

DECISÃO N.º 1/FP/2019

O Tribunal de Contas, em sessão extraordinária de 13 de fevereiro de 2019, da Secção Regional da Madeira, apreciou o contrato da *“aquisição de serviços especializados de assessoria financeira (roadshow técnico-financeiro) tendentes a eventual refinanciamento parcial da dívida pública financeira da Região Autónoma da Madeira”* – lote 1, celebrado entre esta entidade, através da Vice-Presidência do Governo Regional, e a *Orey Financeira – Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, a 2 de novembro de 2018, pelo prazo de até dez meses após esta data e pelo montante máximo de 8 712 500,00€ (s/IVA).

I - OS FACTOS

Com interesse para a decisão a proferir, sobressai do processo em apreço a seguinte factualidade:

- a) A fim de ser submetido a fiscalização prévia, a Vice-Presidência do Governo Regional remeteu à Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, a coberto do ofício com a referência 5788, de 21 de dezembro p.p., o contrato da *“aquisição de serviços especializados de assessoria financeira (roadshow técnico-financeiro) tendentes a eventual refinanciamento parcial da dívida pública financeira da Região Autónoma da Madeira”* – lote 1, celebrado entre esta entidade, através da Vice-Presidência do Governo Regional, e a *Orey Financeira – Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, a 2 de novembro de 2018, pelo prazo de até dez meses após esta data e pelo montante máximo de 8 712 500,00€ (s/IVA).
- b) O contrato *supra* identificado foi outorgado na sequência da Resolução n.º 512/2018, tomada pelo Conselho do Governo Regional em 16 de agosto, retificada pela Resolução n.º 529/2018, de 23 de agosto, ficando aí definido que a escolha da entidade adjudicatária seria feita após a realização de um ajuste direto, adotado em função do critério material previsto na al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do Código dos Contratos Públicos¹ (CCP), conjugado com o art.º 4.º do Decreto Legislativo Regional (DLR) n.º 34/2008/M, de 14 de agosto², nos termos do art.º 25.º, al. f), do DLR n.º

¹ Vide a versão aprovado pelo Decreto-Lei (DL) n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado pelo DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que também o republicou, em vigor à data da abertura do procedimento.

A norma em questão, com a epígrafe *“Escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos”*, admite que para qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar se possa adotar o ajuste direto quando, *“[n]a medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”*.

² Diploma que adaptou o DL n.º 18/2008 à Região, alterado pelo DLR n.º 6/2018/M, de 15 de março.

Esta disposição, em concreto, sob a epígrafe *“Escolha do procedimento e redução do contrato a escrito”*, manda que: *“1 - Aos valores que determinam a escolha do procedimento de formação de contratos previstos nas alíneas c) e d) do artigo 19.º, alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 20.º, alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 21.º, n.º 2 do artigo 22.º, n.º 4 do artigo 31.º, n.ºs 3 e 4 do artigo 36.º, n.º 2 do artigo 46.º-A, n.º 1 do artigo 128.º e alínea a) do artigo 155.º do Código dos Contratos Públicos, é aplicado na Região Autónoma da Madeira um coeficiente de 1,35.*

2 - Da aplicação do coeficiente previsto no n.º 1 não pode resultar a violação dos montantes dos limiares para contratos públicos, definidos pela legislação comunitária.

3 - Todas as referências no Código dos Contratos Públicos às normas mencionadas no n.º 1 devem ter em consideração os valores resultantes da aplicação do coeficiente nele previsto.

4 - Aos valores que determinam a não exigibilidade de redução a contrato escrito, previstos nas alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 95.º do Código dos Contratos Públicos, é aplicado na Região Autónoma da Madeira um coeficiente de 1,35”.

2/2018, de 9 de janeiro, que aprovou o Orçamento Regional desse ano, e que confere àquele órgão competência para autorização de despesas sem limite no âmbito de procedimentos de contratação pública.

A coberto da mesma Resolução n.º 512/2018 foi aprovada a minuta do convite e o caderno de encargos, enquanto peças do procedimento, as entidades a convidar, e delegados no Vice-Presidente do Governo Regional os poderes para, em representação da Região, “*praticar todos os atos administrativos e contratuais que se mostrem necessários à concretização do procedimento, nomeadamente: designação do júri do procedimento; prestação de esclarecimentos; retificação de erros ou omissões das peças do procedimento; decisão sobre erros e omissões; realização de audiências prévias; publicação de anúncios; praticar todos os atos operacionais na plataforma de contratação; aprovação da minuta do contrato e outorga do respetivo contrato que venha a ser celebrado*”.

- c) Especificando, o contrato em apreço visa a aquisição de “[s]erviços específicos de assessoria financeira especializada, tendentes a eventual refinanciamento parcial da dívida pública financeira da Região Autónoma da Madeira, incluindo e não limitado a Trabalhos preparatórios, Abordagem negocial e roadshow técnico-financeiro, Assessoria em eventuais (re)financiamentos e Especificidades da prestação de serviços a contratar, de acordo com o definido na cláusula 1.ª da Parte I do Caderno de Encargos e nos termos especificados na Parte II do Caderno de Encargos” (vide o ponto 1.1 do convite e a cláusula 1.ª, n.º 1, do caderno de encargos).
- d) Para efeitos do procedimento em análise, a dívida pública financeira da Região abrangia dois lotes (vide o ponto 1.2 do convite e a cláusula 1.ª, n.º 2, do caderno de encargos):

“**Lote 1:** o financiamento da Direção Geral do Tesouro e Finanças à Região Autónoma da Madeira, contratado aquando do Plano de Ajustamento Económico e Financeiro, no valor em dívida de €1.316.326.530,58 (mil milhões, trezentos e dezasseis milhões, trezentos e vinte e seis mil, quinhentos e trinta euros e cinquenta e oito cêntimos);

“**Lote 2:** a restante dívida pública direta (garantida e não garantida pelo Estado Português) e a dívida das seguintes Entidades Públicas Recllassificadas do Sector Empresarial da Região Autónoma da Madeira detida a 100% pela Região³: (i) APRAM – Administração dos Portos da Região Autónoma da Madeira, S.A., (ii) CARAM – Centro de Abate da Região Autónoma da Madeira, E.P.E.R.A.M, (iii) IHM – Investimentos Habitacionais da Madeira, E.P.E., (iv) SESARAM – Serviço de Saúde da Região Autónoma da Madeira, E.P.E., (v) Sociedade de Desenvolvimento do Norte da Madeira, S.A., (vi) Sociedade de Promoção e Desenvolvimento da Zona Oeste da Madeira, S.A. e (vii) Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A., no valor em dívida conjunto de € 2.958.009.942,40 (dois mil milhões, novecentos e cinquenta e oito milhões, nove mil, novecentos e quarenta e dois euros e quarenta cêntimos), dos quais € 586.753.505,69 (quinhentos e oitenta e seis milhões, setecentos e cinquenta e três mil, quinhentos e cinco euros

³ “Inclui dois financiamentos conjuntos a todas as 4 sociedades de desenvolvimento (onde se inclui a Sociedade de Desenvolvimento do Porto Santo detida pela Região Autónoma da Madeira em 98,74%) e à Madeira Parques Empresariais Sociedade Gestora S.A., sem que a responsabilidade desta última tenha sido considerada. Exclui, quanto à IHM – Investimentos Habitacionais da Madeira, EPE, os contratos que esta entidade mantém junto do IHRU – Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I.P.. Exclui, quanto à Ponta do Oeste – Sociedade de Promoção e Desenvolvimento da Zona Oeste da Madeira S.A., o financiamento contraído junto do Novo Banco, S.A.”.

e sessenta e nove cêntimos) correspondem à dívida daquelas Entidades Públicas Reclassificadas do Setor Empresarial da Região Autónoma da Madeira”.

- e) O critério de adjudicação selecionado foi “(...) o da proposta economicamente mais vantajosa, na modalidade de avaliação do preço, enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar sujeito à concorrência”, sendo a adjudicação feita por lote, nos termos da seguinte fórmula de cálculo (vide o ponto 7. do convite):

$$\text{“Preço} = [90,00 * [(33,33\% * SF_{max1}) + (33,33\% * SF_{max2}) + 33,34\% * SF_{max3}]] + [10,00\% * RF_{max}]$$

Em que:

SF_{max1} (até 1,00%): *sucess fee máximo sobre a poupança efetiva total contratada proposto, no cenário de % (percentagem) de poupança efetiva média ser de 0,0% a 3,5%;*

SF_{max2} (até 2,50%): *sucess fee máximo sobre a poupança efetiva total contratada proposto, no cenário de % (percentagem) de poupança efetiva média ser de 3,5% a 7%;*

SF_{max3} (até 4,00%): *sucess fee máximo sobre a poupança efetiva total contratada proposto, no cenário de % (percentagem) de poupança efetiva média ser maior que 7%;*

RF_{max} (€0,00 até €25.000,00): *retainer fee proposto para o Lote 1.*

RF_{max} (€0,00 até €75.000,00): *retainer fee proposto para o Lote 2.*

Em caso de empate e para cada lote, será dada preferência à proposta com:

- a) *Sucess fee mais baixo no maior intervalo de poupança (>7,0%);*
- b) *A componente fixa do preço com mais baixo valor”.*

- f) Não eram admitidos agrupamentos, os concorrentes podiam apresentar propostas para um ou mais lotes, e não eram aceites variantes (vide os pontos 6.7, 6.8 e 8 do convite).

- g) Por último, era considerado preço anormalmente baixo o preço total resultante de uma proposta inferior a 50% do preço base (vide o ponto 13. do convite).

- h) Por força da cláusula 2.^a do caderno de encargos⁴, “[o] preço base (preço máximo devido como contrapartida de todos os serviços a prestar no âmbito do presente procedimento) não poderá ser superior ao montante máximo de até 15.400.000,00 (quinze milhões e quatrocentos euros), correspondente ao valor máximo devido pela componente variável (sucess fee) em ambos os lotes, deduzido do montante correspondente ao valor máximo devido pela componente fixa (retainer fee) em ambos os lotes, de acordo com o seguinte:

2 – O preço base do Lote 1 corresponde a:

2.1 – *Componente fixa (retainer fee): o valor de até €25.000,00 (vinte e cinco mil euros), a que acresce o IVA à taxa legal em vigor na Região Autónoma da Madeira.*

⁴ Vide a versão saída da alteração aprovada pelo Vice-Presidente do Governo Regional, notificada às entidades convidadas por ofícios com saída de g12 de setembro de 2018.

2.2 – *Componente variável (sucess fee): o valor de até € 8.700.000,00 (oito milhões e setecentos mil euros), a que acresce o IVA à taxa legal em vigor na Região Autónoma da Madeira.*

3 – *O preço base do Lote 2 corresponde a:*

3.1 – *Componente fixa (retainer fee): o valor de até €75.000,00 (setenta e cinco mil euros), a que acresce o IVA à taxa legal em vigor na Região Autónoma da Madeira.*

3.2 – *Componente variável (sucess fee): o valor de até € 6.700.000,00 (seis milhões e setecentos mil euros), a que acresce o IVA à taxa legal em vigor na Região Autónoma da Madeira.*

4 – *Sendo ambos os lotes adjudicados a uma única entidade será devido apenas um «retainer fee» no valor de até €75.000,00 (setenta e cinco mil euros), a que acresce o IVA à taxa legal em vigor na Região Autónoma da Madeira, correspondente ao valor do retainer fee devido pelo Lote 2.*

5 – *O preço acima referido inclui todos os custos, encargos e despesas cuja responsabilidade não esteja expressamente atribuída ao contraente público, incluindo as despesas de alojamento, alimentação e deslocação de meios humanos, despesas de aquisição, transporte, armazenamento e manutenção de meios materiais”.*

- i) A prestação de serviços a realizar deveria ser executada até dez meses após a data da assinatura do contrato, “sendo que quaisquer eventuais propostas de refinanciamento só podem ser apresentadas à Vice-Presidência do Governo Regional/Direção Regional Adjunta de Finanças até ao fim do 9.º (nono) mês de execução do contrato” (vide a cláusula 4.ª do caderno de encargos).
- j) Em 30 de agosto p.p., foram enviados convites para apresentação de propostas a 5 empresas. A saber: a *Golden Assets – Sociedade Gestora de Patrimónios, S.A.*, a *JPMorgan Chase & Co.*, a *Orey Financial – Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, a *Duet Asset Management Limited* e a *StormHarbour Securities LLP*.
- k) Todas as entidades convidadas apresentaram propostas, mas apenas duas delas o fizeram de forma tempestiva: a *Orey Financial – Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, para o lote 1, e a *StormHarbour Securities LLP*, para ambos os lotes.
- l) Propostas que foram todas admitidas, tendo o júri deliberado propor a adjudicação do lote 1 à *Orey Financial – Instituição Financeira de Crédito, S.A.*, e do lote 2 à *StormHarbour Securities LLP*, por força do critério de adjudicação selecionado, conforme emerge do relatório preliminar elaborado a 28 de setembro de 2018, cujo teor se manteve no relatório final de 4 de outubro seguinte, após auscultados os concorrentes que não se manifestaram.
- m) No que tange ao lote 1, de que trata o contrato em referência, a proposta adjudicada cifrou-se no montante máximo de 8 712 500,00€ (s/IVA), 12 500,00€ (s/IVA) relativos à componente fixa (*retainer fee*) e 8 700 000,00€ (s/IVA) relativos à componente variável (*sucess fee*).
- n) O Conselho do Governo Regional, através da Resolução n.º 688/2018, de 11 de outubro, adjudicou os lotes em conformidade com o proposto pelo júri.
- o) Em sede de verificação preliminar foi o correlativo processo objeto de um pedido de esclarecimentos através do nosso ofício com a ref.ª S UAT I/134, do dia 16 de janeiro passado, através do qual, entre outras questões, se solicitava que a Vice-Presidência do Governo Regional apontasse

as concretas razões que tinham conduzido à opção pelo ajuste direto ao abrigo do critério material vertido na al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP, uma vez que das peças que compunham o processo não sobressaiam circunstâncias que se subsumissem na noção de urgência imperiosa.

A resposta, dada a coberto do ofício n.º VP/1008/2019, de 24 de janeiro de 2019, é a que a seguir se transcreve:

“A carteira objeto da presente prestação de serviços tem muito elevada magnitude e está sujeita a riscos de evolução do mercado e de taxas de juro (em especial no cenário de subida das taxas a curto/médio prazo), estando, por conseguinte, à data de lançamento do procedimento, e no presente, especialmente exposta e potencialmente comprometida considerando:

- *A complexidade dos mercados financeiros;*
- *A multiplicidade de variáveis de efeitos correlacionados, bem como a sua respetiva volatilidade, instabilidade e cada vez maior imprevisibilidade, em especial no contexto de possíveis e diferentes cenários europeus (tais como, ilustrativa e não exaustivamente, o término do quantitative easing, a renovação do top management do Banco Central Europeu e consequente eventual revisão da estratégia monetária para a Zona Euro, a recuperação da Euribor para níveis médios pré-crise financeira internacional), nacionais (tais como, ilustrativa e não exaustivamente, o grau de crescimento da economia da República Portuguesa e o respetivo desempenho em variáveis económicas, financeiras, fiscais, orçamentais e outras de âmbito nacional, o perfil de evolução da dívida soberana da República Portuguesa) e internacionais (tais como, ilustrativamente, eventuais crises políticas em países periféricos da Zona Euro, como a ocorrida em Itália no 2.º trimestre de 2018), entre muitas variáveis e cenários de evolução futura possíveis;*
- *O crescente consenso, à data de lançamento do procedimento, por parte de analistas e casas de investimento internacionais quanto ao mercado financeiro poder estar a entrar em «fim de ciclo» e a expectativa de aumento gradual, mas relevante das taxas de juro a curto/médio prazo, quer em dólares (ex. US\$ T-yields, Libor forecasts). Euros (ex. € bund yields, Euribor forecasts) ou libras (ex. £, gilt yields, Libor forecasts) e as respetivas midswap rates e forward implícitas;*
- *O facto de o mercado financeiro e respetivos operadores estarem já a incorporar a expectativa de aumento das taxas de juro nas operações e relatórios de avaliação das perspetivas de mercado.*

Da conjugação de todo o enquadramento acima resultam indícios de que o 2.º semestre de 2018 e 1.º semestre de 2019 seriam/serão momentos favoráveis/pertinentes para uma eventual renegociação de financiamentos pela Região Autónoma da Madeira tendo em vista a redução de taxas/custos financeiros, a exemplo, aliás, de organizações privadas (ex. empresas multinacionais) e instituições públicas (ex. República Portuguesa) que têm vindo a realizar diversas operações de refinanciamento em mercado para beneficiar de taxas de juros e yields ainda baixas.

De forma sumariada daqui resulta que:

- *Há um risco sério e provável de subida de taxas de juro, prospetivada para ter início em 2019 (como o comprovam diversos reportes de casa de investimento produzidas à data da preparação do procedimento) e que, a ocorrer, terá particular impacto na carteira de dívida da Região, na qual grande parte dos empréstimos se sujeitam a taxa varável;*
- *No caso dos empréstimos que constituem a carteira de dívida direta da Região, o aumento paralelo de 0,1% das taxas de juro implicaria um aumento no corrente ano económico de 2019, de cerca de 3,66 milhões de euros, como encargo com juros para o Orçamento Regional;*
- *Dado que os mercados não esperam, procedimentos menos expeditos poderão fazer perder janelas de oportunidade que não se compadecem com o objeto último da presente contratação de serviços financeiros, como seja, a melhoria das condições de financiamento dos empréstimos em carteira da Região e Entidades Públicas Recllassificadas e decorrente diminuição de encargos com o serviço da dívida para o Orçamento Regional;*
- *A dilação temporal exigida e demora expetável em procedimentos contratuais desta natureza, com a agravante de ser a 1.ª vez que é realizada uma renegociação da carteira de dívida de forma abrangente e em tão larga escala pela Região;*
- *Por zelo, cautela e solidez dos trabalhos a realizar, a Região optou por implementar um processo negocial pormenorizado e passo a passo/ «by the book» (como o comprovam todas as etapas exigidas previstas nos «trabalhos preparatórios») que contribui para a minimização do risco da renegociação, mas alonga a duração temporal dos trabalhos; e, por fim;*

Nestes termos e no entender da Região Autónoma da Madeira, está-se perante uma situação de imprevisibilidade de facto dos comportamentos dos mercados financeiros relativamente aos quais está especialmente exposta (note-se aqui, a título de exemplo, o impasse que, entretanto e já após o envio do presente processo para fiscalização prévia, se verificou relativamente à votação do Acordo de Saída do Reino Unido da União Europeia), assim como uma urgência imperiosa daí decorrente no sentido de se aproveitar a expetável janela de oportunidade existente entre o 2.º semestre de 2018 e o 1.º semestre de 2019 para lançar, contratar e executar o presente procedimento, subsumindo-se, assim e do ponto de vista da entidade adjudicante, a noção de urgência imperiosa consignada na alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP.”

II - O DIREITO

O fundamento legal invocado pela Região para a realização do ajuste direto que conduziu à outorga do contrato *sub judice* foi o art.º 24.º, n.º 1, al. c), que permite essa opção, “[q]ualquer que seja o objeto do contrato a celebrar”, quando, “[n]a medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante”.

Tendo presente que a contratação pública deve nortear-se pelos princípios da concorrência, da transparência e da igualdade, princípios esses que, dir-se-á, se encontram menos acautelados quando se recorre a um procedimento como o ajuste direto, em que, por definição, se reduz *ab initio* o universo concorrencial, fácil será entender que o recurso a este meio de escolha do cocontratante deva ser

visto como excecional no universo procedimental e, nessa medida, deva estar sujeito à verificação de especiais requisitos legalmente exigidos. Em concreto:

- a) Estarmos perante uma “urgência imperiosa”;
- b) Determinada por “circunstâncias imprevisíveis” para a entidade adjudicante;
- c) Circunstâncias que não possam ser imputadas à entidade adjudicante;
- d) O recurso ao ajuste direto apenas se exerça “na medida do estritamente necessário”, e
- e) Não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos.

Analisemos cada um dos requisitos *de per si*.

a) A URGÊNCIA IMPERIOSA

De acordo com Mário Esteves de Oliveira e Rodrigues Esteves de Oliveira⁵, “[o] critério da urgência imperiosa da alínea c) do art.º 24.º/1 é, como se sabe, um dos mais invocados pelas entidades adjudicantes, embora seja também, justamente pela falta de preenchimento dos respetivos requisitos, um dos que mais tem justificado a censura do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Contas”.

Nesse sentido, atente-se ao que se dispõe no Acórdão n.º 26/2013-1.ª S/SS, de 23 de outubro, citado no Acórdão n.º 12/2017-1.ª S/SS, de 31 de outubro: “são motivos de urgência imperiosa aqueles que se impõem à entidade administrativa de uma forma categórica, a que não pode deixar de responder com rapidez. Existem motivos de urgência imperiosa quando, por imposição do interesse público, se deve proceder à aquisição de bens ou serviços com a máxima rapidez sem se realizar, quando a lei o prevê, concurso público (ou outro tipo de procedimento que garanta, de alguma forma, a concorrência). E recorre-se a tal solução, sob pena de, não o fazendo com a máxima rapidez, os danos daí decorrentes causarem ou poderem vir a causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação (...)”.

Mais recentemente, o Acórdão n.º 1/2018 – 1.ª S/PL, de 29 de janeiro, sufragava que “a densificação do conceito de «urgência imperiosa», previsto no referido normativo legal, não deve ser feita no plano da mera subjetividade própria da entidade que o aplica, pois desta forma a invocação de urgência – que assume caráter excecional – poderia tornar-se fundamento para qualquer aquisição que não fosse atempadamente planeada, ainda que a sua necessidade fosse há muito conhecida.

Ao invés, a urgência aqui prevista deve ser concretizada num plano objetivo – função do «padrão do homem médio», «bom pai de família» ou do *bonus pater familias* – isto é, no plano do «abstrato cidadão» movido pelos normais padrões cívicos da sociedade em que se integra, desprovido assim de qualquer interesse, direto ou indireto, no caso concreto.

Ademais, não é qualquer urgência que pode fundamentar a aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, mas apenas a urgência «imperiosa», isto é, uma urgência de nível superior, a urgência «imprescindível», aquela urgência que não se discute, que não oferece dúvidas ao «homem médio» ou ao «abstrato cidadão»”.

⁵ In *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pág. 755.

b) AS CIRCUNSTÂNCIAS OU ACONTECIMENTOS IMPREVISÍVEIS

Mas, e como já se disse, não basta estarmos na presença de uma urgência imperiosa, necessário é, ainda, que essa urgência advenha da ocorrência de circunstâncias imprevisíveis para a entidade adjudicante.

Ainda de acordo com o Acórdão n.º 12/2017, já citado, *“acontecimentos imprevisíveis são todos aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto. Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis, os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto”*, ou, dito de outra forma, agora fazendo apelo ao prolatado no Acórdão n.º 1/2018 – 1.S/PL, *“[c]ircunstâncias imprevisíveis são aquelas que resultam de acontecimentos que qualquer pessoa, por mais diligente que seja, não pode em qualquer caso prever ou antecipar”*.

c) A NÃO IMPUTAÇÃO À ENTIDADE ADJUDICANTE

Para que seja invocado o critério material previsto na al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP, como fundamento para o recurso ao ajuste direto, necessário se torna ainda que as circunstâncias invocadas para fundamentar a urgência não possam, de forma alguma, ser imputadas à entidade adjudicante, querendo isto dizer, tal como ensinam Mário Esteves de Oliveira e Rodrigues Esteves de Oliveira⁶, *“não podendo a urgência imperiosa ser atribuída à (falta de diligência da) entidade adjudicante, não apenas pelo que respeita à imprevisibilidade dos acontecimentos determinantes da urgência, mas também a facto seu, à própria concorrência dos mesmos”*.

d) A MEDIDA DO ESTRITAMENTE NECESSÁRIO

Temos ainda que o recurso ao ajuste direto com fundamento na al. c) do n.º 1 do art.º 24.º só é permitido *“na medida do estritamente necessário”*. Tal significa, na senda de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigues Esteves de Oliveira⁷, que *“o contrato, no seu objeto (prestações principais e acessórias) e duração, deve orientar-se por um rigoroso princípio de proporcionalidade. Só na efetiva medida reclamada por acontecimentos imprevisíveis, e com vista à satisfação imediata do interesse da entidade adjudicante, é que pode celebrar-se o contrato, e, se for o caso, um contrato com a duração adequada que permita à entidade adjudicante preparar um procedimento concorrencial para a contratação das mesmas prestações e adjudicar aí um contrato em condições normais, que tanto pode ser com o cocontratante do ajuste direto como com qualquer outro concorrente”*.

e) A IMPOSSIBILIDADE DE INCUMPRIMENTO DOS PRAZOS DOS DEMAIS PROCEDIMENTOS

Aqui se exige que a urgência imperiosa seja tal que impossibilite o cumprimento dos prazos inerentes aos demais procedimentos, nomeadamente os do concurso público (visto ser este, em princípio um procedimento mais célere do que o concurso limitado, o procedimento por negociação ou o diálogo concorrencial).

⁶ *In op cit*, Almedina, 2011, pág. 756.

⁷ *N op cit*, pág. 755.

III. APRECIÇÃO

O quadro factual onde se insere a presente contratação, bem como a argumentação expendida em sede de prestação de esclarecimentos, parecem não permitir a subsunção da situação na invocada norma da al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP. Senão, vejamos.

A necessidade de contração do empréstimo que agora se pretende refinar encontra a sua raiz histórica no Programa de Ajustamento Económico e Financeiro da Região Autónoma da Madeira, assinado em 27 de janeiro de 2012. Programa esse surgido de um quadro negocial atípico e que, concede-se, impôs à Região Autónoma da Madeira a necessidade de contração de um empréstimo que, com o tempo, se mostraram onerosos e desfasados da realidade de mercado subjacente.

Não nos esqueçamos, porém, que tal Programa teve o seu *terminus* em 31 de dezembro de 2015. Passando, a partir desse momento, a Região a ter a possibilidade de, nas condições acordadas com o Estado, renegociar as taxas de juro então contratados. É nessa linha que se insere a Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 1/2017/M, aprovada em sessão plenária de 6 de dezembro de 2016 e publicada no Diário da República, I Série, n.º 8, de 11 de janeiro de 2017, através da qual se resolveu *“solicitar ao Estado Português a aplicação da taxa de juro de 2% ao Empréstimo do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro da Região Autónoma da Madeira e a correspondente eliminação do spread de 0,15%.”*

Todavia, apenas em 16 de agosto de 2018, mediante a já referida Resolução n.º 512/2018, entendeu o Conselho do Governo Regional optar pela solução que ora sujeita a visto que visa a apresentação de soluções de refinanciamento mais vantajosas do que as vigentes.

Notar neste conspecto que esse desiderato, especificamente no que tange ao lote 1,) acabou por ser atingido pela via legal, com a publicação, em 31 de dezembro de 2018, da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2019, cujo art.º 79.º, epigrafado de *“Encargos com juros no âmbito do empréstimo do Programa de Assistência Económica e Financeira à Região Autónoma da Madeira”* dispõe, no seu n.º 3, que *“(…) ao empréstimo concedido à Região Autónoma da Madeira passa a aplicar -se a taxa de juro correspondente ao custo do acumulado (stock) da dívida direta do Estado no último dia do ano anterior ao do vencimento dos juros, calculado anualmente pela Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública (...).”*

À parte da exequibilidade da solução contratado pela Região, o facto é que é incontornável que nos últimos anos a realidade económica e financeira europeia e mundial se tem movido num quadro de baixas taxas de juro, o que bastaria para afastar a verificação da, legalmente exigida, urgência imperiosa, tal como definida na antecedente al. a), o facto de ser a própria Resolução n.º 512/2018, do Conselho do Governo Regional a afirmar, no seu 7.º considerando, que é *“crescente o consenso por parte dos analistas e casas de investimento internacionais quanto ao mercado financeiro poder estar a entrar em «final de ciclo» e a expectativa de aumento gradual mas relevante das taxas de juro a curto/médio prazo (...)”*, o que fará deslocar a questão para o momento final do dito ciclo, fazendo crer que se desaproveitou uma parte importante do tal ciclo benéfico.

E mesmo que tal *“janela de oportunidade”* só pudesse ser encontrada entre o 2.º semestre de 2018 e o 1.º semestre de 2019, conforme alegado em sede de esclarecimentos, não se descortina que o período de um ano não fosse compatível com o desenvolvimento de um procedimento mais solene, transparente e concorrencial, como, e por paradigma, o concurso público.

No que tange ao preenchimento do requisito “*acontecimentos imprevisíveis*”, temos que todo o alegado nos conduz à conclusão de que aquilo que determinou a opção da entidade adjudicante foi um acontecimento previsível – a subida das taxas de juro no futuro – ignorando-se apenas o concreto momento da sua verificação. Foi, pois, o comportamento previsível dos mercados financeiros que determinou a atuação da entidade pública.

Relativamente à necessária não imputação das circunstâncias determinantes da urgência à entidade adjudicante, no caso, quase se poderá dizer que cabe imputar à entidade adjudicante, e apenas a ela, a escolha do momento de início do procedimento, fazendo-o coincidir (estranhamente) com o tal “*final de ciclo*”, sem que se perceba por que não o iniciou em momento anterior.

E, afastados que estão a urgência imperiosa e a imprevisibilidade dos acontecimentos, julga-se desnecessário abordar a questão da perspectiva da “*medida do estritamente necessário*”.

Quanto à impossibilidade de cumprimento dos prazos de desenvolvimento dos demais procedimentos adjudicatórios, parece-nos ter já ficado cabalmente demonstrado que não se descortina razão para que tal tivesse constituído um óbice.

Perante tais factos, parece precluir a verificação das exigências legais de que se estava perante uma situação subsumível no art.º 24.º, n.º 1, al. c), do CCP.

Ainda que marginalmente, cumpre chamar a atenção para o facto de ter sido, por força da Resolução n.º 915/2018, do Conselho do Governo Regional, de 15 de novembro, determinada a caducidade da adjudicação do lote 2 do contrato da aquisição de serviços especializados de assessoria financeira (*roadshow* técnico-financeiro) tendentes ao eventual refinanciamento parcial da dívida pública financeira da Região Autónoma da Madeira (lote esse composto pela “*carteira de maior dimensão e significativamente maior número de contratos envolvidos*”), ao abrigo da al. a) do n.º 1 do art.º 86.º do CCP, não podendo ser acionado o mecanismo previsto no n.º 4 do mesmo art.º 86.º.

Ou seja, a adjudicação caducou porquanto, por facto imputável ao adjudicatário, este não apresentou os documentos de habilitação no prazo fixado no programa do procedimento, ficando a Região impedida de adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente na medida em que não existia nenhuma. O que, hipoteticamente, poderia ter sido superado caso a Administração Regional tivesse optado por um procedimento adjudicatório mais garantístico da concorrência onde, potencialmente, tivesse recebido mais propostas aptas a satisfazer o interesse público, mesmo que posicionadas em lugares subsequentes, e que permitissem que operasse o referido n.º 4 do art.º 86.º do CCP.

IV. CONCLUSÃO

Do que antecede se conclui que não se encontram verificados os requisitos fundamentais que permitem invocar o disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 24.º do CCP, pelo que esta disposição legal foi violada, a par do art.º 20.º, n.º 1, al a), do mesmo diploma.

Com efeito, ao invés de lançar mão de um procedimento de natureza concursal, conforme obrigava o preço do contrato – fixado no montante máximo de 8 712 500,00€ (s/IVA) – em concreto, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação, por força do invocado art.º 20.º, n.º 1, al. a), do CCP, o Governo Regional adotou o ajuste direto com base em fundamentos materiais que

não ocorreram, o que configura a nulidade prevista no art.º 161.º, n.º 2, al. l), do Código do Procedimento Administrativo⁸, que comina com essa sanção precisamente “[o]s atos praticados, salvo em estado de necessidade, com preterição total do procedimento legalmente exigido”.

E tal nulidade constitui fundamento de recusa de visto ao contrato em apreço, nos termos consignados na al. a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)⁹.

Mais, a preterição de procedimentos contratuais legalmente devidos, traduzida na adoção ilegal de procedimentos menos solenes, no caso o convite a apresentar proposta dirigido a um número limitado de empresas selecionadas pela entidade adjudicante, consubstancia, ainda, uma prática suscetível de ter alterado, pelo menos em abstrato, o resultado financeiro do contrato, a configurar-se a hipótese de não terem ido a “jogo” outros potenciais interessados em contratar com propostas com condições mais vantajosas para a Região, com melhor proteção dos interesses financeiros públicos, o que, a coberto da al. c) do n.º 3 do supracitado art.º 44.º, constitui, igualmente, fundamento de recusa de visto.

IV – DECISÃO

Pelo exposto, este Tribunal decide, com os pareceres favoráveis do Digníssimo Magistrado do Ministério Público e dos excelentíssimos Assessores, **recusar o visto** ao contrato *sub judice*.

Na medida em que a ilegalidade detetada do âmbito da apreciação deste processo de fiscalização prévia é passível de configurar um ilícito financeiro enquadrável na previsão normativa da al. l) do n.º 1, sancionada com multa nas condições previstas nos n.ºs 2 a 9, todos do art.º 65.º da LOPTC, decide-se ainda mandar prosseguir o processo para efeitos de apuramento de eventuais responsabilidades financeiras.

Prazo para a interposição do recurso: 15 dias contados da notificação da presente decisão, nos termos do n.º 1 do art.º 97.º, conjugado com o art.º 109.º, ambos da LOPTC.

São devidos emolumentos, no montante de 20,60€.

Notifique-se a Vice-Presidência do Governo Regional, e divulgue-se no sítio do Tribunal de Contas na *Internet* e na *Intranet*.

Secção Regional da Madeira do Tribunal de Contas, 13 de fevereiro de 2019.

A JUÍZA CONSELHEIRA

(Esteve presente na sessão por videoconferência

Laura Tavares da Silva)

⁸ Aprovado pelo DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

⁹ Aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, alterada e republicada pela Lei n.º 20/2015, de 9 de março, alterada pela Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro.

A ASSESSORA,

(Ana Mafalda Nobre dos Reis Morbey Affonso)

O ASSESSOR,

(Alberto Miguel Faria Pestana)

Fui presente,
O Procurador-Geral Adjunto,

(Francisco José Pinto dos Santos)