevenir litígios entre a Concedente e a Concessionária, nomeadamente a seguinte:

- a) A Concessionária remeterá à CAC toda a informação prevista nas alíneas a) a e) do artigo 16. , nos prazos e demais moldes aí previstos;
- b) A Concessionária remeterá à CAC cópia de eventual comunicação dirigida à Concedente nos termos do número 42.13. (força maior), no prazo máximo de 5 (cinco) dias após remessa da mesma à Concedente;
- c) A Concedente remeterá à CAC cópia de eventual comunicação dirigida à Concessionária nos termos do número 45.1. (intenção de resgate), no prazo máximo de 5 (cinco) dias após remessa da mesma à Concessionária;
- d) Ambas as Partes remeterão à CAC cópia de eventuais comunicações dirigidas entre si ao abrigo do artigo 43. (processo prévio de rescisão, sequestro ou suspensão), no prazo máximo de 5 (cinco) dias após remessa das mesmas à outra Parte;
- e) Ambas as Partes informarão a CAC de eventuais negociações com vista à extensão do objecto da concessão, sua prorrogação, suspensão ou revogação

total ou parcial, bem como de outros factos objectivamente relevantes para a vida da concessão;

f) Ambas as Partes remeterão com a brevidade possível as informações complementares ou adicionais que razoavelmente lhe forem solicitadas pela CAC.

56.4. Caso alguma das Partes notifique a outra da sua intenção em rescindir o Contrato de Concessão, a CAC só intervirá para produzir uma sugestão concreta, caso ambas as Partes o solicitem expressamente. A CAC, contudo, deverá ser consultada na eventualidade da ocorrência da suspensão, resgate ou sequestro da concessão, consulta que poderá ser desencadeada por qualquer das Partes.

56.5. Caso ocorra um litígio entre a Concedente e a Concessionária, ou seja provável, face a dados objectivos, que um litígio se venha a desenvolver, a curto prazo, a CAC deverá recolher a informação precisa a esses respeito e elaborar uma proposta de prevenção e/ou resolução do conflito.

56.6. As Partes são livres de aceitar ou rejeitar, total ou parcialmente, as sugestões da Comissão.

56.7. A CAC terá reuniões ordinárias cada seis meses e reuniões extraordinárias sempre que tal se justifique.

56.8. A CAC deverá produzir um relatório anual da concessão, a apresentar até ao fim de Junho, e que se apoiará nas contas aprovadas pela assembleia geral da Concessionária.

56.9. A CAC só delibera por unanimidade. Caso os membros da CAC não cheguem a acordo unânime para a aprovação de dois relatórios anuais, ou de dois relatórios sobre litígios concretos, estes no espaço de 12 meses seguidos, é considerada a CAC automaticamente extinta. Nessa situação, o presidente da CAC elaborará um relatório que enuncie os factos que provocaram a extinção da CAC, e que será entregue ao Governo Regional e à Concessionária.

~~56.10. As remunerações, ajudas de custo e reembolso de despesas a que têm direito os membros da CAC, bem como os seus primeiros e actuais titulares constam do Anexo 6 (Parte B).~~

56.11. A Concessionária suportará todos os custos com o funcionamento da CAC, constando os critérios de imputação objectivos e os limites desta obrigação do Anexo 6 (Parte C).

57. Dissolução e liquidação da Concessionária

No caso de ser deliberada a dissolução da Concessionária, e a respectiva liquidação, poderá a Concedente assumir a continuidade do serviço público, desencadeando a execução das regras constantes, actualmente, do artigo 21.º dos estatutos da Concessionária.

Capítulo XVI - Resolução de diferendos

58. Resolução de diferendos

58.1. Os eventuais conflitos que possam surgir entre as Partes em matéria de aplicação, interpretação ou integração das regras por que se rege a concessão, designadamente no que respeita à validade, interpretação ou execução do Contrato de Concessão, serão resolvidas de acordo com o processo de arbitragem, renunciando as Partes à submissão de qualquer diferendo a outra jurisdição que não a definida neste Capítulo.

58.2. A submissão de qualquer questão ao processo de arbitragem não exonera as Partes do pontual e atempado cumprimento das disposições do Contrato de Concessão e das determinações da Concedente que no seu âmbito sejam comunicadas à Concessionária, incluindo as emitidas após a data daquela submissão, nem permite qualquer interrupção do desenvolvimento das actividades integradas na concessão, que deverão continuar a processar-se nos termos em vigor à data de submissão da questão, até que uma decisão final seja obtida no processo de arbitragem relativamente à matéria em causa.

59. Processo de arbitragem

59.1. O Tribunal Arbitral será composto por três membros, um nomeado por cada Parte e o terceiro escolhido de comum acordo pelos árbitros que as Partes tiverem designado.

59.2. A Parte que decida submeter determinado diferendo ao Tribunal Arbitral nos termos do número anterior identificará o objecto do litígio e designará de imediato o árbitro da sua nomeação, no requerimento de constituição do Tribunal Arbitral que dirija à outra Parte através de carta registada com aviso de recepção, devendo esta, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar da recepção daquele requerimento, designar o árbitro da sua nomeação.

59.3. Os árbitros designados nos termos do número anterior designarão o terceiro árbitro do tribunal no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar da designação do árbitro nomeado pela Parte reclamada, cabendo ao Bastonário da Ordem dos Advogados esta designação caso a mesma não ocorra dentro deste prazo.

59.4. O Tribunal Arbitral considera-se constituído na data em que o terceiro árbitro aceitar a sua nomeação e o comunicar a ambas as Partes.

59.5. O Tribunal Arbitral poderá ser assistido pelos peritos técnicos que considere conveniente designar, devendo em qualquer caso, fazer-se assessorar de pessoas ou entidades com formação jurídica adequada em direito português.

59.6. O Tribunal Arbitral, salvo compromisso pontual entre as Partes, julgará segundo o direito constituído e das suas decisões não cabe recurso.

59.7. Na falta de acordo sobre o objecto do litígio, será este fixado pelo Tribunal Arbitral, tendo em conta o pedido formulado pela parte demandante e a defesa deduzida pela demandada, incluindo eventuais excepções ou reconvenções.

59.8. As decisões do Tribunal Arbitral deverão ser proferidas no prazo máximo de 1 (um) ano a contar da data de constituição do tribunal determinada nos termos do presente artigo, configurarão a decisão final do Processo de Arbitragem

relativamente às matérias em causa, e incluirão a fixação das custas do processo e a
forma da sua repartição pelas Partes.

59.9. A arbitragem decorrerá no Funchal, funcionando o Tribunal de acordo com as regras fixadas no Contrato de Concessão, aplicando-se o disposto na Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, em tudo o que não for contrariado pelo disposto no Contrato de Concessão.

O presente contrato foi celebrado no Funchal, aos 29 dias do mês de Dezembro de 2008, em dois exemplares que farão igualmente fé, ficando um em poder de cada uma das Partes.

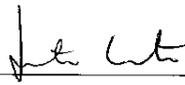
Pela Concedente

O Secretário Regional do Plano e
Finanças

O Secretário Regional do Equipamento
Social e



José Manuel Ventura Garcês

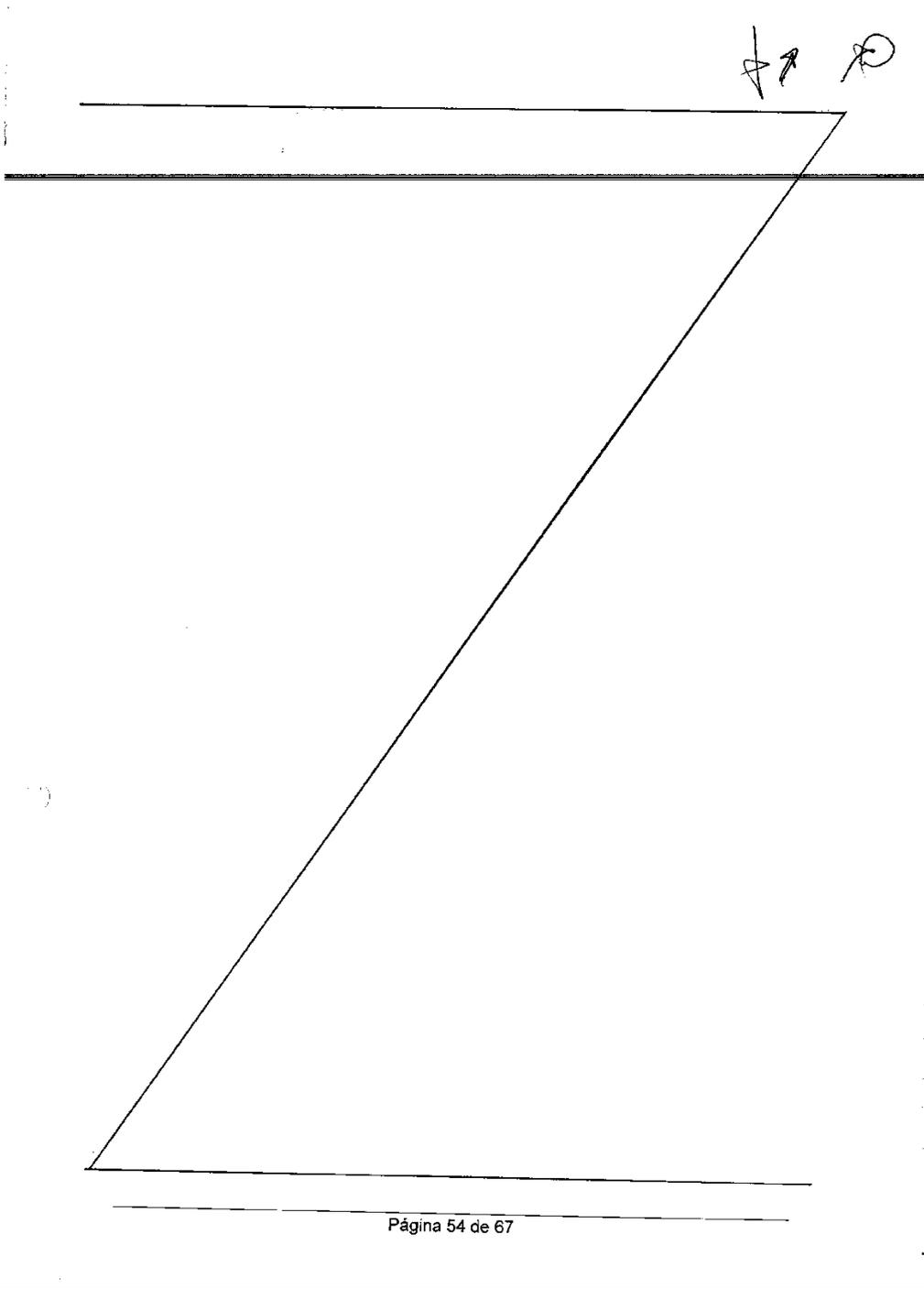


Luís Manuel dos Santos Costa

Pela Concessionária

O Administrador





ANEXO 01 - IDENTIFICAÇÃO DAS EMPRESAS QUE COMPÕEM O AGRUPAMENTO

Identificação das empresas constituintes do agrupamento participante no aumento especial de capital social da VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira, S.A, nos termos do art.º 4º do Decreto Legislativo Regional da Região Autónoma da Madeira n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto, e da Resolução n.º 1214/2008, de 17 de Outubro, do Conselho do Governo Regional da Região Autónoma da Madeira:

Construtora do Tâmega Madeira, S.A., com sede no Funchal, no Parque Empresarial da Zona Oeste, lote E – 2, o capital social de € 10.000.000,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Funchal, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva 511.024.681;

Zagope – Construções e Engenharia, S.A., com sede em Lisboa, na Avenida Frei Miguel Contreiras, n.º 54, 7º andar, o capital social de € 8.964.635,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva 500.302.200;

Avelino Farinha & Agreia, S.A., com sede em Amoreiras, freguesia do Arco da Calheta, concelho da Calheta, o capital social de € 15.000.000,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Calheta, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva 511.023.723;

Somague – Engenharia Madeira, S.A., com sede no Funchal, na Travessa do Rego, n.º 4, o capital social de € 7.500.000,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Funchal, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva n.º 511.035.713; e

Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., com sede no Funchal, na Estrada da Eira do Serrado, n.º 40/44, Santo António, o capital social de € 2.000.000,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Funchal, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva n.º 511.099.177.

**ANEXO 02: LISTA DOS CONTRATOS DE EMPREITADA A OUTORGAR
RELATIVOS AOS LANÇOS QUE INTEGRAM O OBJECTO DA CONCESSÃO**

DESIGNAÇÃO DA EMPREITADA
Nova Ligação Vasco Gil - Fundoa - Cota 500 - 2ª fase
Via Expresso Ribeira de S. Jorge - Arco de S. Jorge - 2ª fase
Via Expresso Boaventura S. Vicente - 3ª fase
Viaexpresso Arco S. Jorge - Boaventura
Via Expresso Fajã da Ovelha - Ponta do Pargo - 2ª fase
Variante à Madalena do Mar - 2ª fase

↓ ↻ ↻

**ANEXO 03: LISTA DOS CONTRATOS DE EMPREITADA OUTORGADOS
RELATIVOS AOS LANÇOS QUE INTEGRAM O OBJECTO DA CONCESSÃO**

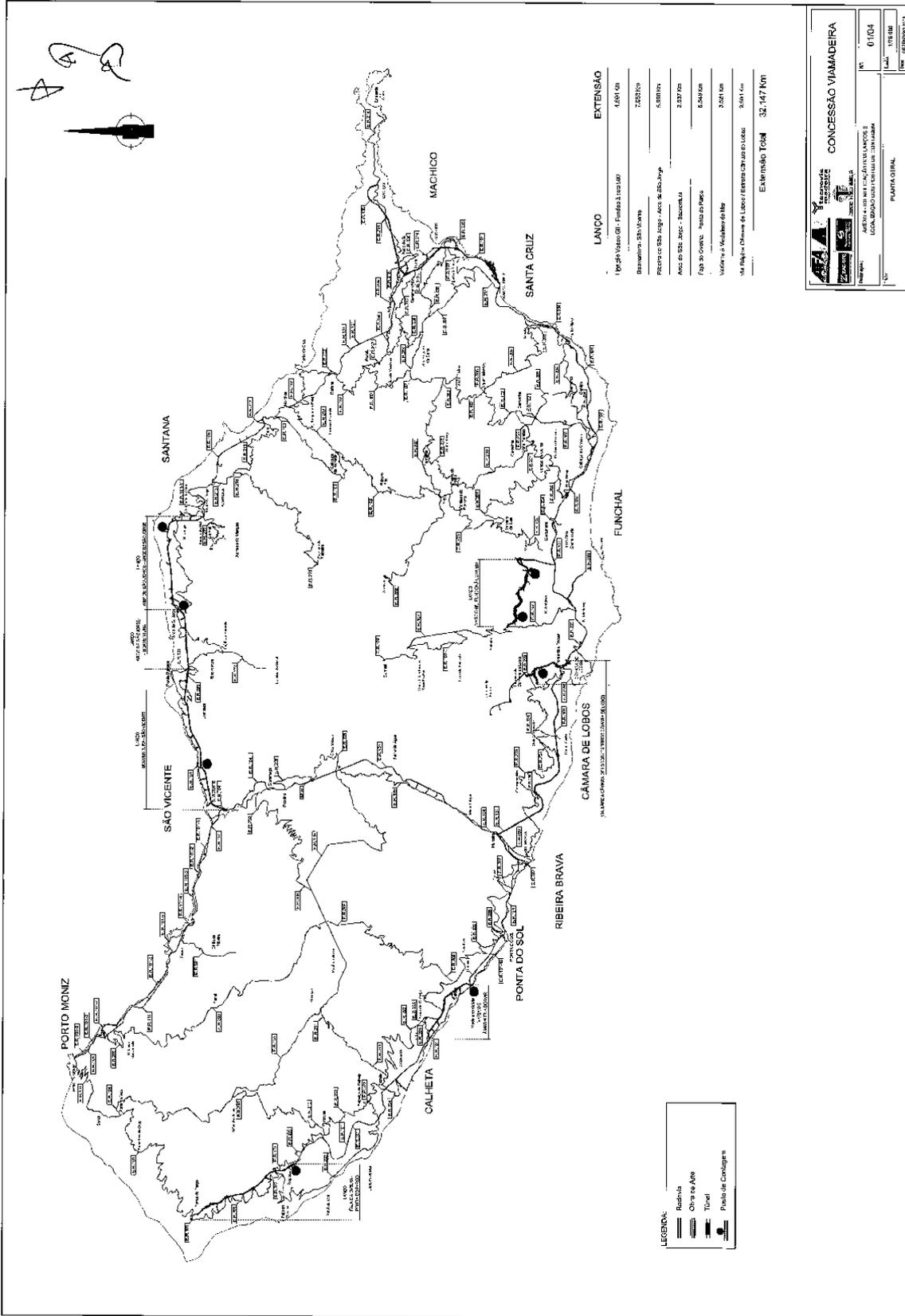
DESIGNAÇÃO DA EMPREITADA
Nova Ligação Vasco Gil - Fundoa - Cota 500 - 1ª fase
Via Expresso Ribeira de S. Jorge – Arco de S. Jorge – 1ª fase - Túneis
Via Expresso Boaventura S. Vicente - 1ª fase – Túneis
Via Expresso Boaventura S. Vicente - 2ª fase – Túnel de São Vicente
Via Rápida Câmara de Lobos – Estreito da Câmara de Lobos
Via Expresso Fajã da Ovelha – Ponta do Pargo – 1ª fase - Túneis
Variante à Madalena do Mar - 1ª fase – Túneis



**ANEXO 04 - IDENTIFICAÇÃO DOS LANÇOS, DEFINIÇÃO DOS RESPECTIVOS
LIMITES FÍSICOS E LOCALIZAÇÃO DOS POSTOS DE CONTAGEM**

[...]

58/A



LANÇO		EXTENSÃO	
1.º Parcela Voto 01 - Parcela 1 ao 140		6.691 Km	
Barragem: São João		7.820 Km	
Ponte do São João - Anc. de 25,2 Km		5.380 Km	
Ave do S.º José - Baixa da		2.377 Km	
Ponte do S.º José - Baixa da		5.240 Km	
Valeira e Molhe do Mar		3.021 Km	
M.º Região Ovale de Labor / Sistema Camião do Lobo		2.041 Km	
Extensão Total		32.147 Km	

LEGENDA

	Rodovia
	OVA do APE
	Total
	Parcela de Condição

CONCESSÃO VIAMADEIRA

MAPA Nº 01/04

LOCAL: BARRAGEM DO SÃO JOÃO - CÂMARA DE LOBOS

ESCALA: 1:50.000

DATA: 2014/05/13

PLANTA ORIGINAL

**ANEXO 05: ACORDO DIRECTO ENTRE A REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA E
~~OS ACCIONISTAS PRIVADOS~~**

ENTRE:

- (1) Região Autónoma da Madeira, neste acto representada pelo Senhor Secretário Regional do Plano e Finanças, Senhor Dr. José Manuel Ventura Garcês e pelo Senhor Secretário Regional do Equipamento Social, Senhor Eng.º Luis Manuel dos Santos Costa,

adiante designada por RAM;

- (1) Construtora do Tâmega Madeira, S.A., com sede no Funchal, no Parque Empresarial da Zona Oeste, lote E – 2, o capital social de € 10.000.000,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Funchal, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva 511.024.681,
- (2) Zagope – Construções e Engenharia, S.A., com sede em Lisboa, na Avenida Frei Miguel Contreiras, n.º 54, 7º andar, o capital social de € 8.964.635,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva 500.302.200,
- (3) Avelino Farinha & Agrela, S.A., com sede em Amoreiras, freguesia do Arco da Calheta, concelho da Calheta, o capital social de € 15.000.000,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Calheta, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva 511.023.723,
- (4) Somague – Engenharia Madeira, S.A., com sede no Funchal, na Travessa do Rego, n.º 4, o capital social de € 7.500.000,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Funchal, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva n.º 511.035.713, e

~~(5) Tecnovia – Madeira, Sociedade de Empreitadas, S.A., com sede no Funchal, na Estrada da Eira do Serrado, n.º 40/44, Santo António, o capital social de € 2.000.000,00, matriculada na Conservatória do Registo Comercial do Funchal, sob o número de matrícula e de pessoa colectiva n.º 511.099.177,~~

representadas por que detêm poderes para o acto, adiante designadas conjuntamente por Accionistas Privados;

E CONSIDERANDO:

- a) Que na sequência do aumento especial de capital social da VIAMADEIRA – Concessão Viária da Madeira S.A., de ora em diante designada por Concessionária, previsto no Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto de 2008, cada Accionista Privado subscreveu 16.000 acções da Concessionária, com o valor nominal de € 5 cada, num total de 80.000 acções no valor nominal global de € 400.000,00 subscritas em conjunto por todos os Accionistas Privados;
- b) Que subsequentemente ao aumento de capital previsto no considerando anterior, a Concessionária outorgou com a RAM, na qualidade de Concedente, um Contrato de Concessão no respeito pelas bases constantes do seu anexo II ao Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto de 2008;
- c) Que as condições do mercado de capitais ditaram, contudo, que não fosse viável, ou sequer aconselhável para o interesse público, obter condições definitivas para o financiamento bancário aquando da assinatura do Contrato de Concessão;
- d) Que o Contrato de Concessão prevê a outorga dos contratos necessários ao aporte de fundos próprios e alheios à concessão – Fecho Financeiro - até um momento não posterior a 30 de Junho de 2009, e a caducidade do Contrato de Concessão caso o Fecho Financeiro não se concretize até à mencionada data, com a consequente transmissão, para a RAM, das acções representativas do capital social da Concessionária detidas pelos Accionistas Privados;

É acordado e reciprocamente aceite o seguinte:

Cláusula 1ª

Neste acordo, os termos usados em letra maiúscula terão o significado que lhes é atribuído no Contrato de Concessão de Serviço Público (Contrato de Concessão) outorgado em Dezembro de 2004 entre a RAM e a Concessionária, salvo se do contexto claramente resultar sentido diferente.

Cláusula 2ª

1. A RAM obriga-se a adquirir a todos e a cada um dos Accionistas Privados todas as acções representativas do capital social da Concessionária por aqueles detidas, caso se verifique a caducidade do Contrato de Concessão, nos termos dos seus números 50.3. e 50.4., por não se ter alcançado até 30 de Junho de 2009 o Fecho Financeiro,

2. A aquisição referida no número 2 será efectuada pelo valor nominal das acções, deduzido dos montantes de capital não realizado, e efectuar-se-á no máximo até ao dia 10 de Julho de 2009, contra o pagamento de € 120.000,00 a efectuar pela RAM aos Accionistas Privados, em tranches de € 24.000,00, cada um, averbamento da respectiva transmissão no título representativo da acções e outras eventuais formalidades que se mostrem necessárias.

3. Simultaneamente como pagamento referido no número anterior, os Accionistas Privados emitirão e levarão a registo, junto da conservatória do Registo Comercial, cartas de renúncia de todos os titulares de órgãos sociais que tenham sido designados em assembleia geral da sociedade sob sua proposta.

Cláusula 3ª

1. O incumprimento pela RAM da obrigação de aquisição a que se compromete no termos do presente acordo, constitui-a responsável por todos os prejuízos que daí possam resultar para os Accionistas Privados.

2. O presente acordo é susceptível de execução específica.

Cláusula 4ª

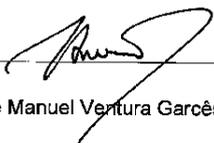
1. O presente acordo está sujeito à lei portuguesa.

2. Os eventuais conflitos que possam surgir entre as partes em matéria de aplicação, interpretação ou integração das regras por que se rege o presente acordo, designadamente no que respeita à validade, interpretação ou execução do mesmo, serão resolvidas por recurso à arbitragem, que seguirá as regras previstas no artigo 59 Contrato de Concessão, e renunciando as partes à submissão de qualquer diferendo a outra jurisdição.

O presente contrato foi celebrado no Funchal, aos 29 dias do mês de Dezembro de 2008, em dois exemplares que farão igualmente fé, ficando um em poder de cada uma das Partes.

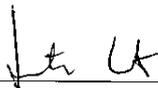
Pela RAM

O Secretário Regional do Plano e
Finanças



José Manuel Ventura Garcês

O Secretário Regional do Equipamento
Social

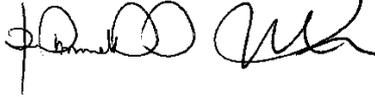


Luís Manuel dos Santos Costa

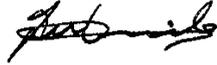
Pela Tâmega Madeira, S.A.



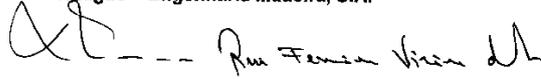
Pela Zagope – Construções e Engenharia, S.A.



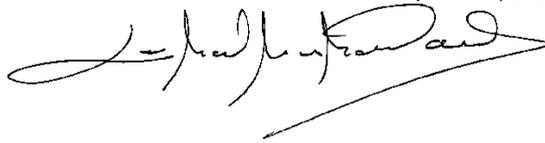
Pela Avelino Farinha & Agrela, S.A.



Pela Somague – Engenharia Madeira, S.A.



Pela Tecnovia-Madeira – Sociedade de Empreitadas, S.A.



ANEXO 06- REGRAS RELATIVAS À CAC

Parte A:**Nomeação, posse, revogação e renúncia ao mandato****1 Composição**

- 1.1. A Comissão de Acompanhamento da Concessão (CAC) é composta por três membros efectivos, sendo um deles o presidente, nomeado pelo membro do Governo Regional responsável pelas obras públicas, outro nomeado pela Concessionária, que será o secretário, e um terceiro nomeado pelos Bancos Financiadores.
- 1.2. Também integram a CAC três membros suplentes.
- 1.3. Todos os membros da CAC devem ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena.

2. Nomeação e posse dos membros que compõem a Concessão

- 2.1. Aquando da nomeação dos membros efectivos, devem ser designados os três membros suplentes, um pelo membro do Governo Regional responsável pelas obras públicas, outro pela Concessionária e outro pelos Bancos Financiadores, os quais apenas intervirão nas ausências ou impedimentos dos membros efectivos.
- 2.2. A nomeação dos membros representantes da Concessionária e dos Bancos Financiadores cabe às respectivas instituições, que escolherão livremente a pessoa que considerem idónea para o exercício do cargo.
- 2.3. A escolha dos membros a nomear pela Concessionária será feita em Assembleia Geral, regularmente convocada e reunida.
- 2.4. A escolha do membro a nomear pelos Bancos Financiadores será feita mediante indicação do Agente do Financiamento.
- 2.5. Os membros da CAC representantes da Concessionária e dos Bancos Financiadores, tomam posse mediante carta endereçada ao presidente do conselho de administração da Concessionária.
- 2.6. O membro da CAC indigitado pelo membro do Governo Regional responsável pelas obras públicas tomará posse nos termos da lei.

A JAT III
Maff
12.06.25

SRNTC 25-6-12 ENT.CORR. 1786

T.C.
Após o registo no mapa
deixar de JAT III
respostas ao contra-
ditório) entregari
a equipa.

Exma. Senhora
Subdirectora-Geral da Secção
Regional da Madeira do Tribunal de Contas
Rua do Esmeraldo, 24
9004-554 FUNCHAL

R 25-06-2012
V/Ref.
961

Data
2012-06-04

N. Ref.
05/12

Data
2012-06-25

Assunto : Relato da auditoria à concessão, exploração, conservação e manutenção dos
lanços de estradas regionais atribuídos à VIAMADEIRA, S.A.
- Contraditório

Luís Manuel Santos Costa, tendo exercido o cargo de Secretario Regional do Equipamento Social, e sendo referido no projecto do relato de auditoria acima referido como tendo cometido eventualmente infracções de natureza financeira, vem exercer o seu direito de defesa, se bem que limitado ao que conhece em sequência da notificação de tal projecto, e, em concreto, do seu Quadro I, colocado em anexo.

Tendo em conta a extensão da matéria, será dividida esta resposta em duas partes, sendo a primeira a de comentário geral (que vai dos pontos I. a VII.), e a segunda a referência concreta às infracções financeiras eventualmente cometidas, no entender da Secção Regional da Madeira, do Tribunal de Contas (VIII.).

I.
A criação da VIAMADEIRA-
Concessão Viária da Madeira, S.A.

1. A concessão VIAMADEIRA constituía uma peça fundamental da rede viária ao desenvolvimento económico e social da Região Autónoma da Madeira. Completava um conjunto ao qual pertencem igualmente a VIALITORAL e a VIAEXPRESSO.
2. Sobre a indispensabilidade de uma rede viária baseada em Estradas Regionais modernas e eficientes, para que a Região Autónoma da Madeira possa ser social e economicamente viável, cremos não valer a pena tecer quaisquer considerações suplementares. Sobre a obrigação do Governo Regional em procurar, por todos os meios lícitos ao seu

alcance, conseguir que tais vias fossem construídas, também não vale a pena discorrer.

3. Para quem conheça minimamente a realidade da Região Autónoma da Madeira, sabe perfeitamente que seria impossível conseguir a construção dessas vias rodoviárias sem recorrer a conceitos mais sofisticados de montagem de empreendimentos, envolvendo investidores privados. Aos quais caberia a angariação do financiamento.
4. Logo, a via das denominadas PPPs, fosse qual fosse a modalidade em causa, era, muito provavelmente, a única que se abria. Até porque em situações deste tipo, muitas vezes quem acaba por definir as condições reais de execução são os financiadores. A cujos desejos tanto os investidores privados como os decisores públicos acabam por ter de se submeter. Não deixa por isso de ser algo irónico que o Estado venha agora em socorro daqueles que mais beneficiaram com a concretização das PPPs, e que se ache que tudo isso é perfeitamente natural. As críticas ficam só para quem teve o ónus de decidir que os empreendimentos públicos indispensáveis se iriam realizar. Como no presente relato a que se responde.
5. **Ao contrário do que ocorre com o presente debate nacional sobre as PPPs, em que muita censura é dirigida ao facto de se terem executado obras sem qualquer utilidade, na Região Autónoma da Madeira ninguém se atreve a afirmar que a importância das vias que estavam contidas na VIAMADEIRA (como sucedeu com o objecto das restantes concessões) era, e é, real. Portanto, fazia falta que se construíssem. E na ausência de alternativas verdadeiras de financiamento, ou era assim, ou não se construía.**
6. Não pode, pois, desconhecer-se que os custos inerentes a qualquer projecto concessionado são (sempre) mais elevados do que aqueles que resultam de meras operações de mútuo financeiro. E quando se opta por este caminho, isso implica sempre um encargo maior, porque não estão disponíveis outras vias no mercado. E porque as regras de endividamento, desde Maastricht, o impedem. Não fossem as PPPs, a ainda hoje não estaria construída a Ponte Vasco da Gama, em Lisboa, ou não haveria a rede de Metro do Porto.
7. É, por isso, de uma ingenuidade quase pueril procurar defender que com uma PPP se gaste menos. Quando se opta por uma PPP, gasta-

se sempre mais. E a razão pela qual se opta, mesmo nessas condições sempre mais gravosas, é a de que não existe a possibilidade de financiar por outros meios. Meios mais simples juridicamente, mas impossíveis de concretizar. Quem não reconhece esta realidade, pode estar a fazer política, mas certamente, não tem os pés bem assentes no chão. Portanto, qualquer surpresa com os custos elevados, não faz qualquer sentido.

8. E assim é com todos os projectos concessionados que não geram receitas capazes de se auto-pagar, como toda a gente sabe. E sabe-o em termos internacionais.
9. **O único meio para evitar este aumento de custos seria a constituição de instrumentos financeiros, - fundos fechados de gestão pública – a que os Bancos tivessem obrigatoriamente de recorrer para obter os enormes volumes de financiamento necessários.** Só assim o Estado teria beneficiado de condições competitivas que permitiriam que a compra de dinheiro em quantidade apreciável pudesse ser mais favorável do que a que resulta da contratação caso a caso. Nunca ninguém se preocupou com isso, e o resultado foi, como sempre seria, o do elevado custo pelo conjunto das operações de financiamento. Onde se contam além dos juros, o pagamento de múltiplas e exageradas comissões, sem que o regulador, alguma vez tivesse mexido uma palha na defesa do interesse público. Ou seja, era algo feito à vista de toda a gente, na convicção de que, melhor ou pior, seria preferível recorrer às PPPs, do que não construir os equipamentos de que o País estava carente.
10. E esse instrumento financeiro global poderia (deveria) ter sido criado quando o Governo (em concreto, os **XIII e XIV Governos Constitucionais**) lançou o mais ambicioso programa de concessões rodoviárias alguma vez imaginado em Portugal, e que se concretizou nos seguintes diplomas legais :
 - Decreto-Lei nº 9/97, de 10 de Janeiro, sobre o regime de adjudicação das concessões Norte e Oeste em portagem real ;
 - Decreto-Lei nº 267/97, de 2 de Outubro, regime geral de adjudicações das concessões SCUT ;
 - Decreto-Lei nº 393-A/98, de 4 de Dezembro, que adjudica a concessão Oeste e aprova as suas bases ;
 - Decreto-Lei nº 119-B/99, de 14 de Abril, que altera os Decretos-Lei nºs 9/97 e 267/97 ;
 - Decreto-Lei nº 220-A/99, de 16 de Junho, que altera o Decreto-Lei nº 119-B/99 ;

- Decreto-Lei nº 248-A/99, de 6 de Julho, que adjudica a concessão Norte a aprova as suas bases ;
 - Decreto-Lei nº 335-A/99, de 20 de Agosto, que adjudica a concessão SCUT da Beira Interior a aprova as suas bases ;
 - Decreto-Lei nº 541/99, de 13 de Dezembro, que altera os Decretos-Lei nºs 119-B/99 e 220-A/99 ;
 - Decreto-Lei nº 55-A/2000, de 14 de Abril que adjudica a concessão SCUT do Algarve, e aprova as suas bases ;
 - Decreto-Lei nº 87-A/2000, de 13 de Maio, que adjudica a concessão SCUT da Costa de Prata, e aprova as respectivas bases ;
 - Decreto-Lei nº 323-G/2000, de 19 de Dezembro, que adjudica a concessão SCUT Interior Norte e aprova as suas bases ;
 - Decreto-Lei nº 142-A/2001, de 24 de Abril, que adjudica a concessão SCUT Beira Litoral/Beira Alta, e aprova as suas bases ;
 - Decreto-Lei nº 234/2001, de 28 de Agosto, que adjudica a concessão SCUT Norte Litoral, a aprova as suas bases.
11. Neste contexto, o que está em causa com a VIAMADEIRA não tem qualquer significado em termos nacionais (se é que se pretende raciocinar sobre Portugal como um País único), e nunca estaria na disponibilidade do Governo Regional, ou da Assembleia Legislativa Regional inverter essa tendência de (aumento de) custo. Dito de outro modo, é ao Estado, no seu conjunto, que coube a opção de contratar caso a caso os meios financeiros para concretizar as concessões rodoviárias, e a Região Autónoma da Madeira não tinha (nunca teve) qualquer capacidade negocial com a Banca, para inverter o movimento de incremento de custos.
12. Sucede, ainda, que no caso presente, **ainda foi possível regressar aos custos originais das empreitadas, por efeito da avisada decisão assumida com a aprovação da Resolução nº 954/2011, como será comentado adiante.** No Continente, a solução foi portajar tudo, porque a construção estava completamente executada.
13. Logo, a verdadeira responsabilidade para o incremento de custos não reside na falta de qualquer estudo de **comparador público** (cautelosamente aprovado, pela primeira vez, pela Lei do Enquadramento Orçamental, de 2001, quando, como se pode constatar pela lista de concessões rodoviárias colocada acima, o Estado já estava comprometido com a despesa elevada, típica do financiamento das PPPs), mas sim em factores bem mais ponderosos e estruturantes.

II

O princípio da legalidade, na execução dos passos legais para a concretização da concessão VIAMADEIRA.

14. A Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas incorre em interpretação completamente errada quando recorre ao Decreto-Lei 86/2003, de 26 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho), para analisar a concessão VIAMADEIRA (nos termos do relato, página 9 – *Na altura dos factos estava em vigor o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, que continha o regime jurídico das parcerias público privadas ...*). E não é preciso grande discurso a este propósito. **É que o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, não tem aplicação às Regiões Autónomas.** Não constam do elenco de entidades colocadas no artigo 2.º, desse diploma. E basta ler a parte final do preâmbulo, para se perceber que o próprio Governo tinha esse entendimento, pois que não é feita qualquer referência à audição prévia das Regiões. Por isso, os comentários colocados entre as páginas 9 e 10 do relato, entre outras referências, não tem qualquer cabimento. O que tem importância para a questão do comparador público, conforme será apreciado *infra.*, além de destruir parte da base sobre a qual se admitiu o cometimento de infracções financeiras.
15. E, como veremos adiante, o relato mistura, de modo absolutamente incorrecto, e juridicamente insustentável, normas legais e decisões de índole administrativa, estas últimas de mera execução de normativo anterior.
16. Não existe, portanto, qualquer problema de índole legal pelo motivo atrás apontado, ao não se ter seguido o disposto no citado regime geral das PPPs, e também porque toda a matéria necessária estava regulada no diploma formalmente legislativo que criou a VIAMADEIRA. Coisa diferente é a necessidade do comparador público, face à Lei do Enquadramento Orçamental, tema que será apreciado adiante.
17. Desconhece-se, ainda, se o Tribunal de Contas tem o mesmo entendimento quanto à SCUT de São Miguel, na Região Autónoma dos Açores, criada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 25/2001/A, de 31 de Dezembro, e adjudicada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 44/2006/A, de 2 de Novembro. Ou seja, se também teria escapado ilegitimamente ao regime geral das PPPs, dado a adjudicação ter ocorrido em 2006.

18. Por outro lado, também não há qualquer problema em se ter criado a VIAMADEIRA, enquanto sociedade originalmente de capitais integralmente públicos, desde que se identifique bem quem a criou.
19. Mas, surpreendentemente, o relato por várias vezes afirma que o **Governo Regional criou a VIAMADEIRA**, chegando ao ponto de indicar que isso foi feito por intermédio da Resolução do Conselho do Governo Regional n.º 778/2008 (que foi publicada na I Série do Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira, de 31 de Julho de 2008, e que por isso, nunca poderia ser de 17 de Agosto de 2008, como está na página 37 do relato). E que, por isso, quem aprovou esse documento teria cometido uma infracção financeira.
20. Desde a Constituição de 1976 que existe um regime de Autonomia, caracterizado, sobretudo pela existência de um poder legislativo a ser exercido exclusivamente pela Assembleia Legislativa Regional. Logo, **o Governo Regional não tem qualquer poder legislativo.**
21. Como a VIAMADEIRA foi criada por Decreto Legislativo Regional, **o Governo Regional nunca a podia ter criado.** Nem alguma vez o quis fazer, em contração às normas jurídicas aplicáveis a um processo desta natureza.
22. Para que não fiquem quaisquer dúvidas, é este o teor da Resolução n.º 778/2008 (os sublinhados são nossos) : ***“O Conselho do Governo reunido em plenário a 17 de Julho resolveu aprovar a proposta de Decreto Legislativo Regional que cria a VIAMADEIRA-Concessão Viária da Madeira, S.A., adjudicando-lhe a concessão de serviço público de diversos troços de Estradas Regionais, sem cobrança aos utilizadores e aprovando as respectivas Bases da Concessão e altera o Decreto Legislativo Regional n.º 1/2004/M, de 13 de Janeiro, a enviar à Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira com processo de urgência.”***
23. Por isso, e ao contrário do que vem referido no relato (página 37) e concretizado como hipótese de sanção no ponto 3.4.1., o Governo Regional nunca criou, nem podia ter criado a VIAMADEIRA. Pelo menos se se deve entender o vocábulo **criar** em termos jurídicos (e não se percebe qual outra utilidade tenha). O significado que tem de ser dado ao teor da Resolução n.º 778/2008, de 17 de Julho, não pode, assim ir além do que seja o **acto político** de aprovação de uma

proposta de diploma legislativo a submeter à Assembleia Legislativa Regional.

24. Se a Assembleia Legislativa Regional entendia que não tinha os elementos indispensáveis ao exercício do seu poder legislativo, mas não tinha de fazer do que devolver, para instrução, essa proposta ao Governo Regional. O que não fez, antes aprovando o Decreto Legislativo Regional nº 36/2008/M, de 14 de Agosto. É assim também que funciona constitucionalmente a relação entre o Governo e a Assembleia da República, quando existem documentos obrigatórios para a instrução dos processos de produção legislativa. O que cremos seja do conhecimento geral.

25. Na censura que vem expressa no relato, outra característica é identificável, muito facilmente, e que nos causa alguma perplexidade. Porque tange o respeito pelo **princípio da legalidade**. Tem ela a ver com a relação necessária entre o exercício de poderes de natureza administrativa, e outros de natureza legislativa. Se atentarmos nos fundamentos pelos quais se pretende justificar o cometimento de infracções de natureza financeira (pontos 3.4.2. e 3.4.3) parece que as acções assumidas pelo Governo Regional (em relação às quais vêm responsabilizados os seus membros) o foram **excedendo, ou contradizendo**, o disposto no Decreto Legislativo Regional nº 36/2008/M, de 17 de Julho, ou no Decreto Legislativo Regional nº 23/2010/M, de 30 de Novembro. **Ora nada disto ocorreu.**

26. Aquilo que foi deliberado pelo Conselho do Governo resulta, de forma harmoniosa, do disposto nos documentos formalmente legislativos. Se virmos o que consta das duas Resoluções que são invocadas no Quadro I (sobre as infracções financeiras hipotizadas), e sem considerar a matéria de aprovação do projecto de Decreto Legislativo Regional a submeter à Assembleia, que é tema da Resolução nº 778/2008, temos o seguinte :

- a) Na Resolução nº 1559/2008, é clara do seu preâmbulo a invocação do artigo 4º, do Decreto-Lei nº 36/20087M, de 14 de Agosto ; e na sua parte dispositiva, o nº 1, do artigo 7º, do mesmo diploma legal, para justificar a escolha do método aplicado, em perfeita sintonia com as normas habilitantes, e os limites mínimos de participação societária pública ; esta mesma Resolução resultava de outra, a 1530/2008, que havia aplicado e executado o disposto no artigo 5º, do Decreto Legislativo Regional nº 36/2008/M, de 14 de Agosto ;

- b) Na Resolução nº 954/2011, aquilo que é feito é chamar à aplicação os dois Decretos legislativos Regionais que disciplinaram a concessão VIAMADEIRA, e concluir pelo não fecho da operação financeira, assim ficando prejudicado todo o empreendimento.
27. Será que foi ilícita a aplicação de uma norma expressa, a do nº 1 do artigo 7º, do Decreto Legislativo Regional nº 36/2008/M, de 14 de Agosto, quando se passou à fase da negociação directa, prevista no artigo 5º, do mesmo diploma, e conforme havia sido determinado pela Resolução nº 1530/2008 ? Será ilegal, por si só, executar um, ou mais, comandos legais expressos ?
28. Depois, não se conseguindo, por motivos perfeitamente identificados na Resolução nº 954/2011, e pela defesa do interesse público, concluir a operação de financiamento, será ilegal admitir que algo que tem um princípio normal, e para o qual se deseja um fim com êxito, não correu como previsto, e que por isso, se retiraram direitos vultuosos (no entender do Tribunal de Contas, até demasiado vultuosos) a privados, incorreu-se nalgum desvio às determinações da Lei ?
29. Cremos, pelo contrário, que uma conclusão artificial, ou falsa, ou a manutenção dos direitos às rendas SCUT pelos privados (que eram largamente maioritários na VIAMADEIRA), seriam, isso sim, uma grave infracção ao disposto na Lei nº 98/97, de 26 de Agosto. Por violar os princípios da economia, da eficiência e da eficácia, todos constantes da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto.

III.

A prudência na execução dos termos legais da concessão VIAMADEIRA

30. A Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas conseguiu fazer um relato crítico menosprezando o que, verdadeiramente, é o respeito pelos princípios fundamentais que vinculam o comportamento da Administração Pública, de acordo com a Constituição da República.
31. Como é possível que se faça uma apreciação de conjunto, em que parece que tudo está mal, sem sequer se contextualizar que qualquer envolvimento de recursos públicos estava condicionado ao respeito por dois momentos de concorrência estabelecida ?

32. Com efeito, basta a consulta dos diplomas legais que enquadram a concessão VIAMADEIRA, para se constatar que, em dois casos precisos, era necessário a divulgação da oportunidade de negócio, em cujo pagamento estão envolvidos (directa ou indirectamente) fundos públicos : a) no acesso à participação no capital social da VIAMADEIRA, privilegiadamente pela execução do disposto no artigo 4º, do Decreto Legislativo Regional nº 36/2008/M, de 14 de Agosto ; b) quando a VIAMADEIRA custeasse directamente a execução de empreitadas parte do seu objecto, estas teriam de ser previamente adjudicadas pela RAMEDM-Estradas da Madeira, S.A., com respeito pelo normativo vigente, o que, nas situações em causa, implicava o recurso ao concurso público, de acordo com o determinado no segundo parágrafo da Base XXVII.
33. Pelos vistos, parece que a situação que é criticada pela Secção Regional da Madeira, do Tribunal de Contas, seria equivalente a um ajuste directo, seja para aceder à participação societária na VIAMADEIRA, seja para a adjudicação das empreitadas. Ora bastaria a simples consulta à imprensa oficial, e à imprensa geral, para se constatar que a transparência foi praticada. E que não é necessário lucubrações ou teorias da conspiração, quando a leitura dos documentos essenciais (de concepção, como de execução) está acessível a todos.
34. O que tornou este processo mais complicado, muito longo, e, ainda por cima, incompleto, foi a incapacidade do mercado financeiro não só de apresentar condições susceptíveis de serem aceites pela Região Autónoma da Madeira, como de, sobretudo, apresentarem condições estáveis. Mas cremos que com a experiência que o Tribunal de Contas tem das recentes subconcessões rodoviárias, certamente disporá de todos os meios para perceber que quando se alteram condições de financiamento em pleno processo, o resultado só pode ser um de dois : a) ou se aceita o pior quadro (como foi feito nas subconcessões, em que se combinou, no contrato, o próprio reequilíbrio financeiro imediato) ; b) ou se desiste do projecto, como fez o Governo Regional da Madeira, para a concessão VIAMADEIRA.
35. Aqui, existe um elemento que tem particular importância, pois da sua interpretação podem resultar entendimentos opostos. Como sucedeu pelo confronto entre a posição assumida pelo Governo Regional, ao longo de todo o processo. Está ele constante no ponto 3, na página 5. Cremos indispensável a reprodução do texto, para se atentar no carácter decisivo desta matéria : **“3. O Conselho do Governo**

Regional (CGR) autorizou a celebração de um Contrato de Concessão que atribuíra, entre outras, a responsabilidade pela obtenção de financiamento para os contratos de empreitada de construção das vias concessionadas estimado em, pelo menos, 751,5 milhões de euros, a uma concessionária de capitais maioritariamente privados, detida pelos empreiteiros a quem havia sido adjudicada a construção dos troços objecto da concessão, sem que houvesse financiamento público ou garantias de financiamento privado dos lanços viários em causa”. Este passo merece comentário preciso.

36. Antes do mais, não é verdade que todos os empreiteiros a quem foram adjudicadas as empreitadas eram accionistas da VIAMADEIRA. Recomendamos a consulta dos dados que constam da páginas 44 e 45, para se ver que está desmentida esta afirmação, pela própria Secção Regional do Tribunal de Contas. É um detalhe, mas não de somenos importância.
37. Depois, o espanto da Secção Regional é imenso, mas só o pode ser no completo desconhecimento do que era disposto no Decreto Legislativo Regional nº 36/2008/M, de 14 de Agosto. Porque aí não está previsto qualquer financiamento público, e é efectivamente uma obrigação da concessionária obter o financiamento (Base XVI). Basta ler o conteúdo das diversas Resoluções que são enumeradas nas páginas 38 e 39, para se perceber que o Governo Regional teve o cuidado de sempre condicionar a participação definitiva e estável dos accionistas privados (que só ganha relevo com o aumento especial de capital social, na sua totalidade) quando fosse certa a angariação do financiamento. Por isso uma obrigação que, em rigor, é da concessionária, foi interpretada, e muito bem, como uma condição para aceder ao projecto VIAMADEIRA. Fazendo com que quem se mostrou interessado, e que o Governo Regional veio a escolher, mas através de um método excepcional (embora igualmente previsto no Decreto Legislativo Regional nº 36/2008/M, de 14 de Agosto), tivesse de cumprir o dever de angariar os meios financeiros necessários. Não o conseguiu, como não conseguiu, perdía o direito às rendas SCUT, na proporção da sua participação societária.
38. Portanto, algo que integra o essencial do agravo de censura mais não é do que a execução do modelo previsto na Lei. Poder-se-à depreender que a Secção Regional não gosta do teor do Decreto Legislativo Regional nº 36/2008/M, de 14 de Agosto ? Eventualmente, mas isso não a desobriga de o cumprir, e fazer

cumprir, como obrigava o Governo Regional. **Porque ainda está em vigor.**

39. Um tema tem particular relevo, e nele há dar alguma razão ao Tribunal de Contas. Tem ele a ver com o não envio para exercício de poderes de fiscalização prévia, do contrato de concessão assinado a 29 de Dezembro de 2008, e que, na economia do processo, deveria ser revogado e substituído por um outro, que contivesse o financiamento da concessão.

40. Não se contesta a razão de princípio, pois ela é, por demais, resultante da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto (mesmo na sua versão actualmente em vigor). Porém, cremos que um relato elaborado com todo o rigor também deveria contextualizar a realidade com todos os seus elementos. Não há qualquer pagamento preciso, qualquer encargo quantificado, que seja imposto pelo primeiro contrato de concessão, razão pela qual a eventual lesão da regra da eficácia financeira por ausência de pronúncia do Tribunal de Contas não tem o alcance normal.

41. Ainda quanto a prudência, surge no relato um tema (embora completamente deslocado, pois que está misturado – e, por isso, prejudicado – com a ideia de que o Governo Regional teria criado a VIAMADEIRA) a merecer resposta concreta. É e dele o da falta do **comparador público**, que consta tanto do regime geral das PPPs, inaplicável às Regiões Autónomas, como da Lei do Enquadramento Orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, alteradíssimo até ao presente). Vamos aqui reproduzir as suas normas em vigor à data da criação da VIAMADEIRA, para seguir, no possível, o raciocínio do relato. De acordo com a actualização produzida pela Lei n.º 48/2004, de 24 de Agosto, que alterou a Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto, e segundo o seu artigo 19 (os sublinhados são de nossa responsabilidade): ***“1. O programa orçamental inclui as despesas correspondentes a um conjunto de medidas de carácter plurianual que concorrem, de forma articulada e complementar, para a concretização de um ou de vários objectivos específicos, relativos a uma ou mais políticas públicas, dele fazendo necessariamente parte integrante um conjunto de indicadores que permitam avaliar a economia, a eficiência e a eficácia da sua realização. 2. A avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará por base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas,***

devendo incluir, sempre que possível, uma estimativa da sua incidência orçamental líquida. (...). Ao contrário dos artigos do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho), que não têm qualquer aplicação nas Regiões Autónomas, as disposições citadas da Lei do Enquadramento Orçamental definem a disciplina do comparador público, para todo o espaço nacional.

42. Vê-se bem que o legislador foi cauteloso, quando se tratou de abordar o tema da incidência orçamental líquida, em base plurianual. E também se percebe que estas normas representaram uma primeira abordagem do tema, em que se aprende com a respectiva execução. Por isso, referiu, de modo algo vago e sem definir, a figura do **programa alternativo**. No caso da VIAMADEIRA, foi o Banco EFISA que o realizou, por um custo que não se pode considerar alto (€ 10.000), e com as limitações que o empreendimento apresentava. Isto mesmo está identificado no relato, na página 30. Indicando que a adjudicação feita ao Banco EFISA resultou de uma informação interna, datada de 20 de Abril de 2009.
43. Portanto, há que, antes de mais, **esclarecer que o estudo foi feito**. Não o foi, contudo, em momento anterior à aprovação do Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto. **Foi feito num momento em que já se sabia que qualquer estimativa de custo deste empreendimento seria praticamente impossível de se produzir**. A Resolução n.º 1559/2008 (em sequência da Resolução n.º 1530/2008) justificou-se pela necessidade do recurso ao procedimento de negociação directa, já devido aos constrangimentos de financiamento.
44. Mas a questão fundamental a que se deve dar resposta é a seguinte : tendo sido assumida a opção pela criação da VIAMADEIRA, pela Assembleia Legislativa Regional, no momento em que o foi (a sessão legislativa que a aprovou data de 23 de Julho de 2008), e sabendo-se o que aconteceu em Setembro desse ano, qual seria a utilidade desse estudo ? Certamente nenhuma, conforme se confirmou, para muito pior, pelo evoluir do processo. Seria um elemento **decorativo**, sem qualquer interesse, e sem qualquer validade para um **decisor** público responsável.
45. Mas pode argumentar-se que tudo isso não conta, pois a Lei do Enquadramento Orçamental pretende (embora não o afirme expressamente, só se depreendendo esse elemento por interpretação sistemática) que o estudo seja feito em momento anterior à decisão.

Simplemente, para se fazer uma comparação, é preciso dois termos. Um, o custo com investimento público quando existem condições para a angariação desses meios pelo ente público. Outro, o custo que os financiadores privados exigem sejam incorridos. Se faltar qualquer um, não há comparação possível.

46. E aqui chegamos a outro ponto sensível : será que a Secção Regional desconhecia, mesmos avaliando todos os anos os orçamentos e a prestação de contas regionais, que não havia qualquer possibilidade de financiamento tradicional, em meados de 2008 ? Isto é, desconhecia que não havia possibilidade de efectuar uma comparação, pelo simples facto de que não havia possibilidade de, pelos meios tradicionais, financiar este projecto.

47. Causa-nos alguma estranheza que se pretenda uma comparação entre duas modalidades de financiamento, quando toda a gente sabe que o recurso às PPPs reside, no essencial, exactamente na ausência de possibilidade de financiamento público. E nem sequer é necessário que a Banca recuse, como agora faz, mesmo apoiada, porque o respeito pelos critérios de défice e da dívida tornariam impossível esse exercício. Será que estamos a caminhar para o mundo do completo artificialismo, em que se imagina algo que se gostava que existisse, e como entre a imaginação e a prática não se encontrar qualquer relação, se age como se tudo decorresse na mais completa normalidade ?

48. Além de tudo o afirmado, é curioso verificar que o relato não analisa o resultado do estudo (nem o estudo, ele mesmo) do BANIF, sobre o comparador público. Porque, convenhamos, mesmo realizado com atraso, talvez merecesse alguma atenção. Ou será que o relato não o analisa, não o comenta, porque, em rigor, ele não tem (nunca teria) qualquer importância para o desenvolvimento das negociações para a montagem da operação de financiamento ? Isto é, estaremos perante uma situação em que a falta do estudo, no momento próprio, só é relevante para basear uma punição, mas que quem quer punir não se sente obrigado a relacionar os resultados dessa análise, com uma boa decisão pública. Com respeito pela economia, da eficácia e da eficiência, princípios tão importantes, mas que, infelizmente, não se sabe se, na opinião da Secção Regional, estavam bem protegidos nos resultados do estudo do Banco EFISA. Ou naquilo que foi feito pelo Governo Regional, ou pela Assembleia Legislativa Regional, em sua consequência.

49. Finalmente, e ainda nesta parte, é interessante verificar a diferença de entendimento entre a Secção Regional e a 1ª Secção, ambas do Tribunal de Contas, sobre a construção geral da concessão VIAMADEIRA. Porque já existe histórico a este propósito.
50. Uma das empreitadas que consta do relato (Via Expresso Fajã da Ovelha/Ponta do Pargo-2ª Fase) tinha uma particularidade. Teve de ter o seu objecto cindido, **de modo a não ferir o limite que o n.º 2, do artigo 1.º, do Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto** (uma vez mais, o Governo Regional teve o cuidado de não desrespeitar aquilo que a Lei, porque um Decreto Legislativo Regional é Lei, em Portugal !) **confetia ao direito exclusivo atribuído à VIAMADEIRA.**
51. A Secção Regional da Madeira recusou o *visto*, com uma extensa e áspera censura ao modelo geral prosseguido na concessão VIAMADEIRA. Fê-lo na sua sessão de 10 de Novembro de 2011, pela Decisão n.º 17/FP/2011. A RAMEDM recorreu para o Plenário da 1ª Secção do Tribunal de Contas, e **ganhou** (Acórdão n.º 7/2012, de 26 de Abril de 2012). Não que o Plenário não tivesse expresso um sentido crítico, mas sem perder a noção de que as entidades que estiveram envolvidas, mais não foram do que instrumentos de uma política pública. Naturalmente que se tivesse o Plenário da 1ª Secção aderido àquilo que a Secção Regional afirmara, e em que substancialmente se baseara, seria completamente impossível a concessão de *visto*.

IV. A frustração da concessão VIAMADEIRA

52. Causa perplexidade ver o comentário crítico da Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas sem o contextualizar na situação de crise financeira generalizada, internacional e nacional.
53. Aliás, em determinados pontos até parece que não consideraram (excepto para efeitos de aplicação de sanções, vide 3.4.3.) que o empreendimento não conseguiu ser implementado, como previsto no Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto e no Decreto Legislativo Regional n.º 2372010/M, de 17 de Outubro. E que muitos dos problemas que se suscitam residem no facto da dificuldade excepcional no mercados de capitais que se enfrentou.

54. O motivo pelo qual o processo da VIAMADEIRA não foi concluído reside na apresentação, pela Banca, de condições absolutamente inaceitáveis para a defesa do interesse público. Como se diz na decisão final.
55. Novamente é importante recorrer ao teor do que foi efectivamente decidido pelo Governo Regional, a coberto da Resolução n.º 954/2011. E que foi ***“1. Tendo em conta as condições apresentadas à Região para o financiamento da Concessão VIAMADEIRA, condições essas que, pela sua natureza muito gravosa, não são susceptíveis de poder merecer o acordo do Governo Regional assim como o recente desinteresse de alguns membros do sindicato bancário, é dado por findo o processo que estava em curso para o fecho da operação financeira, sem que a mesma possa ser concluída com sucesso. (...)”***
56. É estranho como pode ser considerado uma ilegalidade uma pronúncia deste género. Com efeito, aquilo que é feito, em primeira linha, pelo Governo Regional, é constatar que as condições pelas quais se poderia fechar o negócio eram inaceitáveis para o erário público, dado o considerável aumento de encargos que se vinha a agravar nas posições da Banca, a par de outras exigências completamente desproporcionadas. As quais foram muito mais decisivas do que a posição dos accionistas privados, que dela dependiam.
57. Mas há um segundo ponto na Resolução n.º 954/2011, a partir da qual o relato hipotiza nova infracção financeira. Tem a ver com o seu n.º 2, cujo texto inicial é : ***“2. Em consequência directa da medida agora assumida, nos termos do Contrato de Concessão e demais instrumentos contratuais relacionados, a Região Autónoma da Madeira assume a posição de dono de obra nas seguintes empreitadas (...)”***
58. Aqui, o problema é, evidentemente outro. Mas não é algo que, na presente conjuntura financeira nacional e internacional, seja exclusivo da Região Autónoma da Madeira. Toda a temática das subconcessões, com *visto* recusado e *visto* concedido, - a par de uma série de polémicas que ainda estão por esclarecer, - reside na alteração brutal das condições de financiamento da economia.
59. O que se passou foi que o Governo Regional, executando adequadamente o que constava do Decreto Legislativo Regional n.º

36/2008/M, de 14 de Agosto, desencadeou um processo de aumento especial de capital social, ao qual não se apresentou qualquer interessado que preenchesse as condições exigidas (já devido aos problemas com o financiamento).

60. Talvez seja bom lembrar que 2008 é o ano da falência do *Lehmann Brothers*, que o Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M é de 14 de Agosto desse ano (a falência desse Banco de Investimento ocorreu a meio de Setembro), e que, por consequência todo o processo de aumento especial de capital social decorre em plena crise, e seu agravamento. Foi essa a razão pela qual o Governo Regional teve de desencadear o procedimento de negociação directa (que tinha cobertura legal suficiente, desde que se perceba e aceite que, no Estado de Direito Português, as Assembleias Legislativas Regionais legislam, como melhor diria *Monsieur de La Palisse*). E o certo é que mesmo recorrendo a este procedimento de aplicação excepcional, não foi possível encontrar uma solução.

61. Por isso, quando é aprovada a Resolução 954/2011 aquilo perante o qual está o Governo Regional é uma escolha maldita : ou aceita o que teria efeitos financeiros desastrosos sobre os encargos com as futuras gerações (como sucedeu com as subconcessões), ou se termina este esforço, com a minimização das consequências negativas. E, aqui, com o devido respeito, a conta que parece exposta para impressionar de € 293,3 milhões, mais não é do que o contravalor da execução de empreitadas regularmente adjudicadas após concurso público. Ora como a empreitada de obras públicas é um contrato oneroso, certamente que existe um preço. Que foi, de facto, agravado com os juros de mora, mas em nada mais. Caso se tivesse insistido na concretização do empreendimento VIAMADEIRA, a factura seria muito superior, como poderá facilmente concluir-se.

62. Mas poder-se-ia fazer uma simples pergunta, para se demonstrar que as aparentes evidências muitas vezes escondem a dificuldade em dominar os temas em causa. **Se, por acaso, o Governo Regional tivesse aceite condições financeiras especialmente gravosas, poderia ter fechado a operação, nunca teria recebido as empreitadas (e seus encargos) de volta, mas não havia qualquer problema com o princípio da tipicidade quantitativa que preside à execução.** Tudo estaria bem, porque se havia forçado que acabasse bem. E neste momento a Secção Regional teria elaborado uma magnífica auditoria mas muito dificilmente conseguiria retirar conclusões sancionatórias, como agora fez. Basta ler o Relatório n.º

9/2005-FS/SRMTIC (Auditoria à concessão VIALITORAL 2002 e 2003) para se perceber do que falamos.

63. Portanto, a situação em que o Governo Regional estava era a de um verdadeiro **estado de necessidade** (artigo 339º, do Código Civil), **em que tem de escolher um de dois males**. Salvo melhor opinião, escolheu o menor. Como lhe competia. E mesmo com o risco da responsabilização individual dos seus membros.

V.

O risco na concessão VIAMADEIRA.

64. A Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas manifestamente **não se apercebeu de onde se situava o risco para os investidores na concessão VIAMADEIRA**. Por isso se permitiu a um conjunto de considerações sobre os contratos administrativos, e figuras próximas, cuja utilidade é nula, na economia do relato (páginas 40 e 41). O exercício de misturar os casos do Continente com as características peculiares das concessões rodoviárias na Madeira, não ajudou a clarificar esta matéria.
65. Para que fique de uma vez claro, o risco em que incorriam os investidores privados **era o de perderem todo o seu investimento caso não cumprissem adequadamente as suas obrigações de manutenção, durante todo o período de vigência da concessão**.
66. Assim era na concessão VIALITORAL, e também na VIAEXPRESSO. Ou seja, a matriz de risco aplicada tem já um vida de cerca de 13 (treze) anos! E certamente é mais séria e rigorosa do que as concessões SCUT do Continente em que o Estado aceitou pagar lucro na primeira faixa de tráfego, se bem que no emaranhado dos subtemas de risco, em estilo bem parecido com o que surge na página 42, do relato, isso nunca seja referido. Recorde-se que esse pagamento de lucro na banda de menor tráfego nunca impediu o Tribunal de Contas de conceder o visto a esses contratos. Portanto, ao tempo, a posição desse órgão judicial era, certamente, outra, se bem que se não consiga identificar onde, quando e porquê se passou da permissão à censura.
67. Portanto, e regressando ao nosso caso, sempre que a concessionária pagasse verba directa (caso da VIALITORAL), ou pagasse

- directamente empreitadas (deduzindo o valor equivalente do que estava anteriormente estabelecido, como admitido na VIAEXPRESSO, e desejavelmente a praticar na VIAMADEIRA), poderia perder todos esses montantes. Sem direito a qualquer indemnização. Assim decorria da aplicação da Base XXIV, concatenada com a Base XXXII e com a Base XXXVII. O percurso é extremamente fácil de ser percorrido, e não cremos que a definição de risco incorrido pelo privado seja diminuto.
68. Logo, o empreendimento VIAMADEIRA era um caso de partilha de riscos entre público e privado, em termos muito mais incisivos do que aqueles que foram recentemente criticados pelo Tribunal de Contas. O que é necessário é considerar tudo o que consta, em especial, do Decreto Legislativo Regional n.º 36/2008/M, de 14 de Agosto (com a actualização feita pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/2010/M, de 30 de Setembro).
69. **Não tem por isso, qualquer razão o relato quando, no ponto 4, de 1.2. (página 5), indica que não houve uma efectiva transferência de risco para o privado. Pior ainda quando chama o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, pelos motivos já expostos.**

VI.

A violação admitida pelo teor da Cláusula 50, do contrato de concessão.

70. Nas páginas 5, 26 e 37, vem criticado o facto de, no contrato de concessão, serem assumidas obrigações derivadas da frustração da angariação do financiamento. Trata-se, como todos sabem, de uma exigência sempre apresentada pela Banca, e que, é certo, propicia abusos por parte dos financiadores. Não é qualquer iniciativa por parte do Governo Regional, mas não há contrato de concessão que o não preveja, excepto se quando este seja firmado já estiver contratado tal financiamento. Reitera-se que em todos os contratos dessa natureza (com a excepção igualmente apontada), existem disposições semelhantes.
71. E quando dizemos em todos os contratos, **incluímos naturalmente contratos a que foi concedido o visto pelo Tribunal de Contas.** E se o foi, certamente o terá sido não assente num juízo de ilegalidade, pois que é algo que tem claras implicações no resultado financeiro. A título de contingência, mas tem.

- 
72. Certamente que desejávamos que existisse uma única posição do Tribunal de Contas, de modo a saber qual o risco que correm os decisores públicos. Mas parece-nos que quem escreveu o relato desconhecia a concessão de visto ao Contrato de Subconcessão Reformado do Baixo Tejo (no contexto do processo de fiscalização prévia nº 577/10, e por decisão assumida a 9 de Junho de 2010).
73. Porque, desse contrato de subconcessão, consta o seguinte texto :
“97.3. Se, na sequência de apreciação efectuada nos termos da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto (a “LOTIC”), o Tribunal de Contas vier a emitir decisão de recusa de visto ao Contrato de Subconcessão, tal circunstância implicará as consequências previstas no artigo 45º da LOTIC, ficando o Concedente obrigado a reembolsar a Subconcessionária do valor de todos os custos e despesas por esta comprovadamente incorridos com a execução do presente Contrato de Subconcessão, desde que previstos no Caso Base, bem como dos custos e despesas que, em resultado da referida recusa de visto, forem comprovadamente incorrido pela Subconcessionária com a resolução antecipada dos instrumentos de cobertura de risco de taxa de juro por esta contratados no âmbito dos Contratos de Financiamento”
74. Comparem-se e identifiquem-se as diferenças entre o clausulado citado, e aquele que consta do contrato de concessão assinado a 29 de Dezembro de 2008, para a VIAMADEIRA.

VII. Contratação de serviços financeiros.

75. A Secretaria Regional do Equipamento Social contratou, em ajuste directo, com o BANIF-Banco de Investimento, S.A., a 17 de Março de 2009, a assessoria financeira do projecto VIAMADEIRA. O valor em causa foi de € 199.000. Estando em vigor o **Código dos Contratos Públicos** (certamente por lapso identificado no relato, a página 11, como “Código da Contratação Pública”), aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, prevê este que existam duas grandes modalidades de ajuste directo : a determinada em função do valor, e aquela que o seja pelos denominados critérios materiais. Nada impede que uma adjudicação seja abrangida pelos

dois regimes, como é o caso clássico de se poder praticar o acto invocando um critério material, mas o montante da despesa se conter nos limites de valor que até dispensariam o recurso a esse critério preciso.

76. Segundo a alínea a), do n.º 1, do artigo 20.º, do citado Código, o limite pelo valor era de, € 75.000, razão pela qual a crítica do Tribunal de Contas, se se estivesse perante um caso de aplicação de ajuste directo pelo valor, seria correcta, aqui isso se concedendo nesses limitados termos.

77. **Mas tal não foi o caso.** Conforme a disciplina comunitária da contratação de serviços financeiros, e que resulta transposta na legislação nacional pela alínea b), do n.º 1, do artigo 27, do Código dos Contratos Públicos (incluído na regulamentação dos critérios materiais), existe uma ampla margem de adjudicação desse tipo de serviços.

78. No caso presente, era óbvio que, com as vicissitudes deste caso, a definição de especificações precisas da prestação que era solicitada ao assessor financeiro não tinha condições de ser feita. O evoluir do processo confirmou, infelizmente até de modo exuberante, esta realidade. Portanto, não cremos que existisse outra possibilidade de enquadramento que não a da invocação da norma atrás referida.

79. E a páginas 30 do relato, indica-se que existe (e subsiste) dúvida sobre a correcção da norma habilitante invocada, afirmando-se que não ficou claro os termos em que um critério material mereceria aplicação. Ou seja, **a própria Secção Regional não apresenta uma posição clara sobre o que se passou, e que está documentado.**

80. Estamos, assim e pelo menos, perante um caso óbvio de **instrução deficiente**, em que quem sugere a aplicação de uma sanção declara que tem dúvidas, não as esclarece, e passa ao nível mais grave de enquadramento.

81. Nestes termos, requere-se a realização de mais diligências sobre este tema, de modo a que o Chefe de Gabinete do então Secretário Regional do Equipamento Social, e o membro do Governo Regional em questão, possam esclarecer sobre os fundamentos da invocação da alínea b), do n.º 1, do artigo 27, do Código dos Contratos Públicos. Mas só no caso de, como deve ser, seja eliminada pela própria Secção Regional a hipótese de penalização, por reconhecimento de aplicação correcta das normas habilitantes a este ajuste directo.

VIII.

Infracções financeiras cujo cometimento foi hipotizado pela Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas

As respostas dadas abaixo, têm de respeitar a imputação concreta definida pelas presenças efectivas das reuniões do Conselho do Governo, sem prejuízo de que a argumentação geral aqui expressa, a todos aproveite, directa ou indirectamente.

Ponto 3.4.1.

“O CGR criou a VIAMADEIRA, S.A., sem ter a informação sobre as suas vantagens face à alternativa tradicional e celebrou o CC antes do fecho financeiro da concessão.”

Como já foi referido, o Governo Regional não criou, nem nunca podia ter criado, a VIAMADEIRA, razão pela qual nunca poderia ser assacada aos seus membros a responsabilidade pela prática de um acto impossível, sejam quais forem as suas consequências, ou o seu imaginado conteúdo.

Como não houve fecho financeiro da concessão, deve esta possibilidade ser duplamente eliminada, por claro erro sobre os respectivos pressupostos, tornando irrelevante a assinatura do denominado primeiro contrato de concessão.

Portanto, não foram praticados os factos geradores de infracção financeira, tal como vêm descrito no relato, e estão identificados nesta resposta.

Ponto 3.4.2.

“O contrato de concessão não foi sujeito a fiscalização prévia”

Admite-se a correcção da crítica do Tribunal de Contas, se bem que a mesma tenha de ser contextualizada no que efectivamente ocorreu. Com efeito, o primeiro contrato de concessão não continha qualquer obrigação relativa ao repagamento do financiamento, porque o financiamento não constava desse documento. Não é, portanto, um documento típico gerador de despesa. O que nele estava previsto era que os encargos com todas as despesas directas seriam da conta da concessionária. Só com o fecho da operação financeira, que nunca ocorreu, seriam imputados custos à concedente. Sempre foi intenção do Governo Regional enviar ao Tribunal de Contas, como lhe competia, a versão do contrato de concessão que contivesse o financiamento, razão pela qual não pode, em caso algum ser

comparada esta situação a uma outra em que tudo estivesse regularmente previsto, e, ainda assim, o Governo Regional não enviasse o documento em questão para o exercício dos poderes de fiscalização prévia.

Assim sendo, apesar de se reconhecer que a factualidade identificada pela Secção Regional seja, no essencial, exacta, falta, para a completa verificação dos factos geradores da infracção financeira, a contextualização do todo, perante a natureza incompleta do contrato de concessão celebrado a 29 de Dezembro de 2008.

Ponto 3.4.2.

“A RAM ao aceitar o estipulado na cláusula 50ª do CC, não observou os princípios da economia, eficiência e eficácia, nem o artigo 25º do DLR nº do DLR nº 1/2011/M, de 10/01”

A disposição contratual censurada é idêntica a outras, insertas em contratos que mereceram a concessão de *visto* pelo Tribunal de Contas, conforme consta desta resposta, nos números 70 a 74.

Não se compreende, nem aceita, que em matéria tão importante como a que aqui está em causa, possam co-existir posições diferentes, com o conseqüente aumento desproporcionado de risco para os decisores públicos, responsáveis financeiros. Razão pela qual deve a Secção Regional, em uniformização de jurisprudência, desconsiderar o cometimento de qualquer infracção financeira, neste particular.

Não foram assim praticados actos geradores de infracção financeira, de acordo com a jurisprudência recente do Tribunal de Contas, aplicada à fiscalização prévia dos contratos de subconcessão rodoviária.

Ponto 3.4.3.

“Violação do princípio da tipicidade quantitativa que preside à execução do orçamento das despesas”

Há certamente um lapso nesta hipótese de infracção, pois que o acto que foi praticado pelo Conselho do Governo Regional visou não a prática de qualquer despesa, mas antes a colocação de um ponto final num procedimento que não tinha condições para se concluir. Das despesas que acabam por ser incorridas, o seu traço comum é o de nada terem a ver com a concessão que se frustrou, mas sim com encargos normais de um projecto clássico de investimento público, como indemnizações por expropriação ou juros de mora no pagamento de empreitadas de obras públicas, regularmente adjudicadas, após concurso público, a par do pagamento do preço das próprias empreitadas.

Como está explicado nesta resposta, o Governo Regional, quando lhe foram apresentadas condições financeiramente inaceitáveis, preferiu retomar o custo original das empreitadas, a aceitar tais condições, com grave prejuízo para o interesse público. Um verdadeiro estado de necessidade, em que, se não se tivesse actuado como actuou, a VIAMADEIRA (maioritariamente privada) ficaria com direito a receber as rendas SCUT (calculadas também em função do custo do financiamento), causando avultado prejuízo para as gerações futuras. Perante este mal maior, era claramente um mal menor a violação do princípio da tipicidade quantitativa. Reitere-se, ainda, que não foi objecto, nem objectivo, da Resolução nº 954/2008 criar nova despesa, mas reorganizar compromissos existentes, no modelo menos oneroso para o erário público.

Tendo em conta a invocação do regime jurídico do estado de necessidade, que não foi sequer considerado no relato, falta, para que se pudessem identificar os factos geradores de infracção financeira, que a escolha que estava perante o Governo Regional, fosse valorizada, e, em função disso, desqualificado o cometimento de qualquer infracção desse tipo.

Ponto 3.4.3.4.

“Contratação de serviços financeiros sem o procedimento concursal legalmente exigível em função do valor”

Dada a aplicação, que se considera correcta, do disposto na alínea b), do nº 1, do artigo 27º, do Código dos Contratos Públicos, tendo em conta a natureza dos serviços financeiros em causa, e a exuberante confirmação deste facto, no decorrer do processo, consideramos sem fundamento a hipótese de cometimento de infracção financeira. E, caso assim não fosse, também não era o relato que nos foi notificado que seria o instrumento idóneo a tal propósito, pois que o mesmo, na página 30, indica que existe dúvida quanto à correcção de aplicação da norma citada do CCP, e não certeza do cometimento da infracção. Nos termos já invocados nesta resposta, não foram praticados os actos geradores de infracção financeira, pelo menos de acordo com o que consta no relato.

Nos termos atrás expostos, deve ser arquivado o processo, com desaplicação de todas as normas de imposição de sanções pelo cometimento eventual de infracções financeiras, à excepção do que se refere ao Ponto 3.4.2., sobre a falta do envio para fiscalização prévia, falta essa que deve ser relevada, nos termos legalmente aplicáveis, tendo em conta a explicação dada *supra*.

O entendimento exposto no parágrafo anterior vale também para o caso da contratação da assessoria financeira, admitindo-se, contudo, que possam ser realizadas diligências complementares, que ficaram oportunamente requeridas, de modo a ser plenamente esclarecida a dúvida declarada na página 30 do relato, se não for liminarmente afastada a correção do procedimento de ajuste directo, por aplicação adequada no disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 27, do Código dos Contratos Públicos.


Luis Manuel dos Santos Costa
Luis Manuel dos Santos Costa

XI – Nota de Emolumentos e Outros Encargos(DL n.º 66/96, de 31 de maio)¹

AÇÃO:

Auditoria à “concessão, exploração, conservação e manutenção dos lanços de estradas regionais atribuídos à VIAMADEIRA, S.A.”.

ENTIDADE(S) FISCALIZADA(S):

ex-Secretaria Regional do Equipamento Social e Vice-Presidência do Governo Regional.

SUJEITO(S) PASSIVO(S):

Vice-Presidência do Governo Regional.

DESCRIÇÃO	BASE DE CÁLCULO		VALOR
ENTIDADES COM RECEITAS PRÓPRIAS			
EMOLUMENTOS EM PROCESSOS DE CONTAS (art.º 9.º)	%	RECEITA PRÓPRIA/LUCROS	
Verificação de Contas da Administração Regional/Central:	1,0		0,00 €
Verificação de Contas das Autarquias Locais:	0,2		0,00 €
EMOLUMENTOS EM OUTROS PROCESSOS (art.º 10.º) (CONTROLO SUCESSIVO E CONCOMITANTE)	CUSTO STANDARD (a)	UNIDADES DE TEMPO	
AÇÃO FORA DA ÁREA DA RESIDÊNCIA OFICIAL:	€ 119,99	0	0 €
AÇÃO NA ÁREA DA RESIDÊNCIA OFICIAL:	€ 88,29	502	44.145,00€
Entidades sem receitas próprias			
Emolumentos em processos de contas ou em outros processos (n.º 4 do art.º 9.º e n.º 2 do art.º 10.º):	5 x VR (b)		-
Cfr. a Resolução n.º 4/98 – 2ª Secção do TC. Fixa o custo standard por unidade de tempo (UT). Cada UT equivale 3H30 de trabalho. Cfr. a Resolução n.º 3/2001 – 2ª Secção do TC. Clarifica a determinação do valor de referência (VR), prevista no n.º 3 do art.º 2.º, determinando que o mesmo corresponde ao índice 100 da escala indiciária das carreiras de regime geral da função pública em vigor à data da deliberação do TC geradora da obrigação emolumentar. O referido índice encontra-se atualmente fixado em € 343,28, pelo n.º 2 da Portaria n.º 1553-C/2008, de 31 de dezembro.	Emolumentos calculados:		44.145,00€
	Limites (b)	Máximo (50xVR)	17.164,00 €
		Mínimo (5xVR)	1.716,40 €
	Emolumentos devidos		1.716,40 €
	Outros encargos (n.º 3 do art.º 10.º)		-
	Total emolumentos e outros encargos:		1.716,40 €

- 1 Diploma que aprovou o regime jurídico dos emolumentos do TC, retificado pela Declaração de Retificação n.º 11-A/96, de 29 de junho, e na nova redação introduzida pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pelo art.º 95.º da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril.

CORRESPONDÊNCIA

Toda a correspondência relativa a anúncios a assinaturas do Jornal Oficial deve ser dirigida à Direção Regional da Administração da Justiça.

PUBLICAÇÕES

Os preços por lauda ou por fração de lauda de anúncio são os seguintes:

Uma lauda	€15,91 cada	€15,91;
Duas laudas	€17,34 cada	€34,68;
Três laudas	€28,66 cada	€85,98;
Quatro laudas	€30,56 cada	€122,24;
Cinco laudas	€31,74 cada	€158,70;
Seis ou mais laudas.....	€38,56 cada	€231,36

A estes valores acresce o imposto devido.

EXEMPLAR

Números e Suplementos - Preço por página € 0,29

ASSINATURAS

	Anual	Semestral
Uma Série.....	€27,66	€13,75;
Duas Séries.....	€52,38	€26,28;
Três Séries.....	€63,78	€31,95;
Completa	€74,98	€37,19.

A estes valores acrescem os portes de correio, (Portaria n.º 1/2006, de 13 de Janeiro) e o imposto devido.

EXECUÇÃO GRÁFICA
IMPRESSÃO
DEPÓSITO LEGAL

Departamento do Jornal Oficial
Departamento do Jornal Oficial
Número 181952/022

Preço deste número: €42,02 (IVA incluído)