

UMA APRECIACÃO GERAL DO REGIME JURÍDICO GERAL APLICÁVEL ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

João Canto e Castro

I) INTRODUÇÃO

Neste artigo é feita uma análise geral¹ ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (criou regras gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas)², com o objectivo de evidenciar as principais alterações que lhe foram introduzidas quer pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho (doravante DL 141/2006), quer pelo Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, na redacção que foi dada pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e

¹ Contudo, para facilidade de leitura, anexa-se ao presente artigo uma versão actualizada do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, dando nota das alterações e adições introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, sem levar em linha de conta o Código dos Contratos Públicos por razões que evidenciarei ao longo do presente artigo. Anexa-se igualmente o próprio Decreto-Lei n.º 141/2006, incluindo a exposição de motivos.

² Sobre as razões, políticas (de acção governativa) e jurídicas, que estiveram na base da elaboração do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, e, igualmente, para uma análise do regime jurídico nele previsto, ver o meu artigo “*DL 86/2003: uma perspectiva jurídico-política sobre o regime geral das parcerias público-privadas*”, Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 5, págs. 106-171, e bibliografia aí referida. Ver ainda PEDRO GONÇALVES, “*Entidades privadas com Poderes Públicos*”, Almedina, 2005 págs. 327-330; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*Parcerias Público-Privadas: a experiência portuguesa*”, Direito e Justiça – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Edição da Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, págs. 175-190, e NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “*As parcerias público-privadas*”, Almedina 2009, págs. 147-197.

alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro (doravante Código dos Contratos Públicos ou CCP). Neste artigo não se analisarão pois todas as alterações introduzidas pelo legislador com a revisão operada pelo DL 141/2006, e pelo CCP.

É feita, igualmente, uma abordagem ao modo como o Código dos Contratos Públicos regulou as parcerias público-privadas.

Assim, ao contrário de doutrina importante que já se pronunciou sobre o tema, na minha perspectiva o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo DL 141/2006 (doravante RJPPP), não foi revogado pelo Código dos Contratos Públicos³.

A questão coloca-se porque apesar de o RJPPP não ter sido revogado expressamente pelo artigo 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 18 de Janeiro, na redacção actualmente em vigor, o facto é que o n.º 2 do mesmo artigo prevê expressamente que “É igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ela incompatível”.

Quer dizer: face à amplitude daquela norma sustenta-se que, consoante o Código dos Contratos Públicos diversas normas ou, dizendo melhor, um regime aplicável às parcerias público-privadas, então o RJPPP só pode ter sido revogado. Não creio que assim seja. Vejamos porquê.

Em primeiro lugar, julgo que se o legislador tivesse querido efectivamente revogar o RJPPP tê-lo-ia feito expressamente como fez relativamente a outros diplomas. Aliás, é de realçar que no citado artigo 14.º, n.º 1, o legislador revoga expressamente diversas normas do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, ou seja, o diploma que regula as parcerias público-privadas lançadas e contratadas no domínio da Saúde, deixando incólume o regime geral⁴.

³ É o caso de PEDRO SIZA VIEIRA. Cfr. “*O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas*”, “*Estudos de Contratação Pública I*”, Coimbra Editora 2008; págs 481-517, em especial págs. 511-517; Advogando a vigência do RJPPP, cfr., JORGE ANDRADE DA SILVA, “*Código dos Contratos Públicos, comentado e anotado*”, Almedina 2008, pág. 156, FERNANDA MAÇAS, “*A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos*”, “*Estudos de...*”, pág. 412, e NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “*As parcerias...*”, págs. 147-150

⁴ Convém ter presente que o RJPPP prevê a existência de regimes sectoriais especiais, ainda que o disposto naquele RJPPP prevaleça (cfr. artigo 3.º, n.ºs 1 e 2), ou seja, este último diploma é o “regime quadro”. Efectivamente, não obstante a alteração introduzida pelo DL 141/2006 no artigo 3.º, n.º 2, eliminando a referência a “não colidindo com as disposições do presente diploma”, facto é que permanece a referência a “Sem

Em segundo lugar, no artigo 37.º do CCP (cuja epígrafe é a seguinte: “Decisão de contratar nas parcerias públicas-privadas”) do CCP o legislador remete para contratos que configurem, “nos termos de legislação própria, uma parceria pública-privada”. Esta menção a “legislação própria”, a par da não revogação expressa do RJPPP, indicia a não revogação deste diploma^{5 6}.

Em terceiro lugar, julgo que seria anómalo o CCP prever diversas normas aplicáveis às parcerias público-privadas e, considerando-se revogado o RJPPP, o legislador não ter tido o cuidado de prever uma definição de parceria público-privada para efeitos de aplicação do CCP. Admitir o contrário seria considerar que o CCP relegou a aplicação de uma parte muito relevante - do ponto de vista jurídico, económico,

prejuízo do disposto no número anterior”, e o número 1 dispõe que “O disposto no presente diploma prevalece sobre quaisquer outras normas, relativas a parcerias público-privadas”. Assim sendo, parece manifesto que o objectivo do legislador saiu defraudado neste ponto já que como estatui o artigo 9.º, n.º 2 do Código Civil, não “pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”, ou seja, ainda que pareça que a intenção do legislador era permitir a edição de legislação específica que contrariasse ou pudesse colidir com o RJPPP, o texto do artigo 3.º, n.º 2 não o permite sob pena de violação da citada disposição do Código Civil.

⁵ PEDRO SIZA VIEIRA tem sobre o significado desta menção uma interpretação diferente, considerando antes que o legislador do CCP quis aqui salvaguardar a edição de legislação nova e própria sobre parcerias público-privadas. Cfr. “*O Código dos...*”, págs. 511-517. Na minha leitura, a referência a “legislação própria” visa apenas salvaguardar a “actualidade” do CCP, evitando que uma eventual revogação do RJPPP por um novo diploma pudesse tornar desactualizada a referência expressa ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril. É, contudo, evidente que nada impede o legislador de considerar que a experiência da aplicação do CCP venha a demonstrar a necessidade de substituir o RJPPP por nova “legislação própria”.

⁶ Esta remissão do legislador para a definição constante do artigo 2.º, n.º 1 do RJPPP é curiosa porque constitui um exemplo de como um conceito aparentemente normativo, isto é, pensado apenas para efeitos de aplicação do diploma em que está previsto, vê o seu campo de aplicação alargado. Sobre outro exemplo de extensão daquele mesmo conceito, ver PEDRO GONÇALVES, “*Regime Jurídico das Empresas Municipais*”, Almeida, 2007., págs. 236-239

social - do seu regime para diploma posterior^{7 8}, facto tanto mais estranho quando o CCP tem um verdadeiro propósito unificador da legislação aplicável, quer quanto à fase de formação dos contratos, quer quanto à fase de execução dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. De resto, não vejo como este entendimento é compatível com os princípios e regras de interpretação previstos no artigo 9.º do Código Civil, não me parecendo que o legislador tenha dado qualquer indício sério de que o RJPPP tenha sido revogado, antes pelo contrário^{9 10}.

⁷ PEDRO SIZA VIEIRA considera mesmo, de modo crítico, que o CCP deixou uma parte importante de aplicação do seu regime – as regras relativas às parcerias público-privadas – dependente da edição de legislação posterior e “avulsa”. Cfr. “*O Código dos...*”, pág. 512.

⁸ É verdade que o CCP relegou parte importante da sua aplicação para diplomas posteriores. Mas todos eles estavam criados e publicados na dada de entrada em vigor do CCP.

⁹ Note-se que quando foi publicado o DL 141/2006, já tinha sido criado o grupo de trabalho encarregue de elaborar o Código dos Contratos Públicos (cfr. Despacho Conjunto n.º 179/2006, de 27 de Janeiro), pelo que faria pouco sentido ter revisto o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, se a intenção era revogá-lo com o CCP. Acresce que num anteprojecto do CCP o legislador chegou mesmo a incluir uma definição de parceria público-privada, razão pela qual a sua não inclusão no texto final, a par da remissão para legislação própria, indicia que o legislador quis efectivamente salvaguardar certos aspectos da regulação contida no RJPPP, designadamente a sua definição. Cfr., sobre este aspecto em concreto JORGE ANDRADE DA SILVA, obra citada, pág. 156.

¹⁰ Na minha perspectiva, a posição de PEDRO SIZA VIEIRA parte de um pressuposto errado. Efectivamente, para sustentar a sua posição, o citado autor sustenta que “*o Código trata das matérias reguladas pelo Decreto-Lei n.º 86/2003 – quer no que respeita à fase de lançamento da PPP, quer no que respeita à respectiva execução, incluído as matérias do seu acompanhamento e fiscalização*” (cfr. “*O Código dos...*”, pág. 513), pelo que face ao disposto no artigo 14.º, n.º 2 do diploma preambular só se poderia concluir pela revogação do RJPPP. Sucede que, mesmo na linha de raciocínio adoptada por aquele autor, o argumento falece porque existe um campo em que o RJPPP e o CCP não coincidem: é que o CCP regula a fase pré-contratual – mas não regula a fase imediatamente anterior, a fase de preparação das parcerias público-privadas a lançar pelos parceiros públicos. Por exemplo, não regula as matérias previstas no artigo 6.º do RJPPP. Acresce que, como defenderei no texto, o RJPPP continua, em larga medida, a ser o diploma aplicável às parcerias público-privadas desenvolvidas pelas empresas públicas, ainda que com diferenças de regime, consoante estejamos perante entidades públicas empresariais e empresas públicas sob a forma societária. Enfim, como refere NAZARÉ DA COSTA CABRAL, a “*vocação dos dois diplomas é diferente*”, e “*a finalidade e marca genética dos dois regimes é diversa*”. Cfr. “*As parcerias...*”, págs. 148-149.

Em quarto lugar, convém ter presente que o legislador tem dado exemplos de que o artigo 14.º, n.º 2 deve ser interpretado de forma restritiva. De facto, e para dar um exemplo, o CCP criou um regime geral aplicável aos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, a par de regimes especiais aplicáveis a tipos de contratos administrativos. Um desses tipos foi a concessão de serviços públicos, como resulta dos artigos 407.º, n.º 2 a 425.º e 429.º a 430.º.

Ora, o Decreto-Lei n.º 5/2008, de 8 de Janeiro, veio criar o regime jurídico de utilização dos bens de domínio público marítimo para a criação de energia eléctrica a partir da energia das ondas. O artigo 5.º qualifica a contratualização da denominada “zona piloto” como uma concessão de serviço público. Finalmente, o Decreto-Lei n.º 238/2008, de 15 de Dezembro, aprovou as bases da concessão de serviço público.

Assim sendo, dir-se-ia - de acordo com a mesma linha de interpretação que sustenta a revogação do RJPPP - que por aplicação do citado artigo 14.º, n.º 2 aquele Decreto-Lei n.º 5/2008 tinha sido igualmente revogado. Sucede que, como vimos, não só o diploma não foi expressamente revogado como foi objecto de “regulamentação” já depois da entrada em vigor do CCP¹¹.

Este exemplo sugere que o artigo 14.º, n.º 2 não parece poder ser interpretado à letra, devendo antes a sua aplicação ser vista caso a caso para averiguar em que medida um determinado regime jurídico ou norma em concreto foi efectivamente revogada¹².

Uma nota preliminar final para referir que na análise das alterações introduzidas pelos dois diplomas citados não se pode ignorar que enquanto o DL 141/2006 foi pensado, criado e publicado com o objectivo concreto de alterar o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, o Código dos Contratos Públicos visou, fundamentalmente, como é sabido, transpor para o nosso ordenamento jurídico as novas Directivas Comunitárias da Contratação Pública, a saber a Directiva n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alteradas pela Directiva n.º 2004/51/CE, da Comissão, de 7 de

¹¹ Julgo que o Decreto-Lei n.º 238/2008, de 15 de Dezembro derroga, ainda que parcialmente, o artigo 14.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, na redacção actualmente em vigor.

¹² Esta conclusão não é inválida, naturalmente, que se deva registar que o artigo 14.º, n.º 2 é hoje gerador de incerteza e insegurança jurídica, sendo difícil de compreender a sua previsão face ao disposto no artigo 14.º, n.º 1.

Setembro, e rectificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão de 16 de Novembro¹³.

¹³ Como também é do conhecimento geral, o legislador português não se limitou a transpor para a ordem jurídica interna as citadas Directivas Comunitárias. Aproveitou para criar um regime jurídico aplicável a todos os contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, revogando assim os artigos 178.º a 189.º do Código do Procedimento Administrativo. Sobre o Código dos Contratos Públicos, ver “*Estudos de Contratação Pública I*”, Coimbra Editora 2008; VIEIRA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS – “*Código dos Contratos Públicos e legislação complementar – Guias de leitura e aplicação*”, Almedina 2008; JORGE ANDRADE DA SILVA “*Código dos Contratos Públicos, comentado e anotado*”, Almedina 2008; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “*Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral, Tomo III*”, Dom Quixote, 2008; GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, “*Código dos Contratos Públicos – âmbito da sua aplicação*”, Almedina 2008; Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64 (número exclusivamente dedicado a um anteprojecto do CCP); JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES, “*Código dos Contratos Públicos – regime de erros e omissões*”; Almedina 2009; ISABEL CELESTE M. FONSECA, “*Direito da contratação pública – uma introdução em dez aulas*”, Almedina 2009; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*Contratos Administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*”, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 66, págs. 3-16; RUI MEDEIROS, “*Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 68, págs. 3-29; PEDRO VAZ MENDES “*A excepção de não cumprimento nos contratos públicos*”, O Direito, ano 140.º, 2008 (I), págs. 109-207; MARCO CALDEIRA, “*Adjudicação e exigibilidade judicial da celebração do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*”, O Direito, ano 140.º, 2008 (IV); JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “*A propósito do novo regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*”, Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, págs. 339-363; ALEXANDRA PESSANHA, GUILHERME WALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, NUNO CUNHA RODRIGUES, “*As implicações público-financeiras e concorrenciais do novo Código dos Contratos Públicos: análise preliminar*”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 1, n.º 3.º, Almedina 2008, págs. 152-178, e ESPERANÇA MEALHA, “*A responsabilidade na adjudicação dos contratos públicos*”, Revista Julgar, n.º 5, Coimbra Editora, 2008.

II) O DECRETO-LEI N.º 141/2006, DE 27 DE JULHO¹⁴

a) OPORTUNIDADE E JUSTIFICAÇÃO

Para se perceber as razões que determinaram a primeira revisão do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, nada como começar pelas justificações do próprio legislador, ou seja, nada como olharmos para o preâmbulo ou exposição de motivos do DL 141/2006. Efectivamente, neste preâmbulo podemos ler que “decorridos três anos desde que aquele decreto-lei entrou em vigor, verifica-se, todavia, que a experiência aconselha a que se proceda à sua revisão, corrigindo deficiências ou fragilidades do regime originário e introduzindo um conjunto de inovações que permitam reforçar a coesão e articulação entre os ministérios co-envolvidos, bem como um aperfeiçoamento de várias das suas disposições no sentido do incremento do controlo financeiro no lançamento de novas parcerias, nas alterações a contratos de parcerias já celebrados ou em outras situações susceptíveis de gerarem um aumento de encargos para o parceiro público ou para o Estado”. Prosseguindo, o legislador refere ainda que, “as entidades com competências nesta matéria têm, aliás, repetidamente alertado para situações de acréscimo de onerosidade para o Estado, relativamente às expectativas iniciais ou mesmo aos termos efectivamente contratados, em que não se verifica uma efectiva transferência de risco para os parceiros privados ou em que, pelo menos, o parceiro público assume compromissos ou assegura taxas de rendibilidade dos capitais privados sem correspondência no perfil de risco efectivo do projecto”.

Adverte ainda o legislador que “situações deste tipo, bem como a ausência de mecanismos de partilha de benefícios financeiros a favor do Estado, a não consideração no caso base de receitas acessórias provenientes da parceria, que passam a constituir receitas ocultas do parceiro privado, a excessiva frequência com que se tem recorrido à consultoria externa – nem sempre com a necessária transparência ou o desejável valor acrescentado para o Estado — ou a inadequação ou a baixa pressão concorrencial verificada em procedimentos concursais recentes, não se compadecem, porém, com os indispensáveis rigor e exigência na gestão

¹⁴ Sem por em causa a apreciação geral do RJPPP que me propus fazer neste artigo, sempre que o julgar pertinente “farei a ponte” com o regime previsto no CCP, dada a influência marcante e directa do RJPPP sobre algumas das soluções “desenhadas” no Código dos Contratos Públicos.

dos recursos públicos, justificando esta intervenção legislativa do Governo e as soluções agora adoptadas naqueles domínios, que em parte vinham já obtendo acolhimento na prática contratual mais recente”.

Mas, afirma o legislador “esta intervenção legislativa não é levada a cabo, porém, apenas no interesse exclusivo do Estado ou naquilo que seria uma errada perspectiva unilateralista das parcerias público-privadas, tendo-se aproveitado o ensejo para corrigir ou completar alguns aspectos pontuais, designadamente, no que se refere ao direito do particular a indemnização em resultado de alterações unilaterais pelo parceiro público, no sentido de assegurar direitos e interesses legítimos, até constitucionalmente fundados dos parceiros privados”.

Nestes termos, o que se percebe desta exposição de motivos é que o Governo terá avaliado a aplicação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril e concluído “que a experiência aconselha a que se proceda à sua revisão”. A respeito desta avaliação importa dizer que o Governo nunca a tornou pública, ou seja, nunca foi dado a conhecer pelo Governo qualquer documento que contivesse a avaliação da aplicação do regime jurídico criado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril. Mas daquela exposição de motivos podemos pelo menos perceber que algumas das soluções consagradas pelo DL 141/2006 resultam da “prática contratual mais recente” e de “alertas” feitos por “entidades com competências nestas matérias”.

A respeito de “alertas” feitos por “entidades com competências nestas matérias” não se pode deixar de referir a aparente ligação próxima entre algumas das soluções consagradas pelo DL 141/2006 e as auditorias levadas a cabo pelo Tribunal de Contas aos encargos financeiros do Estado decorrentes de parcerias público-privadas. Efectivamente, é o próprio Tribunal de Contas quem vem afirmar que “*todas as recomendações do Relatório n.º 33/05-2.ª Secção, foram objecto de acolhimento, pelo menos a nível legal*” (destaque meu), isto é, ao nível do referido Decreto-Lei 141/2006, de 27 de Julho^{15 16}.

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos, cfr. “*Auditoria aos Encargos do Estado com Parcerias Público-Privadas, Concessões Rodoviárias e Ferroviárias, Relatório de Auditoria n.º 04/2007, 2.ª Secção*”, págs. 18 e seguintes.

¹⁶ O Tribunal de Contas tem vindo, pelo menos desde 2003, a pronunciar-se sobre os encargos financeiros do Estado com parcerias público-privadas, abordando, desde a publicação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, o respectivo enquadramento legal. Com interesse para a matéria das parcerias público-privadas podem ser vistos,

Analisando as alterações introduzidas pelo DL 141/2006, julgo que vale ainda a pena elencar e sistematizar os objectivos definidos pelo Governo com a revisão levada a cabo. Para este efeito, vejamos o que a este propósito consta do comunicado de imprensa do gabinete do Ministro de Estado e das Finanças¹⁷ emitido a respeito da aprovação em Conselho de Ministros do “*Decreto-lei que visa alterar o regime jurídico aplicável às parcerias público-privadas, tendo como objectivo assegurar o rigor e a exacta ponderação dos custos e benefícios das opções tomadas, bem como a respectiva articulação com as normas de enquadramento orçamental*”.

Neste comunicado de imprensa, é nos dito que “*são as seguintes as principais linhas de orientação na revisão deste diploma e as alterações introduzidas que as concretizam*”:

1. Aprofundar a articulação técnica e política entre Ministérios com competências nas parcerias público-privadas ao longo das diversas fases (destaque meu):

a. A intervenção do MFAP e dos Ministérios sectoriais passa a fazer-se apenas a uma voz, sendo constituídas, nas diversas fases, co-

entre outros, os seguintes relatórios de auditoria: 14/2003 e 34/2005 sobre as SCUTS; 24/2002 e 31/2005 sobre o Contrato de Concessão Fertagus; e 33/2005 e 04/2007 sobre os encargos do Estado com as parcerias público-privadas nos domínios ferroviário e rodoviário. Finalmente, contendo já uma brevíssima reflexão crítica a algumas das alterações introduzidas pelo DL 141/2006, pode ser lido o relatório de auditoria n.º 10/2008 (Auditoria à Gestão das Parcerias Público-Privadas, Concessões Rodoviárias), pág. 65. Sobre estas auditorias ver NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “*As parcerias...*”, págs. 200-215. Na revista do Tribunal de Contas foram também publicados diversos estudos sobre parcerias público-privadas, com destaque para os seguintes dois estudos: “*Estudo n.º 13/2002-DCP (parcerias em saúde)*” (n.º 38 da Revista do Tribunal de Contas) e “*Estudo do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, regime jurídico procedimental das parcerias público-privadas*” (n.º 40 da Revista do Tribunal de Contas). O Tribunal de Contas também disponibilizou recentemente um documento intitulado “*Linhas de Orientação (guidelines) e Procedimentos para Auditorias Externas a PPP*”. A versão integral dos referidos relatórios e do citado documento está disponível em www.tribunaldecontas.pt.

A respeito daquelas linhas de orientação, ver NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “*Tribunal de Contas, linhas de orientação (guidelines) e procedimentos para o desenvolvimento de auditorias externas a PPP – 2008*”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano I, n.º 3.º, Almedina 2008.

¹⁷ Este comunicado está disponível em <http://www.min-financas.pt/comunicados>.

missões cujos membros são designados mediante despacho conjunto de ambos os ministros e emitem um relatório comum;

b. Põe-se termo, designadamente, (i) à emissão de dois pareceres independentes por parte dos representantes dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial na fase de preparação da parceria, bem como (ii) à emissão pelo Ministro das Finanças de parecer vinculativo sobre as alterações das parcerias, parecer que incidia sobre propostas de alteração em cujos processos de formação o MFAP não se encontrava representado, passando a ser designada uma comissão de negociação;

c. É cometido a ambos os Ministros (Ministro de Estado e das Finanças e da tutela sectorial) o exercício conjunto dos poderes do Estado relativos às parcerias público-privadas, também ao nível de tomada de decisões sobre a preparação, lançamento ou alteração das parcerias.

2. Aumentar a exigência de rigor, transparência e controlo financeiro na preparação e desenvolvimento das parcerias público-privadas (destaque meu):

a. Passa a exigir-se a identificação expressa da entidade pública que tem a responsabilidade de suportar os encargos decorrentes de pagamentos a realizar ao parceiro privado, quando se preveja que os mesmos venham a ter lugar, bem como a identificação da origem dos respectivos fundos;

b. Passa a exigir-se também a emissão de declaração de impacte ambiental quando a mesma deva ser obtida ao abrigo da legislação aplicável, previamente ao lançamento da parceria, evitando ulteriores modificações à actividade contratual programada e os consequentes acréscimos de onerosidade para o parceiro público;

c. Institui-se a obrigatoriedade de se constituírem comissões de negociação quando estejam em causa alterações a contratos de parcerias público-privadas já celebrados ou quando haja lugar à reposição do equilíbrio financeiro dos mesmos;

d. Estabelecem-se os procedimentos a observar quando existam situações ou se pretendam tomar decisões susceptíveis de gerar o dever de reposição do equilíbrio financeiro;

e. Prevêem-se exigências de justificação da decisão de contratar consultores externos e sanciona-se as situações de conflitos de interesse, garantindo a independência da consultoria prestada ao parceiro público e a própria qualidade e rigor na preparação e lançamento das parcerias.

3. Clarificar o modelo de partilha do risco das parcerias público-privadas (destaque meu):

a. Reconhece-se o direito do parceiro privado à reposição do equilíbrio financeiro, ao mesmo tempo que se consagra o direito do parceiro público a partilhar; em determinadas circunstâncias, benefícios financeiros da parceria (ambos os aspectos a regular expressamente no título contratual ou nas peças do procedimento, evitando situações de incerteza jurídica);

b. Inclui-se norma expressa determinando a consideração, para efeitos de inclusão no caso base, de todas as receitas do parceiro privado obtidas em relação directa com a parceria, obviando a situações de receitas ocultas, cuja não inclusão nos casos-base gera ou potencia falsas situações de desequilíbrio financeiro;

c. Prevê-se um catálogo de medidas em que podem consistir a reposição do equilíbrio financeiro ou a partilha de benefícios a favor do parceiro público.

4. Aumentar a flexibilidade, eficiência e transparência na concepção e preparação das parcerias público-privadas (destaque meu):

a. A possibilidade de aprovação de regimes especiais para determinado sector; em função das suas particularidades, embora no quadro do regime geral aqui criado;

b. A possibilidade de os parceiros privados apresentarem propostas com variantes, assentes em pressupostos diferentes dos formulados pelo parceiro público, caso em que o risco correrá em exclusivo por conta do parceiro privado;

c. Clarificação da aplicação do regime às empresas públicas com forma societária anónima, caso em que o acompanhamento e controlo por parte dos ministros competentes são exercidos através da função accionista do Estado em assembleia geral”.

Descritos os objectivos do Governo, vejamos agora como os mesmos se concretizaram ao nível do DL 141/2006 propriamente dito.

b) PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

b) 1. ÂMBITOS DE APLICAÇÃO SUBJECTIVO E OBJECTIVO DO DIPLOMA.

A este respeito, o DL 141/2006 introduziu importantes alterações, nuns casos alargando o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 86/2003,

de 26 de Abril, noutros casos, restringindo, pelo menos aparentemente, a sua aplicação. Fitemos cada uma destas situações.

1. Na versão inicial, o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril determinava no artigo 2.º, n.º 2, alínea *c*) que para efeitos da sua aplicação consideravam-se parceiros públicos “As empresas públicas e as entidades por elas constituídas com vista à satisfação de interesses comuns”.

Assim, de acordo com a versão inicial, o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril aplicava-se às duas “modalidades” de empresas públicas previstas no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro¹⁸, a saber: as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto (cfr. n.º 1, alínea *a*)), ou do direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização (cfr. n.º 1, alínea *b*), e as entidades públicas empresariais cujo regime base consta dos artigos 23.º a 34.º do referido Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (cfr. n.º 2). Acresce que o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril aplicava-se, igualmente, às entidades constituídas pelas “empresas públicas” com vista à satisfação dos interesses comuns, ou seja, ao universo não despidendo das empresas participadas pelas “empresas públicas”.

Com o DL 141/2006 a redacção do n.º 2 alínea *c*) prevê apenas que são parceiros públicos as “entidades públicas empresariais”, isto é, deixa de fora do seu âmbito de aplicação as “sociedades constituídas nos termos da lei comercial” e, pelo menos directamente, as entidades constituídas pelas empresas públicas com vista à satisfação dos seus interesses comuns. Assim, em matéria de sector empresarial do Estado, o Decreto-Lei n.º 86/2003, passa apenas a aplicar-se directamente às parcerias público-privadas promovidas pelas entidades públicas empresariais.

No entanto, importa dizer que o DL 141/2006 aditou um novo n.º 6 ao artigo 2.º, nos termos do qual “As parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios

¹⁸ Este diploma foi entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

constantes do presente decreto-lei, designadamente os resultantes dos artigos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 14.º-C e 14.º-F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial exercidos através da função accionista do Estado”. Deste modo, a esta “modalidade” de empresas públicas (que corresponde às previstas no artigo 3.º, n.º 2 alínea *a*) do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro), não se aplicam as normas que integram o Decreto Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, mas sim as “exigências materiais e os princípios constantes” deste mesmo diploma mas “com as devidas adaptações”.

O que se deve entender por “exigências materiais e os princípios constantes” é então relevante para determinar o enquadramento legal aplicável à preparação, lançamento e contratação de parcerias público-privadas promovidas pelas “empresas públicas sob a forma societária”. A este respeito, importa começar por salientar que, como vimos, o legislador salvaguardou expressamente a aplicação das “exigências materiais e princípios constantes” dos artigos 4.º (fins das parcerias público-privadas), 5.º (regras a seguir na definição da repartição de responsabilidades), 6.º (pressupostos a observar no lançamento e contratação de parcerias público-privadas), 7.º (princípios a adoptar na definição da partilha de riscos), 14.º-C (procedimentos e regras a respeitar na reposição do equilíbrio financeiro dos “contratos”, na partilha dos acréscimos financeiros e no desenvolvimento de novas actividades, não previstas inicialmente nos documentos concursais e no respectivo contrato) e 14.º-F (regras a adoptar na contratação de consultores externos).

Como é patente pela referência legislativa às citadas normas, o que o legislador fez foi, coerentemente e ainda que de forma tácita, afastar a aplicação de todas as normas do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, que dizem única e exclusivamente respeito ao controlo exercido pelo Ministério das Finanças e pelo Ministério da tutela sectorial. Digo coerentemente porque se atentarmos bem na parte final do referido artigo 2.º, n.º 6, está previsto que “o respectivo acompanhamento e controlo pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial [serão] exercidos através da função accionista do Estado¹⁹, não sendo pois esse poder de

¹⁹ A respeito do exercício da função accionista do Estado nas “empresas públicas sob a forma societária”, e da relação do Estado com as empresas públicas em geral, importa ter presente a publicação recente dos seguintes diplomas legais: Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto, que altera o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro

controlo e fiscalização exercido no âmbito do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Nestes termos, não são aplicáveis ao lançamento e contratação de parcerias público-privadas por “empresas públicas sob a forma societária” as “exigências materiais e os princípios constantes” de todas as normas de natureza estritamente procedimental, ou seja, todas aquelas que prevêm as funções de autorização, aprovação, controlo e fiscalização do Ministério das Finanças e do Ministério da tutela sectorial. Ao invés, parece que serão aplicáveis as “exigências materiais e os princípios constantes” de todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é, todas aquelas que visam assegurar que o lançamento e contratação de qualquer parceria público-privada cumpre os fins previstos no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, a saber, “o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço” (cfr. artigo 4.º).

Resta, então determinar o que devemos, em concreto, entender por “exigências materiais e princípios constantes”. Na minha leitura, o que se pretendeu salvaguardar foi a aplicação da “ratio legis” subjacente a todas as normas de cariz estritamente substantivo, isto é, salvaguardar a protecção do(s) interesse(s) público(s) inerente(s) a essas normas. Note-se que tendo o legislador afastado expressamente a aplicação directa do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, às parcerias público-privadas lançadas pelas “empresas públicas sob a forma societária” tal significa que, respeitando os princípios gerais de interpretação da lei previstos no artigo 9.º do Código Civil, o resultado da aplicação das normas de cariz estritamente substantivo não pode ser semelhante ao da sua aplicação directa, salvo se a “ratio legis” que lhes está subjacente não puder ser cumprida de outra forma.

Em suma, julgo que às parcerias público-privadas lançadas por “empresas públicas sob a forma societária” se aplicam, com as devidas adaptações, as “exigências materiais e os princípios constantes” das seguintes

(regime jurídico do sector empresarial do Estado), Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2007, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 62, de 28 de Março de 2007 (aprova os princípios de bom governo das empresas do sector empresarial do Estado), Decreto-lei n.º 71/2007, de 27 de Março (aprova o novo estatuto do gestor público). A propósito desta revisão do enquadramento legal aplicável ao sector empresarial do Estado, é igualmente relevante mencionar a publicação do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto (aprova o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas).

normas: artigos 4.º a 7.º, o artigo 8.º na parte em que se refere à exigência do estudo estratégico (cfr. n.º 1) e na parte em que prescreve que “o estudo e preparação da parceria devem ter em consideração a conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em estudo” (cfr. n.º 2), o artigo 11.º, n.º 3, o artigo 14.º-C e o artigo 14.º-F, não sendo, portanto, aplicáveis os artigos 7.º-A a 14.º-B (com as excepções referidas), o artigo 14.º-D e o artigo 14.º-E^{20 21}.

²⁰ Tenha-se presente que para efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 6, deve entender-se por parceria público-privada tudo aquilo que couber na definição constante do artigo 2.º, n.º 1, norma que contém a definição de parceria público-privada para efeitos de aplicação do do Decreto-Lei n.º 86/2003.

Resta saber se as “exigências materiais e os princípios constantes” de algumas das normas do RJPPP se aplicam a todas as parcerias público-privadas promovidas por “empresas públicas sob a forma societária” ou apenas àquelas que envolvam, cumulativamente, um encargo acumulado actualizado igual ou superior a 10 milhões de euros e um investimento igual ou superior a 25 milhões de euros, isto é, em que medida o artigo 2.º, n.º 5, alínea *d*) do RJPPP (norma de exclusão de aplicação do diploma) serve como critério para delimitar o campo de aplicação das exigências materiais e dos princípios constantes de algumas das normas que integram o do Decreto-Lei n.º 86/2003 às parcerias público-privadas promovidas pelas “empresas públicas sob a forma societária”. A favor da aplicação daquela norma de exclusão, pode argumentar-se que se assim não fosse o enquadramento legal aplicável às parcerias público-privadas promovidas pelas “empresas públicas sob a forma societária” seria mais “exigente” (no sentido de que cobriria um leque mais largado de parcerias público-privadas) para estas do que as parcerias público-privadas lançadas pelos restantes parceiros públicos identificados no artigo 2.º, n.º 2, já que nos termos do artigo 2.º, n.º 5, alínea *d*) do citado diploma, excluem-se da sua aplicação “todas as parcerias público-privadas que envolvam, cumulativamente, um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros”. Para esta linha de argumentação, não faria sentido, por um lado, estar a excluir a aplicação directa do do Decreto-Lei n.º 86/2003, às parcerias público-privadas promovidas “por empresas públicas sob a forma societária” e, por outro lado, estar a sujeitar essas mesmas parcerias a um regime mais “exigente” do que as parcerias promovidas pelos restantes parceiros públicos, designadamente pelo Estado. A favor da sua não aplicação, pode contudo argumentar-se que tendo o legislador optado por controlar e fiscalizar as parcerias público-privadas promovidas pelas “empresas públicas sob a forma societária” por via da sua função accionista, cujo regime é menos exigente que o constante do do Decreto-Lei n.º 86/2003, quis contrabalançar essa presença menos marcada, menos forte, sujeitando *todas* as parcerias público-privadas promovidas pelas “empresas públicas sob a forma societária” às exigências materiais e princípios constantes de algumas das normas que integram o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

²¹ Na fórmula prevista no artigo 2.º, n.º 6, todo e qualquer que tenha interesse (e legiti-

A solução ou caminho de interpretação indicado não resolve uma situação relevante. De facto, numa primeira análise não se vislumbra que “exigências materiais e princípios constantes” se podem descortinar no artigo 6.º, n.º 5²² que permita sustentar a aplicação desta norma às parcerias público-privadas lançadas por “empresas públicas sob a forma societária”. Vejamos.

No artigo 6.º, n.º 5 não está em causa nenhuma “boa prática” a seguir no estudo, lançamento, contratação e execução de parcerias público-privadas, ao contrário de quase todas as restantes normas. O que o legislador pretendeu salvaguardar aqui foi a validade (temporal) alargada das declarações de impacte ambiental de modo a acomodar a (previsível) complexidade dos processos inerentes ao desenvolvimento de parcerias público-privadas.

Deste modo, a fórmula constante do artigo 2.º, n.º 6 - “exigências materiais e os princípios constantes” - não parece ser suficiente para sustentar a aplicação do artigo 6.º, n.º 5 às parcerias público-privadas lançadas por “empresas públicas sob a forma societária”. Contudo, a não aplicação desta norma às parcerias desenvolvidas pelas “empresas públicas sob a forma societária” conduz-nos, segundo creio e salvo melhor opinião, a um resultado absurdo já que o escopo da norma em causa foi proporcionar um “ambiente legal” mais propício para o desenvolvimento de parcerias público-privadas, não tendo o legislador feito – nem fazia sentido que o tivesse feito – qualquer distinção entre parcerias lançadas por “empresas públicas sob a forma societária” e parcerias lançadas pelos restantes parceiros públicos.

Tendo isto assente, suponho que não devemos perder de vista que tudo indica que o legislador quis sobretudo garantir foi que as “empre-

midade processual para o efeito) em invocar que uma parceria público-privada lançada por uma “empresa pública sob a forma societária” não respeitou as “exigências materiais e os princípios constantes” de algumas das normas que compõem o do Decreto-Lei n.º 86/2003 só poderá invocar a violação da referida norma e não qualquer outra que preveja as ditas “exigências materiais” ou os ditos “princípios”, já que, como vimos, nenhuma das outras normas se aplica directamente.

²² O mesmo já não se pode dizer no caso do artigo 6.º, n.º 6 já que aqui a directiva do legislador é muito clara: as “empresas públicas sob a forma societária” devem assegurar que no programa do procedimento fique expressamente previsto que nas propostas variantes que sejam apresentadas com base em pressupostos diferentes daqueles que serviram de base à declaração de impacte ambiental, os riscos de execução da proposta variante correm única e exclusivamente por conta do parceiro privado.

sas públicas sob a forma societária” não estariam sujeitas a um controlo tão apertado no desenvolvimento de parcerias público-privadas, controlo esse aliás incompatível com a ideia de que a criação de empresas públicas visa sobretudo dotar o Estado (em sentido amplo) de maior agilidade e capacidade de gestão, dotando-o dos atributos usualmente reconhecidos à gestão privada (é por este motivo que o legislador expressamente salvaguardou que o acompanhamento e controlo serão exercidos através da função accionista do Estado). Por outro lado, se interpretarmos a salvaguarda da aplicação das “exigências materiais e dos princípios constantes” tendo em conta os fins previstos no artigo 4.º (como defendi acima) e a partilha de riscos prevista no artigo 7.º, podemos chegar à conclusão que, pelo menos para o legislador, a extensão do prazo de validade das declarações de impacte ambiental é indispensável para o cumprimento efectivo daquelas duas normas.

Acresce, finalmente, que não podemos ignorar que este novo n.º 5 surge a par da disposição que veio prescrever expressamente que as declarações de impacte ambiental devem ser obtidas previamente ao lançamento das parcerias público-privadas (cfr. n.º 4). A “ratio legis” subjacente a esta disposição – eliminação do risco de execução subjacente à emissão/não emissão destas declarações (risco ambiental) – é plenamente aplicável aos projectos lançados por “empresas públicas sob a forma societária”, pelo que não faria qualquer sentido afastar a aplicação de uma norma que lhe está umbilicalmente ligada²³.

2. Um outro campo em que parece ter havido, pelo menos numa primeira leitura, uma redução do campo de aplicação subjectivo do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, prende-se com a alteração introduzida no artigo 2.º, n.º 5, alínea *d*). Efectivamente, na versão inicial, esta norma previa que o referido diploma não se aplicaria a “Todas as parcerias público-privadas que envolvam um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros ou um investimento inferior a 25 milhões de euros, excluindo-se destes montantes os provenientes de fundos comunitários”. Na nova redacção, prevê-se o seguinte: “Todas as parcerias público-privadas que envolvam, *cumulativamente*, um

²³ Recorde-se a previsão do n.º 5: “Nos casos a que se refere o número anterior, os prazos de caducidade previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, são alargados para três anos”. A redacção desta norma denuncia a ligação estreita referida no texto.

encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros, e um investimento inferior a 25 milhões de euros” (destaque meu).

Do confronto das duas versões, constatamos que, ao contrário do que uma primeira leitura poderia sugerir, o do Decreto-Lei n.º 86/2003 alargou efectivamente, neste ponto, o seu campo de aplicação objectivo. De facto, ao passo que na redacção anterior bastava que fosse preenchido um dos pressupostos para que, automaticamente, à parceria público-privada em causa não se aplicasse o citado diploma, na nova versão o mesmo diploma só não se aplica se os dois pressupostos forem preenchidos, isto é, na nova versão só se, simultaneamente, estivermos perante um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros é que o parceiro público está autorizado a não aplicar o regime previsto no do Decreto-Lei n.º 86/2003²⁴.

Acresce que, também ao contrário da redacção original, na nova versão a quantificação do “encargo acumulado actualizado” e do “investimento” terá de incluir os montantes “provenientes de fundos comunitários”, facto que aumenta significativamente a possibilidade de aplicação do diploma pois, como é óbvio, não representando os fundos comunitários nem “encargo acumulado actualizado”, nem “investimento”, a sua inclusão na dita quantificação significa que poderá haver parcerias público-privadas em que o “encargo acumulado actualizado” e o “investimento” possam não atingir os limiares definidos, mas com a adição dos fundos comunitários, pelo menos um desses limiares seja atingido, circunstância que, por si só, basta para que o do Decreto-Lei n.º 86/2003 se aplique²⁵.

²⁴ Em sentido contrário, PEDRO SIZA VIEIRA, JOSÉ LUÍS ÉSQUIVEL, RITA FERREIRA DOS SANTOS e DIOGO MACEDO GRAÇA, “*Alteração do regime legal português das parcerias público-privadas*”, para quem “*ainda no que diz respeito ao campo de aplicação subjectivo de aplicação, o DL 141/2006 protagonizou outra redução, ao excluir todas as parcerias público-privadas que envolvam, cumulativamente, um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros (quando anteriormente a regra era disjuntiva)*”. Esta nota sobre as alterações introduzidas pelo DL 141/2006 pode ser vista em www.linklaters.com (Portugal → Publicações → Projectos).

²⁵ O legislador não aproveitou a oportunidade para definir o que se deve entender por “encargo acumulado actualizado” e por “investimento”. Independentemente do que estes dois conceitos possam querer significar, parece seguro que na quantificação dos limiares previstos no artigo 5.º, n.º 2, alínea *d*), não se pode ter apenas em vista a sub-

3. Na sua versão inicial, o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril era composto, maioritariamente, por normas que disciplinavam a fase anterior ao próprio procedimento pré-contratual, isto é, por normas que o parceiro público tinha de cumprir ainda antes de iniciar o procedimento ao abrigo, fundamentalmente, do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e, no caso dos sectores especiais, do Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto, consoante o caso²⁶.

Com o DL 141/2006 o legislador veio mudar a “natureza” do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril. Efectivamente, a par da manutenção das normas aplicáveis ao período imediatamente antecedente à fase pré-contratual ou procedimento pré-contratual, o legislador veio acrescentar uma série de normas aplicáveis ao período de execução dos contratos em que se podem corporizar ou traduzir as parcerias público-privadas, nos termos do artigo 2.º, n.º 4²⁷, ampliando assim substancial-

venção que o parceiro público confira ou atribua em termos puramente monetários ou pecuniários. De facto, é preciso ter em linha de conta as prestações de facto ou quaisquer posições de vantagem atribuídas pelos parceiros públicos, ainda que as mesmas não tenham tradução monetária ou pecuniária. Por exemplo, em concessões de obra pública, a atribuição de um direito de superfície deve ser tido em conta para efeitos de cálculo do esforço financeiro do parceiro público.

A propósito daqueles conceitos ver o meu citado artigo, págs. 107-171, e bibliografia aí referida.

²⁶ Estes três diplomas, como é sabido, foram expressamente revogados com a aprovação do Código dos Contratos Públicos (cfr. artigo 14.º, n.º 1, alíneas *d*), *f*) e *h*) do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com a redacção que lhe foi dada pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março).

²⁷ Ao contrário do legislador Espanhol ou Francês, que configuraram a parceria público-privada como um tipo de contrato autónomo, o legislador português, desde a publicação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, mantém, e bem na minha perspectiva, a parceria público-privada como uma forma de associação entre um parceiro público e um parceiro privado, associação essa que pode revestir ou assumir a forma de vários contratos, designadamente e de forma emblemática, de concessão de obras públicas ou de serviços públicos. De resto, nem mesmo com a publicação do Código dos Contratos Públicos o legislador português alterou esta filosofia. Para uma análise do “modelo Espanhol”, ver entre outros, DAVID BLANQUER, “*La nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, págs. 117-129, Editora Tirant Lo Blanch. A descrição do modelo Francês pode ser vista em <http://www.ppp.minefi.gouv.fr/>. Para uma análise dos tipos contratuais previstos no artigo 2.º, n.º 4, cfr. PEDRO SIZA VIEIRA, “*Os tipos contratuais subjacentes às parcerias público-privadas em Portugal*”, págs. 128-151, “*Manual Prático das Parcerias Público-Privadas*”, NPF – Pesquisa e Formação Publicações, 2004, artigo

mente o campo de aplicação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Efectivamente, é esse o caso, de grande relevância teórica e prática, do artigo 14.º-C – que disciplina o procedimento e as condições em que: (i) o parceiro privado tem direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro do “contrato”²⁸; (ii) o parceiro público tem direito à partilha equitativa com o parceiro privado dos benefícios financeiros que decorram do “desenvolvimento da parceria” (cfr. n.º 2), e (iii) o parceiro privado pode “exercer actividades não previstas expressamente no contrato de parceria” (cfr. n.º 7).

Outros exemplos que demonstram a alteração substancial da “natureza” do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, são o artigo 14.º-D, que determina a obrigatoriedade de “despacho prévio de concordância dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial (...) [quando] a realização, redução ou alteração de obras não previstas ou programadas em contrato de parceria já celebrado ou qualquer outra decisão susceptível de, no âmbito da execução do respectivo contrato e das condições aí fixadas, gerar um acréscimo dos encargos previstos para o parceiro público ou para o Estado”, o artigo 14.º-E, que prevê a comunicação obrigatória ao Ministro das Finanças e da tutela

que se mantém plenamente actual dado que a norma em causa não foi alterada pelo DL 141/2006 nem pelo Código dos Contratos Públicos.

²⁸ Em rigor, não está propriamente em causa a reposição do equilíbrio económico-financeiro dos “contratos”, mas sim da realidade económico-financeira que lhes está subjacente. Quando ocorre um evento que constitui, à luz do contrato respectivo, um facto elegível para efeitos de reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, as partes não alteram o contrato. O que fazem é repor a “equação económico-financeira”, tal como fixada no respectivo *Caso Base*. A título de exemplo, na minuta do Contrato de Concessão da Grande Lisboa, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 171/2006 (publicada no Diário da República, I Série, n.º 249 de 29 de Dezembro), com a redacção que lhe foi introduzida pela Declaração de Rectificação n.º 4-A/2007 (publicada no Diário da República, I Série, n.º 6 de 9 de Janeiro), pode ler-se na cláusula 88.ª, n.º 1, que “A Concessionária terá direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão”, prescrevendo-se na cláusula 87.ª, n.º 1, que “o Caso Base representa a equação económico-financeira com base na qual será efectuada a reposição do equilíbrio financeiro da Concessão”. Enfim, o n.º 2 desta mesma cláusula prevê que “O Caso Base apenas poderá ser alterado quando haja lugar, nos termos da cláusula 88.ª, à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão”.

No Código dos Contratos Públicos o legislador adopta novamente terminologia equívoca: a epígrafe do artigo 280.º é, precisamente, “Reposição do equilíbrio financeiro do contrato”.

sectorial “quando, nos termos de contrato de parceria já celebrado, seja requerida a constituição de um tribunal arbitral para a resolução de litígios entre as partes” (cfr. n.º 1), o artigo 14.º-F, que cria o regime aplicável à contratação de consultores externos “para apoio no âmbito de processos de parcerias público-privadas” (cfr. n.º 1), e o artigo 13.º n.º 6 que prevê a constituição de uma comissão de acompanhamento para a fase inicial de execução do contrato²⁹.

Como se pode constatar, a generalidade das situações em que o DL 141/2006 alargou o campo de aplicação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, são, em regra, aquelas cuja verificação, para além de ser corrente, comum ou expectável em contratos de execução duradoura e de objecto bastante complexo, acarretam ou têm acarretado para o Estado e demais parceiros públicos encargos de montante bastante relevante³⁰.

De entre estas situações, merece destaque a previsão do artigo 14.º-C, norma que vem não só dar corpo legal à “prática contratual mais recente” – caso das regras relativas à reposição do equilíbrio económico-financeiro –, como acolher uma reivindicação antiga das “entidades com competência nesta matéria” – caso da partilha dos benefícios financeiros decorrentes do “desenvolvimento da parceria, nomeadamente nos casos de melhoria das condições de financiamento da parceria por via da renegociação ou substituição dos contratos de financiamento”³¹ e da

²⁹ Este alargamento do campo de aplicação coincide com a posição defendida pelo Tribunal de Contas, como de resto o próprio Tribunal de Contas admite. Ver “*Auditoria aos Encargos do Estado com Parcerias Público-Privadas, Concessões Rodoviárias e Ferroviárias, Relatório de Auditoria n.º 04/2007, 2.ª Secção*”, págs. 18 e seguintes.

³⁰ Não é esse o caso, pelo menos a título principal, do artigo 14.º F cuja previsão foi sustentada com base na necessidade de pôr termo à “*excessiva frequência com que se tem recorrido à consultoria – nem sempre com a necessária transparência ou o desejável valor acrescentado para o Estado*”. No citado comunicado do Ministério das Finanças, refere-se que “*prevêem-se exigências de justificação da decisão de contratar consultores externos e sanciona-se as situações de conflito de interesses, garantindo a independência da consultoria prestada ao parceiro público e a própria qualidade e rigor na preparação e lançamento das parcerias*”.

³¹ No Código dos Contratos Públicos o legislador veio prever no artigo 341.º, n.º 1 que o parceiro público só tem direito à partilha de benefícios “sempre que ocorrer um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o co-contratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas”. Como é patente, com esta redacção só em casos muito circunscritos é que os parceiros públicos poderão ter direito à partilha de benefícios. Repare-se que os parceiros públicos têm de demonstrar

partilha das receitas advenientes do exercício de actividades não previstas inicialmente.

No caso da reposição do equilíbrio económico-financeiro, o legislador veio estabelecer uma cláusula geral de admissão de reposição do equilíbrio económico-financeiro dos “contratos”. De facto, no n.º 1 prescreve-se expressamente que “pode haver lugar à reposição do equilíbrio financeiro do respectivo contrato *quando ocorra uma alteração*

a existência de um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros, isto por um lado. Por outro lado, esse acréscimo não se poderá ficar a dever, e bem na minha perspectiva, à gestão eficiente e às oportunidades criadas pelo parceiro privado. Enfim, estamos perante quatro conceitos indeterminados ou relativamente indeterminados cuja densificação teria lucrado se o legislador tivesse optado por prever alguns exemplos.

Quanto a este regime, importa dizer que é perfeitamente justificável que os parceiros públicos não possam partilhar os benefícios financeiros que sejam o resultado de uma gestão diligente e eficiente e das oportunidades criadas pelos parceiros privados: essa (capacidade de) gestão é, ou deve ser, o principal fundamento para que lhes tenha sido transferido o exercício de funções ou tarefas inicialmente a cargo da responsabilidade e execução directa dos parceiros públicos, é essa mesma capacidade de gestão que justifica que os “riscos do negócio” lhe sejam transferidos. Seria subverter a lógica das parcerias público-privadas que o resultado, para os parceiros privados, de uma gestão capaz fosse o dever de partilhar os benefícios financeiros dessa mesma gestão com os parceiros públicos. Repare-se: gestão essa cujos riscos inerentes lhe foram transferidos pelo que os eventuais prejuízos não seriam concertemente partilhados ou socializados com os parceiros públicos. Enfim, um regime diferente criaria, absurdamente, um desincentivo aos parceiros privados para optimizarem a sua gestão e criarem novas oportunidades. De resto, o legislador do CCP mostrou-se, e bem, sensível a esta “reserva de gestão” dos parceiros privados sempre que por algum motivo, os parceiros públicos têm o poder/dever de “intervir na gestão dos contratos. Por exemplo, nos termos do artigo 303.º, n.º 2, “O exercício dos poderes de direcção e fiscalização deve salvaguardar a autonomia do co-contratante, limitando-se ao estritamente necessário à prossecução do interesse público, e processando-se de modo a não perturbar a execução do contrato, com observância das regras legais ou contratuais aplicáveis e sem diminuir a iniciativa e a correlativa responsabilidade do co-contratante”.

Finalmente e de acordo com a linha de racioénio exposta, teria sentido que o legislador tivesse acolhido a sugestão de PEDRO GONÇALVES segundo a qual “o direito do contraente público à partilha existe apenas nos casos de desenvolvimento de actividade contratada em termos mais favoráveis do que os previstos” (cf. “*A relação jurídica...*”, pág. 45) ou na linguagem do HM Treasury “the sharing of the Refinancing Gain with the Authority should only apply if the projected performance of the Project, at the time of refinancing, is above that included in the original Financial Close Base Case financial model” (cf. “*Standardisation of PFI Contracts, Version 4 Addendum, Amended Refinancing Provisions, October 2008*”, em www.nao.org.uk).

significativa das condições financeiras de desenvolvimento da parceria, nomeadamente” (destaque meu), ou seja, a enumeração, meramente exemplificativa, que se segue é apenas uma concretização de situações que cabem na cláusula geral. Nos exemplos apontados pelo legislador, se não suscitam dúvidas as situações em que esse direito é assegurado para proteger os parceiros privados nos casos de modificação unilateral impostas pelo parceiro público, já não é tão claro que outras situações podem caber em “alterações significativas das condições financeiras de desenvolvimento da parceria”, por si só um conceito indeterminado e que só a análise da situação em concreto poderá determinar.

Repare-se: o que seja uma dessas alterações tem que ter um impacto financeiro significativo sobre as “condições financeiras de desenvolvimento da parceria”. Mas, assim sendo, e tendo presente que nos termos do artigo 7.º, alínea *b)* do do Decreto-Lei n.º 86/2003, “o estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado”, fica, ao que parece, restringido o campo de aplicação da norma em causa.

Quer dizer: como o “risco de execução” da parceria público-privada deve, regra geral, correr por conta do parceiro privado, as situações que possam dar lugar ao direito dos parceiros privados requererem a reposição do equilíbrio económico-financeiro dos “contratos” por via das “alterações significativas das condições financeiras de desenvolvimento da parceria” são, certamente, muito limitadas.

Para além das alterações - ao conteúdo das obrigações contratuais ou às condições essenciais de desenvolvimento da parceria - impostas unilateralmente pelo parceiro público, a prática contratual mais recente demonstra, porém, que existem outras situações em que ocorre “uma alteração significativa das condições financeiras de desenvolvimento da parceria”.

Ainda antes de “olharmos” para essa prática contratual mas recente, importa notar que uma primeira forma de preencher aquele conceito indeterminado é nos facultada, bem vistas as coisas, pelo próprio legislador. Efectivamente, no artigo 7.º alínea *d)* do do Decreto-Lei n.º 86/2003 pode ler-se que “o risco da insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado”. Como vemos, para além da situação de modificação unilateral imposta

pelo parceiro público, o legislador também considera que a ocorrência de eventos que possam ser qualificados como casos de força maior pode ser um risco que, conduzindo, eventualmente, à insustentabilidade financeira da parceria, não corre por conta dos parceiros privados.

Nestes termos, tendo o próprio legislador apontado a ocorrência de um caso de força maior como um risco que, podendo levar à inviabilização económico-financeira da parceria, ainda assim não deve ser assumido pelo parceiro privado, então, como é patente, a verificação de um caso de força maior é, em abstracto, um exemplo, aliás paradigmático, de “alteração significativa das condições financeiras de desenvolvimento da parceria”³².

Vejamos como um exemplo concreto permite sustentar o teor daquela afirmação. Na cláusula 80.^a, n.º 1 das já referidas Bases da Concessão da Grande Lisboa, prevê-se que “consideram-se, unicamente, casos de força maior os acontecimentos, imprevisíveis e irresistíveis, cujos efeitos se produzam independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais da Concessionária e que comprovadamente impeçam o cumprimento das suas obrigações contratuais. No n.º 2 da mesma cláusula, refere-se que “constituem, nomeadamente, casos de força maior actos de guerra, hostilidades ou invasão, subversão, tumultos, rebelião ou terrorismo, epidemias, radiações atómicas, fogo, explosão, raio, graves inundações, ciclones, tremores de terra e outros cataclismos naturais que directamente afectem as actividades compreendidas na Concessão”. Como é notório, a prática contratual demonstra inequivocamente que os casos de força maior, verificados determinados pressupostos³³, constituem uma “alteração significativa das condições

³² Para MARCELO CAETANO, “caso de força maior é (...) o facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que (os) impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais”, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, pág. 623, Coimbra, 1984.

³³ Nos termos do artigo 14.º-C, n.º 3, “Devem constar expressamente das peças do procedimento adjudicatório aplicável ou do título contratual os pressupostos em que há lugar à reposição do equilíbrio financeiro ou à partilha a favor do parceiro público de benefícios financeiros do desenvolvimento da parceria”. A propósito desta norma, e na citada comunicação do Ministério das Finanças, pode ler-se que “ambos os aspectos a regular expressamente no título contratual ou nas peças do procedimento, evitando situações de incerteza jurídica”. Deve, contudo, salientar-se que ao criar categorias a partir das quais se determina o direito dos parceiros privados a verem reposto o equilíbrio económico financeiros dos “seus” projectos, alargou-se, aparentemente, de modo relevante os casos em concreto em que essa reposição pode ter lugar. De facto,

enquanto que na “prática contratual mais recente” indicava-se em concreto quando é que o parceiro privado teria direito a essa reposição – situações de factos e pressupostos económico financeiros – com esta norma vem dar-se aos parceiros privados o direito de requerer a reposição económico-financeira dos “seus” projectos em toda e qualquer situação que – verificados os pressupostos contratuais fixados – dê lugar a uma “alteração significativa das condições financeiras de desenvolvimento da parceria”.

Repare-se: o que sejam aqueles pressupostos contratuais não pode por em causa a direcção fixada pelo legislador, ou seja, desde que haja alteração significativa das condições financeiras de desenvolvimento da parceria” não pode o parceiro público negar esse direito ao parceiro privado impondo o preenchimento de pressupostos irrazoáveis. Daqui resulta uma consequência bastante relevante do ponto de vista processual: se as peças do procedimento, designadamente o caderno de encargos, contiverem disposições que ponham em causa o citado direito dos parceiros privados, estes podem impugná-las ao abrigo do artigo 100.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Tenha-se em vista, por fim, que a este (potencial) alargamento dos casos em que os parceiros privados têm direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro dos “seus” projectos, foi acompanhado de norma – como o mesmo âmbito – dos casos em que o parceiro público tem direito à partilha equitativa com o parceiro privado dos benefícios financeiros que decorrem para este do desenvolvimento da parceria. Efectivamente, no n.º 2 previu-se que “O parceiro público tem direito à partilha equitativa com o parceiro privado dos benefícios financeiros que decorram para este do desenvolvimento da parceria, nomeadamente, melhoria das condições de financiamento da parceria por via da renegociação ou substituição dos contratos de financiamento” (destaque meu). Enfim, suponho que perante esta disposição tão ampla, seria porventura injusto para os parceiros privados não disporem de igual direito, daí a referida amplitude constante do n.º 1. Aliás, bem vistas as coisas, o legislador respeitou aqui um dos objectivos enunciados no preâmbulo do DL 141/2006: “Esta intervenção legislativa não é levada a cabo, porém, apenas no interesse exclusivo do Estado ou naquilo que seria uma errada perspectiva unilateralista das parcerias público-privadas” (cfr. 7.º parágrafo), ou seja, procurou o legislador aqui consagrar uma certa paridade na relação entre as partes.

Esta situação de paridade – de algum modo consagrada pelo legislador com a edição do DL 141/2006 –, suscita uma reflexão adicional. É que os tipos contratuais em que se traduzem contratualmente, passe a redundância, as parcerias público-privadas a que se aplica o regime legal que venho analisando, são, via de regra, concessões de obra pública ou de serviço público, logo contratos administrativos para efeitos de aplicação da parte III do Código dos Contratos Públicos, isto é, para efeitos de aplicação do regime substantivo aplicável aos contratos administrativos (cfr. artigo 1.º, n.º 5 do Código dos Contratos Públicos). Ora, e é neste ponto que reside a curiosidade, com a aprovação do Código dos Contratos Públicos, o legislador criou uma série de normas que de alguma forma invertem em pões em causa aquela lógica: a posição de supremacia do parceiro público ficou agora, bem na minha perspectiva, expressamente consagrada, como se depreende, em especial, da leitura do capítulo IV da parte III. Como refere PEDRO GONÇALVES, o regime substantivo dos contratos administrativos assenta “na configuração legal

financeiras de desenvolvimento da parceria” para efeitos de aplicação do artigo 14.º-C do do Decreto-Lei n.º 86/2003.

O recurso à “prática contratual mais recente” que, como já vimos, foi determinante na edição de normas como as previstas no artigo 14.º-C é assim um ponto de apoio, julgo que fiável e confirmável, para tentarmos ir mais longe no preenchimento do conceito “alteração significativa das condições financeiras de desenvolvimento da parceria”.

Para este efeito, um exemplo é suficiente para se perceber o alcance da norma em causa. Na já citada Concessão da Grande Lisboa, previu-se o seguinte na cláusula 88.ª da minuta do Contrato de Concessão (transcrição parcial):

88.1 – A Concessionária terá direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão, nos termos do disposto nesta cláusula, nos seguintes casos:

a) Modificação unilateral, imposta pelo Concedente, do conteúdo das obrigações contratuais da Concessionária ou das condições de desenvolvimento das actividades integradas na Concessão, desde que, em

de um regime substantivo próprio para certas categorias de contratos pelo facto de envolverem, como parte, uma entidade da Administração Pública (revogando e substituindo, assim os actuais arts 178.º e seg. do CPA)”. O mesmo autor destaca como uma das opções decisivas e estruturais do novo regime substantivo aplicável aos contratos administrativos a “catalogação de um universo de poderes unilaterais do contraente público” (cfr. “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, págs. 36-46, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64.). Enfim, tratou-se de instituir, como refere o mesmo autor noutra obra – anterior à aprovação do Código dos Contratos Públicos – “um regime jurídico que, na sua essência, se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de supremacia jurídica sobre o seu contratante”, conferindo-lhe uma série de prerrogativas que “desigualizam as posições em que as partes estão colocadas”. (cfr. “O contrato administrativo – uma instituição do nosso tempo”, págs. 33-34, Coimbra Editora, 2002).

Em artigo já posterior à entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, PEDRO GONÇALVES refere que “*embora, em termos de princípio, se concorde com um regime jurídico assimétrico, que coloque o contraente público em posição de supremacia (...) parece-nos que, a final, o CCP acabou por incorrer em algum excesso desigualitário na forma como protegeu os interesses de cada um dos contraentes no cumprimento do contrato*”. Cfr. “*Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo*”, pág. 626, “*Estudos de...*”. Em sentido contrário, considerando que o regime do CCP, sendo assimétrico em razão da especificidade própria e inerente aos contratos administrativos, não consagrou um “regime leonino” a favor dos contraentes públicos, ver CARLA AMA-DO GOMES, “*A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*”, “*Estudos de...*”, págs. 519-567, em especial, págs. 565-567.

resultado da mesma, se verifique para a Concessionária um aumento de custos ou uma perda de receitas;

b) Ocorrência de casos de força maior, nos termos da cláusula 80.^a, excepto se, em resultado dos mesmos, se verificar a resolução do Contrato de Concessão nos termos do número 80.4 e da alínea c) do número 80.6;

c) Alterações legislativas de carácter específico que tenham um impacto directo sobre as receitas, custos ou resultados relativos às actividades incluídas no objecto da Concessão;

d) Aumento do nível de tributação directa sobre o lucro das sociedades;

e) Quando o direito de aceder à reposição do equilíbrio financeiro seja expressamente previsto no Contrato de Concessão.

88.2 - Sem prejuízo do disposto na alínea d) do número 88.1, as alterações legislativas à lei ambiental e lei fiscal ficam expressamente excluídas da previsão da alínea c) do número 88.1.

88.3 -- A reposição do equilíbrio financeiro da Concessão nos termos da presente cláusula apenas deverá ter lugar quando, como consequência do impacto individual ou acumulado dos eventos referidos em 88.1 e 88.2 se verifique:

a) A redução da TIR accionista em mais de 0,01000 (zero vírgula zero um zero zero zero) pontos percentuais face ao que se encontra previsto no Caso Base; ou

b) A redução do valor mínimo do Rácio de Cobertura Anual do Serviço da Dívida Sénior Sem Caixa em mais de 0,01000 (zero vírgula zero um zero zero zero) pontos percentuais”.

Analisada esta disposição, podemos verificar que a alínea *a*) corresponde ao exemplo apontado pelo legislador no artigo 14.º-C, n.º 1, ao passo que a alínea *b*) corresponde ao evento referido pelo mesmo legislador no artigo 7.º, alínea *d*). Vejamos então o que devemos entender por “alterações legislativas de carácter específico”.

Para percebermos melhor o conceito, importa compreender que havendo coincidência entre quem é responsável pelas “alterações legislativas de carácter específico” e a administração contratante, não é nesta qualidade que aquelas alterações emergem, ou seja, não é enquanto parte no contrato que o parceiro público cria e publica aquelas alterações, mas enquanto detentor do poder legislativo (e político) para o efeito. Daqui resulta, evidentemente, que o exercício deste poder não é, pelo menos

nesta perspectiva, confundível com o poder de modificação unilateral³⁴.

Nestas situações o que emerge pois é o denominado “*fait du prince*”, isto é, “*toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular*”³⁵. Mas de entre essas determinações de natureza legislativa, há que proceder a uma distinção.

Como ensina FREITAS DO AMARAL, “*nem todos os actos de carácter genérico subsumíveis à noção de fait du prince têm, no entanto, necessariamente as mesmas consequências jurídicas: se pode, em princípio, aceitar-se o direito ao reequilíbrio financeiro do contrato em relação àqueles agravamentos que surgem como consequência indirecta duma medida genérica exclusivamente respeitante ao próprio objecto do contrato (...) já não se pode, contudo, conceber tal direito em relação àqueles agravamentos contratuais resultantes de medidas genéricas que atingem tanto o contraente como outros empresários do mesmo ou doutro sector de actividade*”^{36 37}.

³⁴ Cfr. sobre esta distinção, MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “*Direito Administrativo Geral. Actividade Administrativa*”, Volume III, pág. 359, Dom Quixote, 2007.

³⁵ Cfr. DIOGENES GASPARINI, “*Direito Administrativo*”, pág. 265, Editora Saraiva, 1995.

³⁶ Cfr. “*Curso de Direito Administrativo*”, págs. 626-628”, Volume II, Almedina, 2001.

³⁷ No artigo 314.º do Código dos Contratos Públicos, o legislador parece ter querido adoptar esta distinção, mas o modo como o fez não parece ter sido inteiramente feliz. Efectivamente, nesta norma prevê-se que “A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercuta de modo específico na situação contratual do co-contratante”. Repare-se: ao prever que a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias “se repercuta de modo específico na situação contratual” o legislador está a abranger todas as situações, já que, em rigor, qualquer alteração legislativa e/ou administrativa que tenha impacto na relação contratual entre as partes, repercute-se “de modo específico na situação contratual”. Julgo que teria sido mais proveitoso afinar o conceito de “*fait du prince*” para este efeito, clarificando que as alterações imputáveis ao parceiro público que dão direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro são todas aquelas cujo objecto coincide, total ou parcialmente, com as actividades objecto da parceria, aproveitando-se aliás a prática contratual sedimentada (e consensualizada) nesta matéria. Suponho, todavia, que terá sido esta a intenção final do legislador ainda que não o tenha feito da forma mais conseguida.

Na lógica subjacente a esta norma, pode notar-se que o legislador partiu do princípio

Como se pode verificar pela opinião de FREITAS DO AMARAL, “alterações legislativas de natureza específica” são aquelas que, embora não tenham por objecto o próprio contrato, incidem sobre matéria respeitante ao próprio objecto do contrato, isto é, incidem sobre o sector da actividade económica objecto da parceria, ou, numa versão mais ampla - que aliás coincide com a amplitude da norma - incidem sobre as actividades integradas na parceria. Nestas situações, o parceiro privado tem direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro do “seu projecto”³⁸.

que só há lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro quando o contraente público coincide com o autor das alterações, ou seja, para que haja lugar à aplicação do artigo 314.º, n.º 1, alínea a) é preciso que a alteração anormal das circunstâncias seja devida a acção do contraente público mas sob outras “vestes”. É isso que parece resultar, *a contrario sensu*, da expressão “adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual” quando contraposta com “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público”.

Este aspecto é tanto ou mais curioso quando é sabido que o Estado - é este o contraente público que parece estar em causa na citada norma - intervém menos ou cada vez menos como parte directa nos contratos em que se traduzem as parcerias público-privadas, antes recorrendo a sociedades anónimas de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos. Nestas situações, o parceiro privado já não terá, à luz deste artigo 314.º, n.º 1, alínea a), direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro do “seu” projecto, mas sim à modificação do contrato ou a uma compensação financeira segundo critérios de equidade, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo.

É pensável que quando o parceiro público é dominado, nos aspectos principais da sua actividade, pelo Estado, uma alteração imputável ao mesmo Estado não deveria ter um regime jurídico diferente de quando o parceiro público coincide com o próprio Estado. Caso contrário, pode surgir a tentação de se criarem entes instrumentais para o desenvolvimento de projectos de grande envergadura, de execução duradoura, apenas ou também para que não se aplique o regime jurídico previsto no artigo 314.º, n.º 1, alínea a). Para este efeito, é necessário, pois, determinar quando é que o parceiro público é efectivamente dominado pelo Estado, tarefa que parece dispensar grandes elaborações já que julgo ser adequado aplicar, por analogia, os critérios definidos pelo legislador para determinar quando se está perante um “Organismo de Direito Público” (cfr. artigo 2.º, n.ºs 2, alínea a), e 3 do Código dos Contratos Públicos).

Para uma perspectiva diferente da citada disposição do CCP, ver CARLA AMADO GOMES, “A conformação da...”, págs. 530-549. Esta autora considera, designadamente, que o “fait du prince” não está previsto no CCP. Em sentido diferente, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, consideram que no artigo 314, n.º 1, alínea a) está efectivamente previsto o “fait du prince”. Ver “*Contratos públicos...*”, pág. 156.

³⁸ A matéria regulada pelo artigo 14.º-C é regulada pelo Código dos Contratos Públicos, através de diversas normas como o artigo 282.º, 311.º a 315.º e 341.º.

b) 2. A CRIAÇÃO DOS PROGRAMAS SECTORIAIS DE PARCERIAS

Na revisão operada pelo DL 141/2006 umas das principais alterações, ou dizendo melhor, inovações introduzidas foi a criação dos denominados “programas sectoriais de parcerias”³⁹.

Nos termos do artigo 7.º-A, “De acordo com as prioridades políticas e de investimentos sectoriais podem ser desenvolvidos programas sectoriais de parcerias, envolvendo um conjunto articulado de projectos com recurso à gestão e ao financiamento privado, nos termos dos artigos 18.º e seguintes da lei de enquadramento orçamental”.

Esta disposição suscita algumas interrogações. De facto, num diploma que tem por objecto, precisamente, o desenvolvimento de projectos de interesse público com recurso à gestão e ao financiamento privado e que, recorde-se, de acordo com a exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, “concretizava” o disposto no artigo 19.º, n.º 2 da Lei de Enquadramento Orçamental”, instituindo “um tratamento procedimental compatível com a complexidade do juízo subjacente”, a remissão para a Lei de Enquadramento Orçamental tem que ter algum significado.

Quer dizer: num diploma que regula, de modo exaustivo, o recurso às parcerias público-privadas (que é outra forma de dizer com recurso à gestão e ao financiamento privado) como forma de o Estado e outros parceiros públicos satisfazerem necessidades colectivas, a criação de uma figura nova a que se associam os “artigos 18.º e seguintes da lei de enquadramento orçamental” não pode estar desprovida de qualquer sentido, sendo certo que essas mesmas normas, via de regra, aplicam-se a todas as parcerias público-privadas, estejam ou não sujeitas à disciplina do do Decreto-Lei n.º 86/2003.

Para se perceber melhor o problema de interpretação que pretendo enunciar, tem que se analisar, ou pelo menos descrever, o conteúdo dos artigos 18.º e seguintes da Lei de Enquadramento Orçamental, na parte em que os mesmos regulam aspectos relacionados com o recurso às parcerias público-privadas⁴⁰.

³⁹ Esta inovação não foi contudo objecto de qualquer menção ou destaque, quer na exposição de motivos do DL 141/2006, quer no citado comunicado do Ministério das Finanças.

⁴⁰ Sobre esta matéria, ver o artigo escrito por TEODORA CARDOSO “*Enquadramento Orçamental das PPP*”, págs. 86-100, *Manual Prático das Parcerias Público-Privadas*,

No artigo 18.º, o que se prevê é que no caso do recurso às parcerias público privadas em geral, e no caso do recurso ao contrato de prestação de serviços com financiamento privado, em especial, a correspondente despesa deve ser estruturada por programas (cfr. artigo 18.º, n.º 3, alínea d)). Já no artigo 19.º, n.º 2 prevê-se 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 financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida”. No artigo 31.º, n.º 1, alínea l), prevê-se ainda que o articulado da Lei do Orçamento do Estado deve conter, entre outras coisas, “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”. Finalmente, o artigo 37.º, n.º 1, alínea b), prescreve que a proposta de Lei do Orçamento do Estado é acompanhada, entre outros elementos informativos, da “memória descritiva das razões que justificam o recurso a parcerias dos sectores público e privado, face a um programa alternativo elaborado nos termos do n.º 2 do artigo 19.º”.

Como é patente, o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, constitui um refinamento das normas previstas na Lei de Enquadramento Orçamental quando ao modo, o tempo e a forma como os parceiros públicos recorrem às parcerias público-privadas. Em rigor, o que o citado diploma veio fazer foi “concretizar” o disposto naquela Lei, criando um regime procedimental que se queria adequado à complexidade e onerosidade inerentes à associação entre parceiros públicos e privados no desenvolvimento de projectos de grande envergadura, quer técnica quer, sobretudo, financeira.

Assim sendo, a remissão que o legislador faz no artigo 7.º-A para o disposto nos artigos 18.º e seguintes da Lei de Enquadramento Orçamental tem que ter um significado autónomo, ou seja, não se pode in-

NPF – Pesquisa e Formação, publicações, 2004. Ver igualmente GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS, GUILHERME VALDEMAR D’OLIVEIRA MARTINS, MARIA D’OLIVEIRA MARTINS “*A Lei de Enquadramento Orçamental, Anotada e Comentada*”, Almedina 2007, NAZARÉ DA COSTA CABRAL, “*As parcerias...*”, págs. 109-115, 198-200 e 231-234, MARIA EDUARDA AZEVEDO, “*As PPP’S e as finanças públicas. Reflexões sobre a moldura orçamental*”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 1, n.º 4.º, Almedina 2009, PEDRO SIZA VIEIRA, “*O Código dos...*”, págs. 496-500, e o já citado manual do Tribunal de Contas, “*Linhas de Orientação...*”, págs. 21-24.

interpretar esta remissão concluindo, pelo menos sem mais indagação ou análise, que a estes programas sectoriais se aplica, total ou parcialmente, o regime previsto no do Decreto-Lei n.º 86/2003. Repare-se: a propósito da aplicação do regime previsto no do Decreto-Lei n.º 86/2003, o próprio legislador dá sinais contraditórios.

No artigo 7.º-A n.ºs 2 e 3, prevê que o denominado estudo estratégico deve “demonstrar a aptidão do projecto para atrair o sector privado, tendo em conta os potenciais interessados e as condições de mercado existentes”. Ora, esta mesma obrigação já consta do “regime geral”: no artigo 8.º, n.º 5, também se previu que “O estudo e preparação da parceria [o “estudo estratégico”] devem ter em consideração a conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado, tendo em vista, designadamente, a identificação de potenciais interessados e a análise das condições de mercado existentes”. Se o “regime geral” se aplica, qual a razão para duas disposições que se sobrepõem?

Sucede que no mesmo artigo 8.º, n.º 5, o legislador prevê que “O estudo e preparação da parceria [o “estudo estratégico”] devem ter em consideração a conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado, tendo em vista, designadamente, a identificação de potenciais interessados e a análise das condições de mercado existentes, procedendo, quando aplicável, à actualização do estudo estratégico a que se refere o n.º 2.º do artigo 7.º-A”. Desta parte final, parece resultar que o legislador já assume que, afinal, o “regime geral” se aplica aos programas sectoriais de parcerias, salvo as particularidades previstas no artigo 7.º-A.

Suponho que numa avaliação das razões que determinaram, quer a criação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, quer a sua revisão pelo DL 141/2006⁴¹ ⁴², faz pouco sentido sustentar que os programas

⁴¹ Julgo que existe uma linha de continuidade entre o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril e o Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, pelo menos quanto à sua filosofia central: criação de um regime procedimental que salvaguarde, fundamentalmente na fase imediatamente anterior ao procedimento-pré-contratual, a bondade, política (leia-se de prossecução adequada do interesse público), técnica e económico-financeira, do recurso a uma parceria público-privada em concreto para a satisfação de uma necessidade colectiva. Para JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, o Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho consagra mesmo o “*reforço da linha estatizante e burocrata*” que o Decreto-lei n.º 86/2003, de 26 de Abril já tinha instituído. Ver “*Mercado e Estado - Serviços de Interesse Económico Geral*”, págs. 51-69, Almedina, 2008.

⁴² O percurso interpretativo trilhado e a conclusão a que se chegou, tem não só correspondência com o elemento literal, como tem em conta a “unidade do sistema jurídico” e

sectoriais de parcerias estariam sujeitos a um regime de lançamento e contratação diferente – e menos exigente - daquele a que estão, via de regra, sujeitos as parcerias público-privadas não integradas em programas sectoriais de parcerias. Note-se aliás que, como vimos, mesmo quando o legislador afastou a aplicação directa do citado diploma às parcerias público-privadas lançadas por “empresas públicas sob a forma societária”, fez questão de salvaguardar a aplicação das “exigências materiais e dos princípios constantes” do RJPPP, pelo que, com excepção das disfunções supra apontadas, não existe nenhum indício sério de que o legislador quis consagrar um regime particular para os denominados programas sectoriais de parcerias, sem prejuízo, naturalmente, da necessidade de corrigir aquelas disfunções, eliminando a (potencial) insegurança jurídica que lhes pode estar associada.

b) 3. O NOVO REGIME PROCEDIMENTAL: PREPARAÇÃO, LANÇAMENTO, CONTRATAÇÃO E ALTERAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.

O DL 141/2006 veio alterar de forma relevante a tramitação procedimental a que deve obedecer a preparação, lançamento, contratação e alteração de parcerias público-privadas, levando a cabo uma modificação do respectivo regime jurídico com grandes implicações práticas.

Neste ponto, vale a pena lembrar e transcrever parcialmente o já citado comunicado do Ministério das Finanças:

“1. Aprofundar a articulação técnica e política entre Ministérios com competências nas parcerias público-privadas ao longo das diversas fases (destaque meu):

a. A intervenção do MFAP e dos Ministérios sectoriais passa a fazer-se apenas a uma voz, sendo constituídas, nas diversas fases, comissões cujos membros são designados mediante despacho conjunto de ambos os ministros e emitem um relatório comum;

b. Põe-se termo, designadamente, (i) à emissão de dois pareceres independentes por parte dos representantes dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial na fase de preparação da parceria, bem como (ii) à emissão pelo Ministro das Finanças de parecer vinculativo sobre

“as circunstâncias em que a lei foi elaborada” (cfr. artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil), como parte do princípio que “o legislador consagrou as soluções mais acertadas” (cfr. artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil).

as alterações das parcerias, parecer que incidia sobre propostas de alteração em cujos processos de formação o MFAP não se encontrava representado, passando a ser designada uma comissão de negociação;

c. É cometido a ambos os Ministros (Ministro de Estado e das Finanças e da tutela sectorial) o exercício conjunto dos poderes do Estado relativos às parcerias público-privadas, também ao nível de tomada de decisões sobre a preparação, lançamento ou alteração das parcerias”.

Como se poderá constatar, para o legislador o ponto que deve ser ressaltado nas alterações introduzidas neste domínio é o reforço da coesão entre os Ministérios envolvidos no lançamento, contratação e fiscalização de parcerias público-privadas e a efectiva partilha de responsabilidades entre o Ministério das Finanças e da tutela sectorial nas várias fases de “vida” do projecto: preparação, lançamento, contratação e execução. Julgo, no entanto, que vale a pena tentar ir um bocado mais longe na análise das alterações que foram introduzidas neste domínio.

Um dos pontos que julgo dever ser realçado é que com o DL 141/2006 não só se põe cobro à emissão de dois pareceres independentes pelos representantes da tutela financeira e da tutela sectorial, como a própria existência das comissões de acompanhamento deixa de ser obrigatória. Efectivamente, nos termos do artigo 8.º, n.º 10, a constituição da comissão de acompanhamento pode ser dispensada^{43 44 45}.

⁴³ Com o DL 141/2006, esta possibilidade de dispensa foi também alargada à comissão de negociação prevista para gerir os processos de alteração de parcerias público-privadas (cfr. artigo 14.º, n.º 3), incluindo-se aqui os processos relativos à reposição do equilíbrio económico-financeiro e à partilha equitativa dos benefícios financeiros (cfr. artigo 14.º-C, n.º 6 e 14.º-B n.º 3)), e, quando aplicável, os processos relativos ao acompanhamento de processos arbitrais (cfr. artigo 14.ºE).

⁴⁴ Nesta norma, o legislador previu que a constituição da comissão pode ser dispensada “Em casos excepcionais, devidamente fundamentados”, sem apresentar uma lista, ainda que exemplificativa, de situações em que tal pudesse ocorrer. Suponho que, via de regra, só em casos de manifesta urgência – não criada ou imputável ao parceiro público – é que se pode justificar a dispensa da constituição desta comissão e, igualmente, da comissão de negociação prevista no artigo 14.º. Esta posição radica no papel absolutamente fulcral que – no contexto dos pressupostos e objectivos fixados no RJPPP – foi atribuída a estas comissões, consoante o momento da “vida” do projecto em causa.

⁴⁵ Em certas situações, é preciso ter ainda em atenção o disposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 163/2005 (DR, I Série –B, n.º 20, de 18 de Outubro de 2005), que cria um modelo de acompanhamento do estudo e implementação dos grandes projectos que envolvam investimento público por parte do Ministério das Finanças e da Administração Pública e dos Ministérios Sectoriais envolvidos. Efectivamente, para

Em segundo lugar, é preciso assinalar que a dita comissão de acompanhamento é agora dotada de extensos poderes e, sobretudo, de enormes responsabilidades na fase de lançamento, ou dizendo melhor, da preparação e do lançamento da parceria. A esta comissão cabe “apreciar os pressupostos a que obedeceu o estudo apresentado [o estudo estratégico] e desenvolver e aprofundar a análise estratégica e financeira subjacente, com vista à sua adequada inserção nos objectivos do Governo e a maximizar o seu impacto positivo na economia, bem como, especificamente”, (cfr. artigo 8.º, n.º 7) seguindo-se um rol extenso de obrigações que denota bem a alteração do papel desta comissão. Para se aferir o impacto desta alteração vale a pena transcrever essas obrigações:

– “Promover uma eficaz articulação entre as entidades envolvidas, com vista a imprimir maior celeridade e eficácia à respectiva acção” (cfr. alínea a));

– “Propor ao Governo as soluções e medidas que considere mais consentâneas com a defesa do interesse público” (cfr. alínea b));

– “Propor os instrumentos jurídicos adequados ao lançamento e execução do projecto da parceria” (cfr. alínea c));

– “Apresentar, quando solicitado, o desenvolvimento e aprofundamento do estudo estratégico da parceria e a justificação do modelo a adoptar, demonstrando a inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira (cfr. alínea d));

– “Demonstrar a comportabilidade orçamental da parceria” (cfr. alínea e)); e

efeitos desta Resolução, entende-se por “grandes projectos que requerem investimento público os projectos promovidos pelo Estado, exclusivamente ou em parceria com entidades privadas, independentemente do sector de actividade em que se insiram: a) Cujo investimento público exceda 250 milhões de euros; e ou b) Que, por despacho conjunto do Ministro de Estado e das Finanças e do ministro responsável pelo respectivo sector, sejam considerados projectos estruturantes para um sector de actividade económica ou para a economia nacional no seu todo ou que constituam uma especial valia sob o ponto de vista da sua inserção numa estratégia de desenvolvimento regional e, em geral, de crescimento e modernização do País” (destaque meu).

Como resulta da transcrição parcial da Resolução, quando estiver em causa um grande projecto de investimento público que se enquadre na alínea a), e que seja levado a cabo através da associação com um parceiro privado e configure uma parceria público-privada nos termos previstos no artigo 2.º, n.º 1 do do Decreto-Lei n.º 86/2003, é inquestionável a aplicação deste diploma e daquela Resolução.

-- “Colaborar com as entidades incumbidas da fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas” (cfr. alínea f)).

Da extensão e importância destas obrigações, resulta que já não estamos perante a comissão de acompanhamento prevista na redacção original do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, mas sim perante uma verdadeira e própria “comissão de preparação e lançamento da parceria”. Em abono desta conclusão, note-se ainda que é a esta mesma comissão que cabe propor ao Governo “em relatório fundamentado, uma recomendação da decisão a ser tomada” (cfr. artigo 10.º n.º I), devendo constar daquele relatório a verificação da “conformidade da versão definitiva do projecto de parceria com o disposto no n.º I do artigo 6.º e no artigo 7.º”, discriminando-se, “quantitativamente os encargos para o parceiro público ou para o Estado, bem como o impacte potencial dos riscos, directa ou indirectamente, afectos ao parceiro público” (cfr. artigo 10.º, n.º 2).

Em terceiro lugar, e decorrente dos dois aspectos antes assinalados, resulta que sendo dispensada a comissão de acompanhamento, não existirá nenhuma entidade “externa” aos “promotores” que avalie a parceria público-privada em concreto: é esta a consequência prática do conjunto de vastos poderes que foi atribuída a esta comissão pois, sublinho, não havendo comissão não haverá, naturalmente, quem, “externamente”, na ausência de previsão expressa do legislador, possa ou deva desempenhar os poderes que lhe foram atribuídos⁴⁶.

Em quarto lugar, o legislador previu ainda a possibilidade de constituição de comissões de acompanhamento para supervisionarem a fase inicial de execução do contrato, “quando a complexidade, o valor ou o interesse público da parceria o justifiquem (...) observando-se, com as devidas adaptações, o disposto nos n.ºs 3 a 9 do artigo 8.º”.

Em quinto lugar, importa referir que os denominados processos de alteração das parcerias passam a ser assegurados por uma comissão de negociação, comissão esta cujo modo de funcionamento, poderes e obrigações corresponde, com as devidas adaptações, aos previstos para

⁴⁶ Este mesmo raciocínio e respectiva conclusão vale para a comissão de negociação prevista no artigo 14.º. Efectivamente, é preciso ter presente que esta comissão é dotada de poderes equivalentes aos da dita comissão de acompanhamento: nos termos do artigo 14.º n.º 2, na constituição da comissão de negociação observa-se “com as devidas adaptações, o disposto nos n.ºs 3 a 9 do artigo 8.º”.

a comissão de acompanhamento⁴⁷ (cfr. artigos 14.º, a 14.º-B). Esta novidade, sendo relevante pelas mesmas razões acima apontadas relativamente à comissão de acompanhamento, não é a única. Efectivamente, passa também a ser obrigatório constituir esta comissão de negociação quando estiver em causa a reposição do equilíbrio económico-financeiro da parceria, a partilha equitativa dos benefícios financeiros decorrente do desenvolvimento da parceria e, quando aplicável, o recurso à arbitragem para resolução de litígios entre parceiro público e privado (cfr. artigo 14.º-C, n.º 6 e 14.ºB, n.º 3, e 14.º-E, n.º 2).

Finalmente, o legislador veio adaptar o regime procedimental às situações em que o parceiro público não coincide com o Estado (cfr. artigo 8.º, n.ºs 2 e 8, artigo 10.º, n.ºs 1 e 3, artigo 11.º, n.º 1, 13.º, n.º 4, 14.º, n.º 2 e 14.ºB, n.º1).

b) 4. OS PRESSUPOSTOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS NO LANÇAMENTO E CONTRATAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – A NOVA REDACÇÃO DO ARTIGO 6.º

Na redacção inicial do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, alguma doutrina sustentava que *“o diploma não impõe a prévia obtenção de todas as autorizações ou pareceres necessários como condição necessária ao lançamento ou à adjudicação da parceria. Ponto é que seja transferido para o sector privado o risco inerente a essas autorizações”*⁴⁸. Esta posição era criticável não só porque não parecia ter com a letra da lei qualquer correspondência – o n.º 1 do artigo 6.º referia expressamente que *“o lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem”* – mas também, e porventura sobretudo, porque não levava em linha de consideração que o objectivo central desta disposição não era tanto o de transferir o risco para o parceiro privado mas o de eliminar o risco subjacente a autorizações e pareceres administrativos, especialmente de natureza ambiental.

Quer dizer: o objectivo central era evitar que o desenvolvimento das parceria público-privadas fosse perturbado, na fase de construção,

⁴⁷ No regime inicial, quando houvesse lugar a uma alteração da parceria, era constituída uma comissão de acompanhamento, sendo a responsabilidade da negociação atribuída a uma “entidade”: a prática veio demonstrar poder tratar-se de uma pessoa singular (cfr. artigo 14.º, n.ºs 2 e 3 na redacção inicial).

⁴⁸ Cfr. PEDRO SIZA VIEIRA, *“Os tipos contratuais...”*, pág. 148.

por problemas de natureza “administrativa e/ou burocrática”, sendo certo que tinha-se especialmente em vista as questões de natureza ambiental. A eliminação do risco tinha a vantagem de afastar as consequências de natureza financeira que normalmente andam associadas àquelas questões, como a prática contratual, ou dizendo melhor, a execução de contratos de execução duradoura bem o demonstra⁴⁹. Note-se, por fim, que a adoptar a posição daquela doutrina, a transferência do risco teria um impacto muito significativo no valor final das propostas dos concorrentes pois estes, obviamente, repercutiriam no preço final os (eventuais) encargos financeiros inerentes à gestão e responsabilidade de aquele risco.

Sucedo que, aparentemente, o legislador sentiu necessidade de clarificar o regime previsto no artigo 6.º. Efectivamente, na nova versão do artigo 6.º, dispõe-se no n.º 4 que “No que respeita, em especial, à declaração de impacte ambiental, quando exigível segundo a lei aplicável, deve a mesma ser obtida previamente ao lançamento da parceria”⁵⁰.

Na minha perspectiva, esta redacção configura uma alteração relevante do regime inicialmente previsto no artigo 6.º. De facto, o n.º 4 só se explica, só tem sentido útil, se existirem outras “autorizações ou pareceres administrativos” cuja obtenção não tem de ser prévia ao lançamento da parceria: se assim não fosse não seria necessário explicitar o regime aplicável às declarações de impacte ambiental.

Assim, ao passo que no regime anterior essas “autorizações ou pa-

⁴⁹ Os citados relatórios do Tribunal de Contas dão conta de inúmeros exemplos e registam o seu enorme impacto económico-financeiro para o Estado e outros parceiros públicos.

⁵⁰ A este respeito, importa referir que o artigo 21.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto (estabelece o regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional) prescreve que “Nos casos de infra-estruturas públicas, nomeadamente rodoviárias, ferroviárias, portuárias, aeroportuárias, de abastecimento de água ou saneamento, sujeitas a avaliação de impacte ambiental, a declaração de impacte ambiental favorável ou condicionalmente favorável equivale ao reconhecimento do interesse público da acção”. Tenha-se ainda presente que nos termos do artigo 44.º, n.º 1 do mesmo diploma, o disposto naquele artigo 21.º, n.º 3 é aplicável às declarações de impacte ambiental favoráveis ou condicionalmente favoráveis que tenham sido emitidas antes da entrada em vigor do citado diploma, conferindo assim a estes eficácia retroactiva.

Na minha leitura, o reconhecimento do interesse público da acção a que se refere o citado artigo 21.º, n.º 3 deve ser interpretado cuidadosamente: não se trata de um interesse público geral da acção mas de um interesse público da acção para efeitos de aplicação do regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de Agosto.

receres administrativos” tinham de ser obtidas previamente ao lançamento e contratação da parceria, com a nova redacção do artigo 6.º só nos casos da declaração de impacte ambiental é que isso é claro. Nos restantes casos, parece que essa obtenção já poderá não ser prévia ao lançamento da parceria⁵¹. Mas julgo que deverá sempre, em qualquer circunstância, ser pelo menos prévia à contratação, sob pena de o artigo 6.º, n.º 1 estar desprovido de qualquer sentido útil.

O artigo 6.º foi objecto de outras alterações, seja para clarificar o regime aplicável (caso do n.º 1, alínea e)), seja para assegurar a comportabilidade da despesa inerente à execução duradoura da parceria em concreto (caso do n.º 1, alínea g)). No primeiro caso, a alteração do legislador foi justificada “para corrigir ou completar alguns aspectos pontuais, designadamente no que se refere ao direito do particular a indemnização em resultado de alterações unilaterais pelo parceiro público, no sentido de assegurar direitos e interesses legítimos, até constitucionalmente fundados, dos parceiros privados”⁵². No segundo caso, a alteração foi ditada pela necessidade de, segundo o citado comunicado do Ministério das Finanças, “*aumentar a exigência de rigor, transparência e controlo financeiro na preparação e desenvolvimento das parcerias público-privadas*”, passando-se “*a exigir-se a identificação expressa da entidade pública que tem a responsabilidade de suportar os encargos decorrentes de pagamentos a realizar ao parceiro privado, quando se preveja que os mesmos venham a ter lugar; bem como a identificação da origem dos respectivos fundos*”.

Finalmente, o artigo 6.º contém duas novas normas da maior importância e relevância prática. Efectivamente, no n.º 5 prevê-se agora que no âmbito das parcerias público-privadas que se regem pelo do Decreto-Lei n.º 86/2003, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 141/2006 de 27 de Julho, o prazo de caducidade das declarações

⁵¹ Assim sendo, julgo que o legislador ao querer clarificar o regime associado à obtenção das declarações de impacte ambiental, acabou, inadvertidamente, por criar alguma disfunção na interpretação e aplicação da norma em causa.

⁵² Cfr. preâmbulo ou exposição de motivos do DL 141/2006. A redacção inicial desta alínea já tinha suscitado algumas reservas por parte de alguma doutrina. PEDRO SIZA VIEIRA referia mesmo que “*a norma em questão deve ser apreciada com particular delicadeza por parte das entidades públicas, porque tomá-la demasiado à letra ou ter dela uma leitura demasiado restritiva pode conduzir à fragilização dos processos de PPP em Portugal*”. Cfr., “*Os tipos contratuais...*”, págs. 149-151.

de impacte ambiental previstos no artigo 21.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 69/200, de 3 de Maio, são alargados para três anos”. No novo n.º 6, prevê-se o seguinte: “Nos casos em que sejam apresentadas propostas com variantes assentes em pressupostos diferentes daqueles que serviram de base à declaração de impacte ambiental, os riscos inerentes à variante correm exclusivamente por conta do parceiro privado”.

Assim, de acordo com este novo n.º 6, o risco ambiental inerente à apresentação de propostas variantes corre por conta dos parceiros privados. Mas, *à contrario sensu*, tal significa que, se dúvidas houvesse, o risco ambiental inerente às parcerias público-privadas corre por conta dos parceiros públicos: é essa a consequência lógica de as declarações de impacte ambiental terem de ser obtidas previamente ao lançamento da parceria⁵³.

Uma nota final para referir que no artigo 6.º não encontramos previstos todos os pressupostos de que dependem o lançamento e contratação de parcerias público-privadas. De facto, esta disposição deve ser lida em conjugação com o artigo 8.º, disposição de onde resulta que o próprio lançamento das parcerias pressupõe a existência do denominado “estudo estratégico” e das “minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento prévio à contratação” (cfr. n.ºs 1 e 2).

⁵³ Esta afirmação de princípio deve ser recebida com cautela. De facto, é preciso ter presente que normalmente as declarações de impacte ambiental são condicionalmente favoráveis, isto é, impõem determinadas condições para se tornarem “definitivamente favoráveis” (cfr. artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro). Via de regra, essas condições só serão ou poderão ser satisfeitas pelo parceiro privado em fase de execução do projecto, isto é, quando a intervenção do parceiro público “resume-se” a aprovar ou não aprovar os projectos apresentados. Assim sendo, será talvez indicado referir que, uma vez obtida a declaração de impacto ambiental condicionalmente favorável, o risco ambiental corre por conta de quem for responsável pela implementação das medidas previstas naquela declaração: pode acontecer que o risco seja partilhado, corra unicamente por conta do parceiro privado ou, excepcionalmente, seja apenas da responsabilidade e gestão do parceiro público.

Como é patente, sendo a declaração de impacte ambiental (totalmente) favorável, o risco ambiental corre por conta do parceiro privado.

b) 5. O NOVO REGIME DE ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O legislador veio dar nova redacção ao artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, sendo de destacar a abrangência das funções que são cometidas à entidade a designar pelo Ministro das Finanças⁵⁴. Destaque-se ainda que, ao contrário do que se previa no regime inicial, a obrigação da tutela sectorial designar a entidade técnica que lhe prestará apoio no acompanhamento global das parcerias surge agora de forma mais clara, não subsistindo, portanto, hoje quaisquer dúvidas sobre a existência daquela obrigação (cfr. n.º 5).

Estranhamente, o legislador, tendo previsto a obrigação do Ministro da tutela sectorial designar a entidade que lhe prestará apoio técnico, não definiu quais as funções que lhe caberiam, ao contrário do que fez para a entidade a designar pelo Ministro das Finanças. Pese embora esta aparente omissão, suponho que o Ministro da tutela sectorial poderá atribuir à entidade que designar as funções previstas no artigo 13.º, n.º 2, aplicando-se assim esta norma por analogia⁵⁵.

e) AS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS PREVISTAS NO DECRETO-LEI N.º 141/2006, DE 27 DE JULHO

O DL 141/2006 contém duas disposições transitórias da maior importância.

Na primeira dessas disposições transitórias, o legislador, avisada e ponderadamente, previu que: *i)* “mantêm-se, com as mesmas funções, as comissões constituídas nos termos do n.º 1 do artigo 9.º e do n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, bem como

⁵⁴ Quanto ao Ministério das Finanças, continua em vigor, segundo creio, o Despacho Normativo n.º 35/2003 (publicado no DR n.º 191, I Série B, de 20 de Agosto) que atribui essas funções à Parpública – Participações Públicas (SGPS) S.A.

⁵⁵ No domínio do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, importa ter presente que no âmbito do Gabinete de Planeamento, Estratégia e Relações Internacionais foi criada a Direcção de Serviços de Acompanhamento de Empresas e Parcerias Público-Privadas, a quem foram atribuídas uma série de competências no âmbito das parcerias público-privadas (cfr. artigo 4.º da Portaria n.º 63/2009, de 22 de Janeiro). Com um campo de acção transversal, não se pode ignorar hoje o papel que foi atribuído aos denominados “controladores financeiros”, cujo regime jurídico foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33/2006, de 17 de Fevereiro.

as entidades que foram designadas para representar o interesse público em negociações relativas a alterações de parcerias ou a reposição do equilíbrio financeiro de contratos”; e (ii) “mantêm-se igualmente as comissões de acompanhamento já constituídas ao abrigo do n.º 3 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

A segunda dessas disposições é de tal modo relevante que não se pode dispensar aqui a sua transcrição:

Artigo 4.º

Aplicação imediata

1 – O presente decreto-lei aplica-se a todos os procedimentos de parcerias público-privadas, ainda que já se tenha iniciado:

- a) O estudo e preparação para o respectivo lançamento;
- b) O processo relativo à constituição de tribunal arbitral.

2 – Da aplicação do presente decreto-lei não podem resultar alterações aos contratos de parcerias público-privadas já celebrados nem a procedimentos de parceria lançados até à data da sua entrada em vigor.

Como resulta da simples leitura da norma em causa, o legislador emite aqui duas directivas, à primeira vista de sinal contrário. No n.º 1, consagra a regra da aplicação imediata das alterações introduzidas pelo DL 141/2006. Mas no n.º 2 salvaguarda, em parte, a estabilidade dos contratos já celebrados prescrevendo, segundo parece, que aquele diploma não pode servir de fundamento, de justificação, de base legal para que as partes introduzam qualquer alteração àqueles mesmos contratos.

A compreensão do regime previsto neste artigo não é assim isenta de dificuldades. Vejamos pois cada uma das situações contempladas pelo legislador.

No n.º 1 alínea a) o que se previu foi a aplicação do novo regime de lançamento e contratação àquelas parcerias em que, na data de entrada em vigor daquele regime, já se tenha iniciado o estudo e preparação para o respectivo lançamento. Se a referência ao “estudo” é de percepção imediata (cfr. artigo 8.º, n.º 1), já o que se quis dizer com “preparação para o respectivo lançamento” não é de percepção intuitiva. Por exemplo, se o Ministério das Finanças já tiver sido notificado, qual o regime aplicável, o previsto na redacção inicial do artigo 8.º ou o novo regime?

Suponho que o momento relevante é o do próprio lançamento da parceria: se já tiver sido dado cumprimento ao disposto no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, não se aplica o DL 141/2006,

pelo menos quanto ao regime relativo à preparação, lançamento e contratação da parceria público-privada. É isso que parece resultar do n.º 2 quando refere que “da aplicação do presente decreto-lei não podem resultar alterações (...) a procedimentos de parcerias lançados até à data da sua entrada em vigor”

No n.º 1 alínea b) o que se quis salvaguardar foi a aplicação do regime previsto no artigo 14.º-E: ainda que já tenha sido constituído o Tribunal Arbitral, os parceiros públicos têm de dar cumprimento às obrigações que sobre si recaem ao abrigo da referida disposição. Trata-se, como é evidente, da atribuição de efeitos retroactivos àquela disposição visando garantir o acompanhamento pelo Ministério das Finanças de todas as arbitragens, ainda que as mesmas já se tenham iniciado no momento da entrada em vigor do DL 141/2006⁵⁶.

No n.º 2 o legislador, para além de, como vimos, ter delimitado o campo de aplicação do n.º 1, alínea a), veio, segundo creio, determinar que todas as disposições de natureza substantiva constantes do DL 141/2006 não podem ser invocadas para alterar os contratos já celebrados, isto é, as partes, não podem despoletar uma renegociação dos contratos já celebrados (ou impor a sua alteração à parte contrária) a pretexto da necessidade de conformarem o teor do mesmo ao regime legal previsto naquele diploma.

Um exemplo pode servir para explicar o que pretendo dizer: se no momento da entrada em vigor do DL 141/2006, um qualquer parceiro público estiver a negociar com um parceiro privado um refinanciamento de, por hipótese, uma concessão de obra ou serviço público, não pode ser imposta ao parceiro privado a partilha equitativa dos eventuais benefícios financeiros desse mesmo refinanciamento por via da aplicação do regime previsto no artigo 14.º-C. É este tipo de situações que o legislador quis vedar. Contudo, nada impede, segundo creio, que no mesmo exemplo apontado as partes acordem na partilha equitativa dos citados benefícios financeiros (não podem é invocar que o fazem por aplicação da citada norma).

Nas demais situações não previstas expressamente pelo legislador – por exemplo, regime procedimental aplicável às renegociações ou aos processos de reequilíbrio económico-financeiro em curso no momento

⁵⁶ Assim, tudo indica que nas situações previstas no n.º 1, o legislador quis expressamente excepcionar o regime previsto no artigo 12.º, n.º 1 do Código Civil.

da entrada em vigor do DL141/2006 -, as disposições deste diploma não têm qualquer eficácia retroactiva, aplicando-se pois apenas para processos que sejam desencadeados em data posterior à da sua entrada em vigor.

d) REFLEXÕES FINAIS

O DL 141/2006 veio reforçar o papel decisivo do Ministério das Finanças no desenvolvimento de parcerias público-privadas em Portugal, especialmente na fase de execução dos contratos. Mas procurou equiparar o papel desempenhado pelos Ministérios Sectoriais, especialmente nas fases de preparação, lançamento e contratação.

Contudo, na minha leitura, o que mais se destaca nas alterações introduzidas pelo DL 141/2006, foi a criação de diversas normas que disciplinam um “momento da vida” das parcerias público-privadas que até à publicação daquele diploma careciam de qualquer regulamentação expressa, ou seja, a criação de normas, de natureza procedimental e substantiva⁵⁷, aplicáveis à fase de execução dos contratos, destacando-se aqui as normas aplicáveis à reposição do equilíbrio económico-financeiro e à melhoria das condições financeiras das parcerias público-privadas.

III) O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

a) CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A respeito do CCP, não retomarei aqui as razões pelas quais considero que o RJPPP não foi revogado. Mas, assumindo aqui aquelas razões e procurando, concomitantemente, dar algum sentido útil às disposições do CCP que regulam matérias igualmente objecto de regulação no RJPPP e ao artigo 14.º, n.º 2 do diploma preambular que aprovou o CCP, julgo que é inquestionável que algumas das normas do

⁵⁷ Neste ponto, pode mesmo afirmar-se que o DL 141/2006 “antecipou” a regulação, em termos gerais e abstractos, de algumas matérias que foram posteriormente objecto de regulação pelo Código dos Contratos Públicos. A regulação da partilha de benefícios financeiros e da reposição do equilíbrio económico-financeiro são exemplo impressionante disso mesmo (digo em termos gerais e abstractos porque algumas dessas matérias já tinham sido objecto de regulação para projectos em concreto, designadamente para o lançamento de concessões de obra e de serviço público).

RJPPP foram efectivamente derogadas, certamente no que toca à sua aplicação às parcerias desenvolvidas pelo Estado, Regiões Autónomas e Institutos Públicos, como veremos melhor infra.

A constatação deste facto – evidência quase intuitiva ao cotejarmos os artigos 339.º a 342.º do CCP com os artigos 12.º, 13.º, 14.º, 14.º-C, n.º 2, 14.º-D, n.º 4, e 14.º E do do Decreto-Lei n.º 86/2003 – não deve fazer esquecer, como referi supra, que a natureza e objectivos do CCP e do DL 141/2006 são muito diferentes. Ao passo que o objectivo deste último diploma foi alterar o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, o objectivo do CCP foi criar um regime jurídico geral aplicável a toda a contratação pública desenvolvida pelas Entidades Adjudicantes identificados nos artigos 2.º e 7.º. A par desta disciplina geral, o CCP criou na parte III um regime jurídico aplicável a todos os contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo, prevendo quer um regime geral aplicável a todos esses contratos, quer um regime especial aplicável a cada um dos tipos de contrato administrativo.

A constatação desta diferença entre o DL 141/2006, e o Código dos Contratos Públicos, a par do facto, já assinalado por diversas vezes neste artigo, que: (i) o artigo 14.º, n.º 1 do diploma preambular não revogou o DL n.º 86/2003; (ii) o artigo 14.º, n.º 2 do mesmo diploma prevê expressamente que é “igualmente revogada toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível”, é indispensável para que se perceba o verdadeiro alcance do modo como o legislador regulou o recurso às parcerias público-privadas no CCP.

Efectivamente, não tendo o DL n.º 86/2003 sido revogado, não se pode deixar de notar que a regulação do recurso às parcerias público-privadas no CCP está sempre devidamente “sinalizada”, isto é, o legislador refere sempre expressamente que está em causa um determinado aspecto num contrato que, ao abrigo do DL n.º 86/2003, seja configurado como uma parceria público-privada.

Daqui resulta que, salvo as matérias expressamente reguladas no CCP (e com especificidades que veremos infra), nas restantes matérias em que haja uma regulação sobreposta, ou seja, quando o mesmo evento ou facto susceptível de produzir consequências jurídicas tiver sido regulado no CCP (mas não especificamente para contratos que configurem parcerias público-privadas) e no DL n.º 86/2003, o regime que

prevalece é o previsto neste último diploma⁵⁸.

Um exemplo concreto. O DL n.º 86/2003 e o CCP regulam ambos a reposição do equilíbrio económico-financeiro do “contrato”. Sucede que no CCP a regulação desta matéria – no artigo 282.º – não surge directa ou indirectamente ligada a contratos administrativos que possam configurar parcerias público-privadas, ou seja, não quis aqui o legislador revogar, bem ou mal, o regime previsto no artigo 14.º-C n.º 1 do DL n.º 86/2003. Repare-se: neste último artigo vem regulada quer a reposição do equilíbrio económico-financeiro do “contrato”, quer a denominada “partilha de benefícios”. Ora, esta última vem tratada no CCP a respeito de contratos que configurem parcerias público-privadas, facto que parece revelar que o CCP não quis mesmo revogar o artigo 14.º-C, n.º 1 do DL n.º 86/2003⁵⁹.

Assim sendo, em matéria de reposição do equilíbrio económico-financeiro do “contrato, sempre que este configure uma parceria público-privada nos termos do DL n.º 86/2003, o regime aplicável é o previsto no artigo 14.º-C, n.º 1 do DL n.º 86/2003 e não o previsto no artigo 282.º do CCP.

Uma segunda nota preliminar que queria deixar expressa prende-se com o seguinte. Na exposição de motivos do diploma preambular começa por se dizer que “de entre as principais inovações do CCP, não pode deixar de se destacar a criação de regulamentação adequada de alguns aspectos das técnicas de *project finance*, *acquisition finance* e *asset finance*, que se cruzam a com a actividade de contratação pública. Na verdade, esta técnica de obtenção de recursos financeiros para financiamento de projectos, recorrentemente utilizada na Europa e em Portugal (especialmente quando associada a parcerias público-privadas

⁵⁸ Em sentido aparentemente coincidente, ver MARK KIRKBY, “O diálogo concorrencial”, *“Estudos de...”*, págs. 275-326, em especial, 306-312.

⁵⁹ Dito de outra forma. Para o “legislador do CCP”, a reposição do equilíbrio económico-financeiro dos “contratos” é uma figura de aplicação generalizada a todos os contratos administrativos e não apenas àqueles que configurem parcerias público-privadas. Mas tendo optado por esta solução, parece evidente que a mesma tinha de vir acompanhada da revogação expressa do artigo 14.º, C, n.º 1 do DL n.º 86/2003. Este regime “bipolar” pode conduzir a situações pouco ortodoxas já que, por exemplo, um contrato de concessão que envolva, cumulativamente, um encargo acumulado actualizado de 9,9 milhões de euros e um investimento de 24,9 milhões de euros, fica sujeito ao regime do artigo 282.º. Mas se o encargo for de 10 milhões de euros ou o investimento for de 25 milhões de euros, o regime aplicável é o previsto no artigo 14.º-C, n.º 1 do DL n.º 86/2003.

consubstanciada em contratos de concessão) (...) não encontrava qualquer reflexo ao nível da legislação ordinária, o que gerava um conflito entre as técnicas contratuais ditadas, sobretudo, pela prática do *project finance* e as regras legais relativas à contratação pública, de raiz essencialmente comunitária. O novo CCP veio, assim, pôr termo à divisão entre a prática e a legislação no que respeita a alguns fenómenos generalizados com o *project finance* e combinou a necessária rigidez das normas destinadas à salvaguarda da concorrência garantida pela parte II do Código com as recorrentes garantias exigidas pelas entidades financiadoras do projecto que, no sucesso deste vêm a fonte quase exclusiva da retribuição do investimento suportado. Destaca-se, portanto, a este respeito, o enquadramento legal atribuído aos direitos de *step in* e *step out*, a regulamentação das alterações societárias e o regime construído a propósito do exercício do direito de sequestro da concessão”. Mais à frente, já pode ler-se que a “regulamentação aplicável às concessões é norteadada (...) pela preocupação de adequação às técnicas, hoje em dias comuns, de *project finance*, *acquisition finance* e *asset finance*”.

A transcrição parcial da exposição de motivos demonstra hesitação e pouca coerência no modo como o legislador regulou as matérias respeitantes às parcerias público-privadas. De facto, ora parece que se teve em vista a criação de um corpo de regras comuns aplicáveis a todos os contratos que configurassem parcerias público-privadas, ora parece que, afinal, a realidade das parcerias público-privadas e do *project finance* releva apenas para efeitos de regulação dos contratos de concessão e, em alguns casos, como de um fenómeno transversal a todos os contratos administrativos⁶⁰.

Esta ambiguidade do legislador, expressa logo na exposição de motivos, foi, como veremos infra, objecto de concretização no texto do articulado, tendo como resultado um “conjunto” de normas soltas e desconexas, que aparecem previstas em, digamos assim, dois grupos: (i) as normas que expressamente regulam o recurso a parcerias público-privadas e (ii) as normas que são manifestação clara da preocupação de adequar, de acomodar o CCP à prática contratual vigente em sede de parcerias público-privadas com e sem recurso ao *project finance*⁶¹.

⁶⁰ Um exemplo paradigmático disto mesmo é a regulação do *step in* e do *step out* que aparece previsto no artigo 322.º, inserido na parte geral aplicável a todos os contratos administrativos, configurem ou não parcerias público-privadas nos termos do DL n.º 86/2003.

⁶¹ Embora as duas realidades estejam frequentemente interligadas, as mesmas não

b) REGULAÇÃO EXPRESSA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

b) 1. CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O CCP contém diversas normas aplicáveis à fase de formação dos contratos. No que diz respeito às parcerias público-privadas, deve ter-se em conta não só as normas em geral aplicáveis à formação de contratos^{62 63} mas também as normas do CCP que se aplicam especificamente

se confundem. De facto, ao passo que as parcerias público-privadas traduzem, grosso modo, a associação de parceiros públicos e privados na satisfação de necessidades colectivas, o project finance é uma técnica de financiamento de projectos que requerem grande alavancagem financeira. No project finance (financiamento de projectos), os parceiros privados são remunerados, exclusiva ou quase exclusivamente, com base na rentabilidade do projecto em concreto, ou seja e para dar um exemplo concreto, no caso de uma concessão de obra pública rodoviária, os parceiros privados são remunerados através das taxas pagas pelos utentes.

Em rigor, só estamos perante um verdadeiro e próprio project finance, quando os parceiros privados só obtêm retorno do seu investimento por via das receitas geradas pelo projecto em concreto. Nestes casos diz-se que estamos perante project finance na modalidade de non recourse, ao passo que nas restantes situações (quando os parceiros públicos também subvencionam, directa ou indirectamente, os parceiros privados), estamos perante o denominado project finance limited recourse. Sobre o project finance ver, entre outros, SCOTT L. HOFFMAN, *“The law and business of international project finance: a resource for governments, sponsors, lenders, lawyers, and project participants”*, Transnational Publishers and Kluwer Law International, 2001; e GRAHAM VINTER, *“Project Finance: a legal guide”*, Sweet & Maxwell, 1998. Na língua portuguesa, ver JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEL, *“Project Finance – financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)”*, Editora Saraiva, 2007, ANTÓNIO GARCIA, *“Project Finance/Parcerias Público-Privadas”*, *“Subsídios para modernizar a Administração Pública em Portugal”*, págs. 57-107, Universidade Autónoma de Lisboa, 2002, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *“Project Finance (Primeiras Notas)”*, *“Miscelâneas, n.º 3”*, Almedina 2004, págs 115-160, e NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *“As parcerias...”*, págs 91-103.

⁶² Como vimos supra, nos termos do CCP as parcerias público-privadas não são configuradas como um tipo de contrato mas sim, como refere PEDRO SIZA VIEIRA, *“como um modelo de contratação susceptível de se reconduzir a diversos tipos contratuais”*. Cfr. *“O Código dos...”*, pág. 514.

⁶³ Um exemplo, aliás paradigmático, de normas que não regulam especificamente o recurso a contratos que configuram uma parceria público-privada nos termos do RJPPP mas que se aplicam sobretudo neste domínio, são o artigo 77.º, n.º 2, alínea c) e o artigo 92.º. Na primeira destas normas dispõe-se que com a notificação da decisão de adjudicação, o órgão competente para a decisão de contratar deve notificar o adjudic

a contratos administrativos que configurem uma parceria público-privada nos termos do RJPPP⁶⁴.

A primeira das normas relevantes do CCP é o artigo 37.º. Nesta norma prevê-se que a decisão de contratar⁶⁵ nos contratos que configu-

ratário para “confirmar no prazo para o efeito fixado, se for o caso, os compromissos assumidos por terceiras entidades relativos a atributos ou a termos ou a condições da proposta adjudicada”. No artigo 92.º, prevê-se que o prazo inicialmente fixado pelo órgão competente para a decisão de contratar possa ser prorrogado “a pedido fundamentado do adjudicatário”. Ora, como refere LINO TORGAL num artigo sugestivamente intitulado “*Crise Financeira Internacional e Parcerias Público-Privadas*”, trata-se aqui de “*admitir a possibilidade de a Administração apenas exigir a confirmação de compromissos ao adjudicatário*”. Deste modo, defende o referido autor que “*evita-se (...) a duplicação de compromissos bancários e a diminuição da liquidez global; e permite-se que o adjudicatário possa negociar melhores financiamentos*”. Cfr., no artigo acima citado, publicado no “Jornal de Negócios” de 17 de Dezembro de 2008. LINO TORGAL retoma a questão nos mesmos termos num artigo publicado no semanário “Expresso” de 31.01.09. Ambos os artigos podem ser vistos em www.servulo.com (consultar em “notícias”).

Tenha-se em vista que as normas citadas dizem respeito a todos os compromissos de terceiros e não apenas aos compromissos assumidos pelos Bancos Financiadores. Mas, como é patente, é quanto aos compromissos destes que as normas em causa apresentam mais virtualidades, sobretudo no actual contexto de crise financeira global que vivemos. Uma nota final para referir que as vantagens referidas por LINO TORGAL só poderão ser efectivas se, antes da adjudicação, seja permitido aos concorrentes apresentarem compromissos de terceiros não firmes, ou seja, compromissos que só se tornarão firmes em data posterior à da adjudicação. A não ser assim, esvaziar-se-ia de sentido útil, jurídico e “prático”, as citadas normas já que se antes da adjudicação fossem exigidos compromissos de terceiros firmes então não faria sentido nenhum estar a pedir a sua confirmação ao adjudicatário, anulando-se evidentemente as vantagens acima referidas.

⁶⁴ Com relevância – ainda que o CCP não o assuma expressamente – para o lançamento, formação, contratação e execução de parcerias público-privadas devem ser tidos em conta os seguintes artigos do Código dos Contratos Públicos: 31.º (escolha do procedimento em função do tipo de contrato), 37.º (decisão de contratar nas parcerias público-privadas), 44.º (cadernos de encargos relativos a contratos de concessão), 45.º (cadernos de encargos relativos a parcerias público-privadas), 67.º (júri do procedimento), 77.º, n.º 2, alínea c), 92.º e 93 (regime aplicável á confirmação dos compromissos de terceiros), 204.º e sgts.(diálogo concorrencial), 278.º e sgts (disposições gerais relativos aos “contratos administrativos”), 322.º, (direitos de step in e de step out), 339.º a 342.º (execução e modificação de parcerias público-privadas) e 407.º e sgts (Concessões de obras públicas e de serviços públicos).

⁶⁵ Sobre a decisão de contratar, ver TIAGO DUARTE e CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, “*A decisão de contratar no código dos contratos públicos: da idade do armário à idade dos porquês*”, págs. 147-180, em especial, 172-180.

rem uma parceria público-privada nos termos do DL n.º 86/2003 compete ao Ministro das Finanças e ao Ministro da tutela sectorial.

Esta disposição levanta alguns problemas de interpretação. De facto, sendo patente que no CCP o “momento fundador” do procedimento pré-contratual é a decisão de contratar, o facto de nesta norma só virem elencadas três entidades adjudicantes faz pensar que a regulação das parcerias público-privadas prevista no CCP só se aplica a projectos lançados pelo Estado, pelas Regiões Autónomas e pelos Institutos Públicos, parecendo deixar de fora o universo relevantíssimo das parcerias público-privadas lançadas e contratadas pelas empresas públicas (entidades públicas empresariais ou sob a forma societária)⁶⁶.

A dúvida surge porque, se bem notarmos, em todas as outras situações em que o CCP regula especificamente o recurso às parcerias público-privadas, só em três delas é que o âmbito de aplicação subjectivo é mais amplo: é o caso do artigo 339.º (regula o dever de informação dos representantes dos contraentes públicos quando ocorrerem situações susceptíveis de gerarem encargos adicionais “para o parceiro público ou Estado”); é o caso do artigo 340.º, n.º 3 (que regula a modificação das parcerias público-privadas no âmbito da administração indirecta do Estado e das Regiões Autónomas)⁶⁷, e o caso do artigo 341.º que regula a partilha de benefícios, norma que parece ser de aplicação generalizada a todos os contratos administrativos que configurem parcerias público-privadas nos termos do DL n.º 86/2003, independentemente de quem for o parceiro público. Em rigor, esta última norma e o artigo 339.º parecem ser mesmo as únicas que se aplicam a todos os contratos administrativos que se reconduzam a parcerias público-privadas nos termos

⁶⁶ A ser assim, como parece, o RJPPP é o regime aplicável à preparação, lançamento, contratação (em parte porque o próprio RJPPP remete, hoje, para o CCP, cfr. artigo 10.º, n.º 5), e execução (com excepção do disposto nos artigos 340.º, n.º 3 e 341.º do CCP, como veremos melhor no texto) de parcerias público-privadas promovidas pelas Empresas Públicas, sem prejuízo da especificidade a que aludo supra no texto sobre o regime aplicável às empresas públicas sob a forma societária.

⁶⁷ Esta norma derroga parcialmente o disposto no artigo 2.º, n.º 6 do RJPPP, dado que integrando as empresas públicas a Administração Indirecta do Estado, e não fazendo o CCP qualquer distinção entre entidades públicas empresariais e empresas públicas sob a forma societária, isso significa o seguinte: no âmbito das parcerias público-privadas lançadas por esta última modalidade de empresas públicas, a fiscalização e o controlo não serão exercidos apenas por via da função accionista mas também, no caso de modificações, com recurso ao disposto no artigo 340.º, n.º 3 do CCP.

do DL n.º 86/2003, ou seja, não há aqui qualquer restrição do âmbito de aplicação subjectivo das normas: aplicam-se a todos os contraentes públicos.

Neste contexto, e apesar de não ser possível dar a este respeito uma resposta definitiva, tudo indica que as normas do CCP que regulam especificamente o recurso às parcerias público-privadas vêm o seu campo subjectivo de aplicação delimitado pelo disposto no artigo 37.º, com excepção, como vimos, dos artigos 339.º, 340.º, n.º 3 e 341.º.⁶⁸

A segunda norma relevante é o artigo 45.º. Nos termos desta disposição, os cadernos de encargos “devem submeter à concorrência os aspectos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela directa ou indirectamente afectos decorrentes da configuração do modelo contratual”. No fundo, o que está aqui em causa é o seguinte: de acordo com a matriz de riscos prevista no modelo contratual, devem ser submetidos à concorrência os encargos que são assumidos pelo parceiro público como resultado da repartição concreta de riscos.

Esta disposição, na ausência de regulação expressa no CCP sobre o modo de repartição do risco nos contratos que possam configurar uma parceria público-privada⁶⁹, deve ser articulada com o disposto no artigo 7.º do DL n.º 86/2003, norma que prevê os princípios que devem ser

⁶⁸ Sobre a compatibilidade entre o artigo 37.º do CCP e o artigo 10.º, n.º 3 do RJPPP ver MARK KIRKBY, artigo citado, págs. 306-312, e TIAGO DUARTE e CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, artigo citado, pág. 174, nota de rodapé n.º 39.

⁶⁹ O CCP contém apenas uma norma expressa sobre o modo de repartição de risco. Sintomaticamente, ela aparece prevista no artigo 413.º, ou seja, nas disposições gerais aplicáveis às concessões de obra e serviço público, aí se prevendo que “O contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário”. A repartição do risco aparece referida no artigo 282.º a propósito da “reposição do equilíbrio financeiro do contrato”. Nesta norma prevê-se que: (i) na reposição do equilíbrio económico-financeiro deve ter-se em conta a repartição do risco definida contratualmente e (ii) a reposição desse equilíbrio não pode cobrir perdas do parceiro privado inerentes à gestão dos riscos que lhe cabiam.

Sucedde que, como é patente, a regulação da reposição do equilíbrio económico-financeiro reclamava a existência de uma norma sobre, precisamente, a repartição do risco. Efectivamente, se o legislador considerou que a reposição do equilíbrio económico-financeiro era um fenómeno transversal a todos os contratos administrativos, então não poderia nem deveria ter relegado uma parte importante do seu “regime” – a repartição do risco – apenas e só para as concessões de obra e serviço público. Neste ponto, o regime legal contém uma lacuna evidente que impõe, segundo parece, a aplicação analógica do artigo 413.º a todos os contratos administrativos.

atendidos na repartição de riscos nas parcerias público-privadas.

A terceira das normas que regula expressamente o recurso às parcerias público-privadas, é o artigo 67.º, n.º 3, que prevê o seguinte: “No caso de procedimentos de formação de contratos que configurem parcerias público-privadas, os membros do júri são nomeados, conjuntamente, pelo ministro ou pelo membro do Governo Regional responsável pela área das finanças e pelo ministro ou membro do Governo Regional da tutela sectorial consoante o caso”.

Desta norma resulta que quando estiverem em causa parcerias público-privadas lançadas pelo Estado, Regiões Autónomas e Institutos Públicos, a norma que deve ser atendida na nomeação do júri é o artigo 67.º, n.º 3 e não o artigo 9.º, n.º 1 do DL n.º 86/2003, que neste ponto foi pois derogado.

Uma questão que se levanta é a de saber se para aquelas entidades adjudicantes continua ou não a valer o disposto no artigo 9.º, n.º 2, do DL n.º 86/2003, norma que atribui funções importantes aos membros do júri no quadro daquele diploma. Na minha leitura, apesar da sua compatibilidade com o disposto no artigo 69.º do CCP (que prevê as competências do júri) face à amplitude do artigo 14.º, n.º 2, do diploma preambular, só posso concluir pela sua aplicabilidade às parcerias público-privadas lançadas pelas referidas entidades adjudicantes.

b) 2. FISCALIZAÇÃO, EXECUÇÃO E MODIFICAÇÃO

Como já foi referido, estas matérias encontram-se reguladas nos artigos 339.º a 342.º do CCP, sendo tributárias, inequivocamente, de igual regulação prevista nos artigos 12.º, 13.º, 14.º, 14.º-C, n.º 2, 14.º-D, n.º 4 e 14.º-E do RJPPP.

O disposto nessas normas não levanta grandes problemas de interpretação, devendo antes assinalar-se que, naturalmente, no caso das parcerias lançadas pelo Estado, Regiões Autónomas e Institutos Públicos, prevalecem as normas do CCP, ao passo que nas parcerias público-privadas lançadas pelas empresas públicas, prevalece, com excepção do disposto nos artigos 339.º, 340.º, n.º 3 e 341.º, o disposto no DL n.º 86/2003.

O disposto nessas normas, com excepção do disposto no artigo 341.º⁷⁰, suscita apenas o seguinte comentário: se o legislador, como vimos

⁷⁰ Sobre a partilha de benefícios, ver notas de rodapé n.ºs 31 e 33.

supra, não revogou, nem expressa nem tacitamente, o DL n.º 86/2003, então porque se limitou nestas normas a repetir, ainda que parcialmente, a regulação já prevista nos artigos 12.º, 13.º, 14.º, 14.º-C, n.º 2, 14.º-D, n.º 4 e 14.º-E do DL n.º 86/2003? Julgamos que esta situação é bem ilustrativa do modo algo errante como o legislador do CCP enfrentou o problema de regulação das parcerias público-privadas, mostrando que inexistiu neste ponto qualquer filosofia de base, qualquer estratégia que o norteasse na edição das correspondentes normas.

e) ADEQUAÇÃO À REALIDADE CONTRATUAL DAS PARCELIAS PÚBLICO-PRIVADAS

É neste âmbito que vamos encontrar reflectidos, em bom rigor, os desejos, os objectivos do legislador de adequar, de compatibilizar o CCP à realidade contratual ditada pela intervenção crescente e decisiva do sector económico-financeiro no financiamento das parcerias público-privadas, designadamente com recurso ao project finance.

A preocupação central do legislador foi, fundamentalmente, a de criar as condições legais necessárias para que, pelo menos do ponto de vista estritamente jurídico, não existisse qualquer obstáculo que inibisse ou condicionasse a intervenção do sector económico-financeiro no financiamento de projectos que requerem o investimento de somas avultadas. No fundo, do que se tratou foi de criar um “ambiente legal” favorável ao investimento privado em parcerias público-privadas, aproveitando-se a oportunidade para dar “cobertura legal” a uma série de práticas contratuais de há muito sedimentadas mas sobre as quais, correcta ou incorrectamente, subsistia uma certa desconfiança sobre a sua compatibilidade com as regras da contratação pública, nacionais e comunitárias, e com a defesa do interesse público a cargo dos parceiros públicos.

A par dessas normas cuja preocupação central está directamente ligada à intervenção do sector económico-financeiro, vamos encontrar muitas outras normas cuja redacção, cuja previsão é largamente tributária da prática contratual que se vem sedimentando em sede de parcerias público-privadas, sobretudo ao nível de concessões de obra e serviço público.

Em rigor, o primeiro artigo que reflecte a preocupação expressa⁷¹ de adequação à realidade contratual “imposta” pelo recurso ao project finance, é o artigo 322.º, disposição que consagra o direito de step in e step out das denominadas “entidades financiadoras, conceito que o legislador foi buscar aos contratos de concessão que configuram parcerias público-privadas.

O direito de step in⁷² visa, como refere PEDRO GONÇALVES, “*confortar a situação jurídica das instituições que suportam o financiamento do co-contratante. Assim estando envolvido o incumprimento grave (ou ameaça) pelo co-contratante, às instituições financiadoras é conferido o direito de assumirem (ou indicarem quem assumam), ou não, o controlo societário do co-contratante ou de assumirem (ou indicarem quem assumam), ou não, a posição jurídica do co-contratante*”⁷³.

O CCP contém pelo menos duas outras situações em que a posição das entidades financiadoras, à semelhança do que já vinha sucedendo na prática contratual recente, aparece salvaguardada. No artigo 421.º a propósito do sequestro, prevê-se no n.º 4 que nos “casos em que esteja previsto, em acordo entre o concedente e as entidades financiadoras, o direito destas de intervir na concessão nas situações de iminência de sequestro, este apenas pode ter lugar depois de o concedente notificar a sua intenção às entidades financiadoras”. No artigo 423.º, n.º 2 encontramos disposição semelhante, mas aqui a propósito da resolução (sanção) do contrato de concessão pelo concedente⁷⁴.

71 Em boa verdade e apesar de não se tratar de uma regulação expressa, o artigo 77.º, n.º 2, alínea c), em conjugação com os artigos 92.º e 93.º, têm sobretudo em vista as parcerias público-privadas com recurso ao project finance. Ver sobre estas normas o referido na nota de rodapé n.º 63.

72 Sobre esta figura, ver E. R. YESCOMBE, “*Public Private Partnerships - principles of policy and finance*”, Elsevier Finance, 2007, págs. 277-278; GRAHAM VINTNER, obra citada, págs. 159 e sgts. c JOSÉ LOPES ENRI, obra citada, págs. 235-242 e 392.

73 Cfr. “*A relação...*”, pág. 46.

74 Numa primeira leitura, uma dúvida que poderia emergir é a seguinte: qual o motivo para o legislador ter reservado esse dever de notificação apenas para as duas situações descritas no texto, ou seja, porque é que esse mesmo dever de notificação não está também previsto para o resgate?

Na minha perspectiva, a explicação parece ser esta. Uma vez que o direito de step in só emerge nas situações de ruptura ou quase ruptura do contrato e, portanto, o seu efeito útil é permitir às entidades financiadoras “salvar” a relação contratual existente, acautelando os seus interesses, faz sentido que o dever de notificação só esteja pre-

No CCP, a regulação da figura do *step in* suscita algumas reflexões adicionais e também algumas observações críticas.

A primeira nota crítica prende-se com duas concretizações da figura que o legislador achou por bem reservar, como vimos supra, para os contratos de concessão. De facto, se o legislador previu a figura do *step in* — típica, senão exclusiva, de parcerias público-privadas com recurso ao *project finance* — no capítulo das normas gerais aplicáveis a todos os contratos administrativos, não se percebe porque a concretização particular do *step in* é um exclusivo dos contratos de concessão. Das duas, uma: ou a figura não cabe nas normas gerais aplicáveis a todos os contratos administrativos, como pareceria mais curial, ou, cabendo, é, salvo melhor opinião, inadequado reservar a sua concretização particular (em alguns casos concretos) única e exclusivamente para os contratos de concessão⁷⁵.

visto para as situações de sequestro e resolução-sanção. É que nestas situações, não obstante o parceiro público ou contraente público fazer um juízo desfavorável sobre o modo como os interesses públicos subjacentes ao contrato em causa estão a ser prosseguidos, ainda existe ou pode existir interesse (público) na sua “salvação”. No caso do resgate a situação é completamente diferente: o contraente público considera que já não existe interesse público na execução do objecto do contrato, ou, continuando a existir interesse público na execução desse contrato, o modo como a relação contratual está configurada já não protege, já não acautela, já não satisfaz os interesses públicos em presença. Quando assim é, não faria sentido que o juízo soberano sobre o interesse público pudesse ser posto em causa pelos direitos, ainda que legítimos, das entidades financiadoras (de resto, o CCP protege esses direitos, cfr. 422.º, n.º 3).

Neste contexto, julgo que o dever de notificação traz consigo a obrigação, ou dizendo de outra forma, o direito de as entidades financiadoras, nos termos previstos contratualmente, intervirem nos contratos de modo a tentar salvá-los. Por outro lado, tal como entendo o “desenho legislativo”, está vedado aos concedentes estenderem o regime do *step in* previsto para o sequestro e para a resolução-sanção para a figura do resgate (nos contratos de concessão) e da resolução dos contratos administrativos por interesse público.

⁷⁵ Não ignoro que é nos contratos de concessão que a figura terá maior campo de aplicação, senão mesmo campo de aplicação exclusivo e, talvez por isso, o legislador tenha sentido necessidade de reiterar a sua aplicação no domínio dos contratos de concessão, deixando expresso que o accionamento do sequestro e da resolução-sanção poderá ficar condicionado à notificação prévia das entidades financiadoras. Noutra perspectiva, esta salvaguarda do legislador mostra que o legislador, em algumas situações, privilegiou os contratos de concessão para regular aspectos ligados às parcerias público-privadas, podendo mesmo dizer-se que nessas situações acabou por assumir, ainda que inadvertidamente, que as parcerias público-privadas reconduzem-se, afinal, a um tipo contratual

A segunda nota prende-se com o seguinte. Na hipótese de o co-contratante, ao abrigo do artigo 323.º, n.º 3, alínea b), ceder a sua posição contratual às entidades financiadoras ou à entidade que este indicar, julgo que o legislador deveria ter previsto a aplicação dos limites e condições previstas nos artigos 317.º a 319.º⁷⁶ para a, neste caso, cessão da posição contratual⁷⁷. Na minha leitura, parece-me incompatível com a prossecução do interesse público a mera possibilidade, quanto mais a concretização efectiva, de uma cessão de posição contratual em que o cessionário não disponha, por exemplo, de capacidade técnica para cumprir o objecto da concessão. Dito de outra maneira: não vejo nesta cessão de posição contratual, qualquer especificidade que afaste ou deva afastar o regime geral aplicável à cessão da posição contratual prevista no CCP. Julgo pois que o CCP tem aqui uma lacuna, lacuna essa que deve ser suprida através da aplicação analógica dos citados artigos 317.º a 319.º.

A terceira nota prende-se com o seguinte. O direito de step in só pode ser accionado em caso de incumprimento grave pelo co-contratante de obrigações contratuais perante o contraente público ou em caso de incumprimento grave pelo co-contratante de obrigações contratuais perante terceiros com quem o co-contratante tenha celebrado subcontratos essenciais para a prossecução do objecto do contrato, desde que

já existente: os contratos de concessão.

⁷⁶ No mesmo sentido, ver PEDRO GONÇALVES, “A relação...”, pág. 46.

⁷⁷ No mesmo sentido mas apenas para o caso específico de as entidades financiadoras indicarem uma entidade terceira, E. R. YESCOMBE refere que “*the technical and financial capacity of the lenders Step-In nominee or substitute obligor will have to be acceptable to the Public Authority*”. Cfr. obra citada, pág. 278.

Em sentido contrário, JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEL, dando nota de que a lei das parcerias público-privadas brasileira (lei n.º 11.0799) dispensa expressamente as entidades financeiras ou a entidade terceira que aquelas indicarem de cumprirem as condições legalmente previstas (na lei das concessões, n.º 8.987) para a cessão da posição contratual, refere que a “*dispensa de aplicação desse dispositivo é bastante procedente pois sua aplicação textual dificultaria a vida dos financiadores, haja vista que os bancos teriam dificuldade em comprovar “capacidade técnica para a execução de empreendimentos comerciais na área de infra-estrutura”*”. Ver obra citada, pág 242, nota de rodapé n.º 423. Sobre a experiência brasileira no domínio das parcerias público-privadas existem, ao contrário do que sucede no nosso país, diversos estudos publicados. Uma “amostra” desses estudos pode ser vista em três obras colectivas: “*Parcerias Público-Privadas*”, Malheiros Editores, 2002, “*Parcerias Público-Privadas – Um enfoque multidisciplinar*”, Editora Revista dos Tribunais, 2005, e “*Parcerias Público-Privadas*”, MP Editora, 2006.

o incumprimento esteja iminente, ou quando se verifiquem os pressupostos para a resolução do contrato pelo contraente público ou dos subcontratos por terceiros.

Como é patente, é amplo o direito das entidades financiadoras de intervirem nos contratos administrativos ao abrigo do CCP. No fundo, subjacente a todas as situações que dão lugar ao direito de *step in* está a situação de ruptura ou ruptura iminente do contrato administrativo, pon-do em perigo ou comprometendo mesmo os interesses dos financiadores.

Em rigor, havendo estipulação contratual nesse sentido e mediante autorização do contraente público, o direito das entidades financiadoras intervirem no contrato está sempre associado à eventual ruptura do contrato administrativo, dando aqui o legislador abertura para que nas situações tipificadas no CCP, as partes possam fixar à partida que em caso de ruptura ou ruptura iminente do contrato administrativo o contraente público mantém o interesse no cumprimento do contrato, isto é, de algum modo o contraente público cristaliza, congela o seu interesse no cumprimento do contrato administrativo, “subordinando” a sua posição futura – quando se verificar uma situação de eventual ruptura do contrato – aos interesses dos financiadores⁷⁸.

⁷⁸ É verdade que o legislador subordina esse direito de intervenção a autorização do contraente público. Mas como a prática contratual demonstra, essa autorização é contratualizada no início da relação, ou seja, a autorização não é dada no decurso da execução do contrato mas no momento da sua celebração. Assim, o que fica dito no texto não é contrariado, salvo melhor opinião, pela necessidade de autorização do contraente público. A questão que se coloca pois é a de saber se a cristalização do interesse público na manutenção do contrato, independentemente da situação em concreto e note-se, até perante uma situação configurável como dando azo à resolução-sanção do contrato administrativo, é compaginável com o princípio constitucional a que toda a Administração Pública está vinculada, a saber, o princípio da prossecução do interesse público, princípio que exige a ponderação constante e actualizada dos interesses públicos em presença na actividade daquela administração e, portanto, dificilmente compatível com situações como a descrita, mais a mais quando normalmente estaremos perante situações em que o prazo dos contratos é de 10, 20 ou 30 anos. Nesta perspectiva, o problema também se coloca, nos mesmos termos, a propósito da redacção prevista no artigo 422.º, n.º 1. De todo o modo, parece seguro dizer que o interesse das entidades financiadoras não poderá, em situação alguma, prevalecer sobre o poder/dever dos contraentes públicos resolverem o contrato por razões de interesse público ao abrigo do artigo 334.º do CCP, já que, neste diploma, o direito de intervenção das entidades financiadoras está associado a situações de incumprimento grave do co-contratante, seja do contrato administrativo, seja dos subcontratos celebrados pelo co-contratante.

Uma quarta nota para dar conta das modalidades que o direito de *step in* pode assumir. Nos termos do artigo 323.º, n.º 3, alíneas a) e b), esse direito de intervenção pode assumir duas formas: (i) transferência do controlo societário para as entidades financiadoras ou para a entidade indicada pelas entidades financiadoras, e (ii) cessão da posição contratual do co-contratante para as entidades financiadoras ou para a entidade indicada pelas entidades financiadoras, sendo que neste último caso a posição contratual do co-contratante nos subcontratos celebrados transmitir-se-á automaticamente para as entidades financiadoras ou para a entidade por esta indicada, transmitindo-se novamente para o co-contratante no termo do período de intervenção, se aplicável.

Outra das normas que denota a influência do *project finance*, em rigor, do *project finance* associado ao desenvolvimento de parcerias público-privadas, é o artigo 410.º, n.º 1. Nesta norma prescreve-se que o “prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para a amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário”.

Quer dizer: nas parcerias público-privadas, especialmente com recurso ao *project finance*, o prazo dos respectivos contratos deve ser fixado de acordo com o tempo julgado necessário para, “em normais condições de rendibilidade da exploração”, os parceiros privados verem amortizado o seu investimento acrescido do lucro expectável ou usual em projectos da mesma natureza, variando essa margem também em função dos riscos assumidos pelo parceiro privado e da sua performance durante o prazo de execução do projecto em concreto.

Uma terceira norma que denota a influência da prática contratual em sede de parcerias público-privadas na redacção de algumas normas do CCP, é o artigo 412.º, norma esta que, sendo tributária do disposto no artigo 14.º-C, n.º 7, do DL n.º 86/2003, vem regular o exercício de actividades pelas concessionárias não previstas inicialmente no contrato.

De acordo com esta disposição, o concessionário poderá exercer outras actividades desde que “complementares ou acessórias das que constituem o objecto principal do mesmo” contrato. Mas a concessionária só poderá autorizar o exercício dessas actividades se o concessionário apresentar “uma projecção económico-financeira da actividade ou actividades a desenvolver” e “uma proposta de partilha da correspon-

dente receita entre as partes” (cfr. n.ºs 1 e 2)⁷⁹.

Uma quarta norma que denota a citada influência, é a prevista no artigo 413.º do CCP. Nesta disposição legal, prevê-se que o contrato “deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário”. Esta norma transcreve quase integralmente o disposto no artigo 7.º, alínea b) do RJPPP e, tal como já defendi em ocasião anterior, julgo que “efectiva” quer dizer transferência realista do risco e “significativa, transferência óptima ou otimizada do risco”⁸⁰.

O princípio previsto nesta norma encontra depois concretização no artigo 416.º quando aí se prevê que o direito do concessionário a receber do concedente “prestações económico-financeiras” não pode, entre

⁷⁹ Sobre este ponto em específico, ver, entre outros e na perspectiva da obtenção de receitas acessórias pelos concessionários ou parceiros privados e sob a necessidade da sua contabilização para efeitos de reposição do equilíbrio económico-financeiro, relatório de auditoria n.º 24/02 -, 2.ª secção do Tribunal de Contas (auditoria ao contrato de concessão da Fertagus).

⁸⁰ O ponto aqui é o seguinte. Não vale a pena transferir para o parceiro privado riscos que este não consegue ou não pode gerir. De facto, ao transferir para o parceiro privado riscos que este não consegue gerir, o parceiro público vai aumentar o “risco de financiamento” e, portanto, em projectos em que o parceiro privado também é remunerado pelo parceiro público, a transferência de riscos que, de acordo com as condições normais de mercado e a prática contratual, ou são assumidos pelo parceiro público ou são assumidos em partes iguais, vai reflectir-se no custo de financiamento, logo, no montante das prestações a cargo do parceiro público. Nas situações em que o parceiro privado obtém a sua remuneração única e exclusivamente por via das receitas geradas pelo projecto, a consequência será o aumento das taxas ou contrapartidas a cargo dos utentes. Cfr., entre outros, sobre a matéria do risco, MARCOS AUGUSTO PEREZ, “O risco no contrato de concessão de serviço público”, Editora Fórum, 2006, págs. 101-184 JOSÉ ESTEVE PARDO “Participación pública y privada en las concesiones. La distribución de riesgos en las fórmulas de financiación privada”, “Direito e Justiça – VI Colóquio Luso-Espanhol...” págs. 155-173, LUIZ BORGES, “Riscos e sua mitigação em financiamento de investimentos de infra-estrutura em PPP-Parceria Público-Privada”, “Parcerias Público-Privadas – Um enfoque ...”, págs. 156-167, ALEXANDRE WAGNER NESTER, “O risco de empreendimento”, “Parcerias Público-Privadas – Um enfoque...”, págs. 174-192, JOSÉ VIRGILIO LOPES ENEL, obra citada, págs. 182-213, ROB BALL/MARYANNE HEAFEY/DAVE KING, “Risk Mngement and the private finance initiative”, “Public-Private Partnerships – Policy and Experience”, Palgrave Macmillan, 2004, págs. 179-188. As manifestações do denominado “risco político”, podem ser vistas com proveito em J. LUIS GUASCH, “Concesiones en infraestructura cómo hacerlo bien”, The World Bank/Antoni Bosch Editor, 2005.

outras condições, eliminar “a efectiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário”.

No artigo 418.º encontramos uma disposição legal que é também tributária, quer da prática contratual, quer também das preocupações recorrentes do Tribunal de Contas. Aqui prevê-se, basicamente, que os contratos de concessão devem prever indicadores de acompanhamento e avaliação do desempenho dos concessionários, podendo (em rigor, deveria ter previsto, devendo) “nos termos do contrato e em função dos resultados da aplicação dos indicadores referidos no número anterior, atribuir vantagens económicas ou aplicar penalizações económicas ao concessionário”.

Nesta disposição contratual encontramos uma manifestação muito clara do objectivo primacial dos parceiros públicos quando recorrem às parcerias público-privadas: como se prevê no artigo 4.º do DL n.º 86/2003, “a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público”. No fundo, o artigo 418.º é uma manifestação da “ratio legis” subjacente ao citado artigo 4.º.

Finalmente, cumpre destacar a diferença entre o regime do resgate previsto no artigo 422.º (inserido no capítulo das normas gerais aplicáveis aos contratos de concessão) e o regime da resolução por interesse público (previsto nas normas gerais aplicáveis aos contratos administrativos). De facto, ao passo que no resgate (que é também uma resolução do contrato por razões de interesse público), o legislador dá abertura para que o resgate só possa ser accionado após o decurso de um determinado prazo, na resolução por interesse público prevista no artigo 334.º, tudo indica que a resolução possa ser accionada a todo o tempo.

Quer dizer: no caso das concessões, o legislador denota estar bem ciente que hoje em dia as concessões envolvem investimentos muito pesados e que, portanto, requerem a intervenção activa e indispensável das entidades financiadoras. Por esse motivo, deu abertura legal para que o resgate só pudesse ser accionado depois de decorrido alguns anos do prazo da concessão, evitando, deste modo, “afugentar” as entidades financiadoras já que estas, compreensivelmente, estariam pouco interessadas em mobilizar capital para um projecto que, a todo o tempo, poderia, ainda que por razões de interesse público, ser “extinto”.

d) REFLEXÕES FINAIS

O Código dos Contratos Públicos não tomou uma opção clara quanto ao modo de regular o fenómeno das parcerias público-privadas, indefinição que conduziu a um conjunto de normas que, sendo largamente tributárias da prática contratual existente e do regime já previsto no DL n.º 86/2003, estão dispersas pelo CCP entre normas que regulam expressamente o recurso às parcerias público-privadas, normais gerais aplicáveis a todos os contratos administrativos e normas aplicáveis unicamente aos contratos de concessão.

A par desta carência (e incoerência), a regulação prevista no CCP revela também que o legislador articulou mal (ou não quis articular) o regime previsto no DL n.º 86/2003 com as opções tomadas no CCP, demonstrando, segundo parece, uma percepção insuficiente da natureza e alcance do DL n.º 86/2003.

Contudo e sem prejuízo do que acima fica dito, com o CCP o legislador fez um esforço sério, e em muitos casos plenamente atingido, de “transpor” ou “receber” na ordem jurídica portuguesa a realidade contratual e “económica” das parcerias público-privadas, com e sem recurso ao project finance, demonstrando estar atento à importância das parcerias público-privadas no desenvolvimento económico do país e na satisfação das necessidades colectivas, tendo, nomeadamente, criado com zelo, empenho e mérito um “ambiente legal” propício à intervenção das entidades financiadoras, facilitando assim, pelo menos do ponto de vista estritamente jurídico, o investimento privado em projectos que requerem grande alavancagem financeira.

IV) SÍNTESE CONCLUSIVA

O regime jurídico hoje aplicável à preparação, lançamento, contratação e execução de parcerias público-privadas é muito completo, mas também muito complexo e só um esforço e estudo aturado é que permite, com muitas dúvidas, apreender o regime aplicável às várias fases de desenvolvimento das parcerias público-privadas.

O resultado das alterações introduzidas pelo Código dos Contratos Públicos, em conjugação com regimes preexistentes, é, segundo creio e salvo melhor opinião, a criação de três regimes, por vezes com

zonas de complementaridade, aplicáveis às parcerias público-privadas: (i) o regime aplicável ao Estado, Regiões Autónomas, e institutos públicos (CCP); (ii) o regime aplicável às entidades públicas empresariais (DL n.º 86/2003 e CCP); (iii) o regime aplicável às empresas públicas sob a forma societária (exigências materiais e princípios constantes do DL n.º 86/2003, e CCP) e, por fim, (iv) o regime aplicável às empresas municipais (DL n.º 86/2003, com as devidas adaptações)⁸¹.

A experiência dos últimos anos em sede de parcerias público-privadas, quer do ponto de vista contratual, quer do ponto de vista da intervenção fiscalizadora das entidades externas, designadamente do Tribunal de Contas, e das entidades com responsabilidade ao nível do controlo interno no seio da Administração Pública, como a Inspeção Geral de Finanças, e a Inspeção Geral das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, a par da hoje mais que evidente percepção do legislador nacional para as especificidades próprias e inerentes ao recurso às parcerias público-privadas, com e sem recurso ao project finance, reclama uma intervenção legislativa de fundo ao nível das parcerias público-privadas.

Essa intervenção legislativa deve procurar uniformizar os vários regimes existentes, sem descuidar as particularidades decorrentes, nomeadamente, da natureza dos parceiros públicos, simplificar, tanto quanto possível, o regime jurídico e melhorar algumas das soluções já previstas. Tal intervenção deve ser ponderada⁸² e reflectir uma opção clara e coerente do ponto de vista conceptual, evitando misturar realidades diferentes, como normas que são próprias do recurso às parcerias público-privadas

⁸¹ Cfr. artigo 14.º da Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro. Sobre a promoção de parcerias público-privadas pelas empresas municipais à luz daquele diploma, ver PEDRO GONÇALVES, “*Regime jurídico das...*”, págs. 236-238. No regime anterior, ver CARLOS SOARES ALVES, “*Os Municípios e as parcerias público-privadas: concessões e empresas municipais*”, Edição ATAM, 2002.

⁸² Tenha-se em vista a reflexão que está a ser feita em vários países membros da União Europeia e também no seio desta, sob a melhor forma de, no contexto da crise financeira global, continuar a assegurar a satisfação das necessidades colectivas através do recurso às parcerias público-privadas. Um bom ponto de partida para este efeito, pode ser visto nos documentos distribuídos a propósito da realização pela Parpública/Caixa BI de um “Workshop sobre financiamento de infra-estruturas públicas”. Estes documentos serão certamente disponibilizados brevemente em <http://www.parpública.pt/pppsapresentacoes.html>.

com recurso ao *project finance*, como o caso do *step in*, com normas aplicáveis a todos os contratos administrativos, e, por fim, deve evitar-se a tentação de produzir essa “legislação própria” sem consultar todos os intervenientes, isto é, sem um processo de consulta pública que permita, à semelhança do que se fez com o Código dos Contratos Públicos, a recolha da sensibilidade e experiência de todos os “actores envolvidos”.

DECRETO-LEI N.º 86/2003, DE 26 DE ABRIL*

A transformação dos sistemas sociais operada no decurso do século XX, em virtude das quais o Estado passou a assumir novas funções, inclusive produtivas, de satisfação das necessidades sociais e públicas, provocou, paralelamente, um elevado aumento da despesa pública, observando-se nas sociedades modernas um peso excessivo do Estado e níveis inoportáveis de endividamento público, sem o equivalente aumento da qualidade dos serviços públicos prestados aos cidadãos.

Em resposta, tem vindo a assistir-se à alteração do entendimento quanto ao papel do Estado na economia e, mais genericamente, quanto à forma de satisfação das necessidades colectivas.

A similitude entre determinadas actividades prosseguidas por entidades privadas e as subjacentes à prestação de certos serviços públicos, tem levado à conclusão de que também nos serviços públicos é possível tirar proveito da tradicional melhor capacidade de gestão do sector privado, melhorando a qualidade do serviço prestado e gerando poupanças consideráveis na utilização de recursos públicos.

Uma das formas, internacionalmente consagrada e testada, de obtenção pelo Estado de tais competências de gestão, consiste no estabelecimento de relacionamentos duradouros com privados, em regime de parceria público-privada, no âmbito dos quais lhes são transferidos os riscos, nomeadamente tecnológicos e operacionais, com os quais se encontram mais familiarizados e para cujo manuseamento se encontram mais habilitados.

Neste âmbito, têm vindo o Estado e outros entes públicos a desenvolver modelos alternativos e experiências inovadoras de relacionamento com entidades privadas.

Essas inovações quase sempre passam por um relacionamento de longo prazo entre os parceiros públicos e privados, envolvendo a repartição de encargos e riscos entre as partes e o estabelecimento de compromissos de médio ou longo prazo que, quando implicam encargos a satisfazer pelos entes públicos envolvidos, afectam e condicionam im-

* Os artigos assinalados com * foram alterados pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho. Como referido no artigo, entendo que o RJPPP não foi revogado, continuando a ser o regime base aplicável às parcerias público-privadas desenvolvidas pelas empresas públicas (com as particularidades descritas e analisadas). Deste modo, não se terá aqui em conta a publicação do Código dos Contratos Públicos.

perativamente a totalidade ou parte dos respectivos orçamentos futuros, compreendidos no período de duração dos contratos celebrados.

Tais modelos, nos casos em que criam encargos de médio ou longo prazo para o parceiro público, e pelo reflexo que comportam em termos de alteração do perfil e características da despesa pública, acarretam, também, a necessidade de dar passos no sentido de uma orçamentação plurianual do sector público administrativo, que, por um lado, permita aos decisores públicos avaliar objectivamente, em toda a sua dimensão e projecção temporal, os custos e benefícios plurianuais das opções tomadas, bem como ponderar devidamente a responsabilidade que assumem ao decidi-las e, por outro, habilite o parceiro público a evidenciar e enquadrar orçamentalmente, em tempo útil e realisticamente, a integralidade dos compromissos financeiros que resultam das parcerias contratadas.

A implementação desse sistema de orçamentação plurianual, a qual se encontra em curso, não elimina, no entanto, a necessidade de estipulação de algumas regras gerais relativas aos procedimentos de assunção de responsabilidades e de partilha de riscos no âmbito de parcerias público-privadas, tendo em vista garantir a respectiva economia, eficiência e eficácia, bem como a respectiva articulação com as normas de enquadramento orçamental.

Em paralelo, o objectivo de melhorar os procedimentos de contratação e padronizar os instrumentos de regulação jurídica das parcerias, torna-se, assim, ainda mais imperioso e evidente, como forma determinante de extrair todo o valor implícito, em termos de racionalização, previsibilidade e legitimação da realização de despesa pública, na existência de um tal sistema de programação financeira.

Instituem-se, assim, princípios gerais de eficiência e economia relativos à repartição de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado que permitam dotar a relação contratual subjacente de uma harmonia e equilíbrio ao nível da repartição dos encargos e da distribuição do risco.

Tais princípios deverão desempenhar a dupla função de, por um lado, enformar o conteúdo de cada parceria efectivamente concretizada e, por outro, de obrigar o decisor público a reflectir, na fase constitutiva, acerca da adequação do recurso à figura da parceria, em geral, ou de determinados modelos, em particular, sempre que a apresentação dos projectos de forma atractiva para o mercado privado implique a assunção de encargos, por parte do Estado, que, pela duração dos com-

promissos assumidos ou pela imprevisibilidade de determinadas matérias, coloquem em causa o valor acrescentado do recurso a este modo de relacionamento, em detrimento de outros alternativos, ou o normal exercício da prossecução do interesse público no longo prazo.

Estes princípios exigem também, nas fases preparatórias, uma mais cuidada avaliação da possível repartição do risco, e propiciam, durante a vigência da parceria, uma maior eficiência da mesma, criando incentivos à definição de parcerias financeiramente sustentáveis e bem geridas.

O presente diploma avança ainda na consagração plena, no ordenamento jurídico português, do princípio segundo o qual a parceria apenas se justifica quando se revelar vantajosa em confronto com o comparador de sector público.

A este nível, a inovação traduz-se no facto de a exigência constante do n.º 2 do artigo 16.º da lei de enquadramento orçamental receber um tratamento procedimental compatível com a complexidade do juízo subjacente, através da exigência, em várias fases processuais, do confronto do projecto de parceria com o comparador de sector público, de forma a preparar uma consistente justificação da economia, eficiência e eficácia daquele, para efeitos orçamentais.

Esta exigência de quantificação rigorosa e de avaliação da criação de valor acrescentado pelo recurso à parceria é transversal a todo o procedimento de constituição da mesma, incluindo na fase concursal, tendo-se atribuído às comissões de avaliação das propostas uma nova competência para o efeito, de forma a tomar em consideração o custo de oportunidade para o Estado, extravasando, assim, a tradicional restrição da sua actividade à mera análise do mérito relativo das propostas apresentadas.

Acresce que este diploma manifesta uma grande preocupação de articulação do regime geral, aplicável às parcerias público-privadas, com eventuais regimes sectoriais, os quais se podem revelar extremamente úteis para efeitos de lançamento de programas integrados de parcerias pelos vários ministérios. Assim, optou-se por uma concepção em que o regime ora aprovado funcionará como um regime de cúpula, que se atém ao essencial da disciplina que se pretende instituir, em detrimento de um regime mais vasto, contendo numerosas normas de natureza supletiva. Prevê-se, assim, a existência de regimes sectoriais, mas que surgirão com uma função complementar deste e não derogatória.

Esta concepção inspira-se numa filosofia, por um lado, de criação

no Estado de competências e procedimentos especializados, para fazer face ao crescimento expectável do sector das parcerias e, por outro, de estímulo de uma intensa colaboração interministerial, sistematizada, de forma a garantir que as diversas componentes do projecto são abordadas com a maior profundidade sem, no entanto, se perder a visão de conjunto.

A tramitação prevista no presente diploma responde à necessidade, de há muito sentida, de um enquadramento geral, contendo regras de disciplina genéricas e as linhas de conexão entre a realização deste novo tipo de despesa pública e a disciplina orçamental, convivendo harmonicamente com a eventual criação, quando se justifique, de regimes sectoriais para o lançamento de programas integrados de parcerias e a contratação dos parceiros nas várias áreas de actividade pública.

Assim:

Nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1.º

Objecto

O presente diploma tem por objecto a definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas.

Artigo 2.º (*)

Definição de parceria público-privada e âmbito de aplicação

1 – Para os efeitos do presente diploma, entende-se por parceria público-privada o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

2 – São parceiros públicos:

- a) O Estado e entidades públicas estaduais;**
- b) Os fundos e serviços autónomos;**
- c) As entidades públicas empresariais.**

3 – O presente diploma é igualmente aplicável a todas as parcerias em que o equivalente ao parceiro não público seja uma empresa pública, uma cooperativa ou uma instituição privada sem fins lucrativos.

4 – Constituem, entre outros, instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados:

- a) O contrato de concessão de obras públicas;**
- b) O contrato de concessão de serviço público;**
- c) O contrato de fornecimento contínuo;**
- d) O contrato de prestação de serviços;**
- e) O contrato de gestão;**
- f) O contrato de colaboração, quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infra-estrutura já existentes, pertencentes a outras entidades que não o parceiro público.**

5 – Excluem-se do âmbito de aplicação do presente diploma:

- a) As empreitadas de obras públicas;**
- b) Os arrendamentos;**
- c) Os contratos públicos de aprovisionamento;**
- d) Todas as parcerias público-privadas que envolvam, cumulativamente, um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros;**
- e) Todos os outros contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, com prazo de duração igual ou inferior a três anos, que não envolvam a assunção automática de obrigações para o parceiro público no termo ou para além do termo do contrato.**

6 – As parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do presente decreto-lei, designadamente os resultantes dos artigos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 14.º-C e 14.º-F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial exercidos através da função accionista do Estado.

Redacção anterior:

“Artigo 2.º

Definição de parceria público-privada e âmbito de aplicação

- 1 – ...
- 2 – ...
- a) ...
- b) ...
- c) As empresas públicas e as entidades por elas constituídas com vista à satisfação de interesses comuns.
- 3 – ...
- 4 – ...
- 5 – ...
- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) Todas as parcerias público-privadas que envolvam um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros ou um investimento inferior a 25 milhões de euros, excluindo-se destes montantes os provenientes de fundos comunitários;
- e) ...”

Artigo 3.º (*)**Prevalência**

1 – O disposto no presente diploma prevalece sobre quaisquer outras normas, relativas a parcerias público-privadas, tal como definidas no artigo 2.º.

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, quando a especificidade de determinado sector o justificar, podem ser criados regimes sectoriais especiais, nos termos dos quais são definidas as normas que se revelem necessárias ou convenientes, em virtude das características particulares do sector em causa, para assegurar a prossecução dos fins e o cumprimento dos pressupostos gerais da constituição de parcerias público-privadas.

3 – Os regimes sectoriais especiais referidos no número anterior podem compreender:

- a) Princípios e regras económicos, financeiros e técnicos;**
- b) Normas procedimentais específicas;**
- c) A atribuição a uma entidade sob tutela sectorial das compe-**

tências de identificação, preparação, avaliação prévia, acompanhamento e avaliação de constituição de projectos de parcerias.

Redacção anterior:

“Artigo 3.º
Prevalência

1 – ...

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, quando a especificidade de determinado sector o justificar, podem ser criados regimes sectoriais especiais, nos termos dos quais são definidas as normas que, não colidindo com as disposições do presente diploma, se revelem necessárias ou convenientes, em virtude das características particulares do sector em causa, para assegurar a prossecução dos fins e o cumprimento dos pressupostos gerais da constituição de parcerias público-privadas.

3 – ...

Artigo 4.º
Fins

Constituem finalidades essenciais das parcerias público-privadas o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público.

Artigo 5.º (*)

Repartição de responsabilidades

No âmbito das parcerias público-privadas, incumbe ao parceiro público o acompanhamento e o controlo da execução do objecto da parceria, de forma a garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes, e ao parceiro privado cabe, preferencialmente, o financiamento, bem como o exercício e a gestão da actividade contratada.

Redacção anterior:

“Artigo 5.º

Repartição de responsabilidades

No âmbito das parcerias público-privadas, preferencialmente, incumbe ao parceiro público o acompanhamento e o controlo da exe-

cução do objecto da parceria, por forma a garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes, e ao parceiro privado cabe o financiamento e o exercício e a gestão da actividade contratada.”

Artigo 6.º (*)

Pressupostos

1 – O lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõem:

a) O cumprimento, quando for o caso, das normas relativas à programação financeira plurianual constantes da lei de enquadramento orçamental;

b) A clara enunciação dos objectivos da parceria, definindo os resultados pretendidos e permitindo uma adequada atribuição das responsabilidades das partes;

c) A configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no n.º 2 do artigo 19.º da lei de enquadramento orçamental, e que, simultaneamente, apresente para os parceiros privados uma expectativa de obtenção de remuneração adequada aos montantes investidos e ao grau de risco em que incorrem;

d) A prévia adequação às normas legais e demais instrumentos normativos, bem como a obtenção das autorizações e pareceres administrativos exigidos, tais como, entre outros, os de natureza ambiental e urbanísticos, dos quais dependa o desenvolvimento do projecto, de modo a permitir que todo o risco da execução seja ou possa ser transferido para o parceiro privado;

e) A concepção de modelos de parcerias que evitem ou minimizem, sempre que possível e salvo fundamentação adequada, a probabilidade da verificação de modificações unilaterais dos contratos determinadas pelo parceiro público ou quaisquer outros factos ou circunstâncias geradores ou potenciadores da obrigação de reposição do equilíbrio financeiro, designadamente a indefinição das prestações contratuais, a imprevisibilidade da matéria, a extensão ou incerteza quanto à duração do compromisso, bem como a assunção de termos e condições de reposição desse equilíbrio ou outros regimes indemnizatórios que sejam excessiva ou injustificadamente onerosos ou inadequados em face do perfil de risco efectivo da parceria;

f) A adopção, na fase prévia à contratação, das diligências e a consagração das exigências que se revelem adequadas à obtenção de um resultado negocial economicamente competitivo;

g) A identificação expressa da entidade pública que tem a responsabilidade de suportar os encargos decorrentes de pagamentos a realizar ao parceiro privado, quando se preveja que os mesmos venham a ter lugar, bem como a identificação da origem dos respectivos fundos.

2 – Os estudos económico-financeiros de suporte ao lançamento da parceria utilizam os parâmetros macroeconómicos definidos por despacho do Ministro das Finanças, o qual determina, designadamente, a taxa de desconto, para efeitos de actualização, e as projecções de inflação.

3 – A verificação da conformidade do projecto de parceria com os pressupostos referidos no n.º 1 deve ser realizada com o maior grau de concretização possível em função da fase em que o projecto se encontre.

4 – No que respeita, em especial, à declaração de impacte ambiental, quando exigível segundo a lei aplicável, deve a mesma ser obtida previamente ao lançamento da parceria.

5 – Nos casos a que se refere o número anterior, os prazos de caducidade previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, são alargados para três anos.

6 – Nos casos em que sejam apresentadas propostas com variantes assentes em pressupostos diferentes daqueles que serviram de base à declaração de impacte ambiental, os riscos inerentes à variante correm exclusivamente por conta do parceiro privado.

Redacção anterior:

“Artigo 6.º
Pressupostos

1 – ...

a) ...

b) ...

c) A configuração de um modelo de parceria que apresente para o parceiro público vantagens relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliadas nos termos previstos no artigo 16.º, n.º 2, da lei de enquadramento orçamental, e que, simultaneamente,

apresente para os parceiros privados uma expectativa de obtenção de remuneração adequada aos montantes investidos e ao grau de risco em que incorrem;

d) ...

e) A concepção de modelos de parcerias que não impliquem ou evitem, sempre que possível e salvo fundamentação adequada, a assunção, perante os parceiros privados, de quaisquer cláusulas ou regimes indemnizatórios de longo prazo, aplicáveis a quaisquer formas, legalmente permitidas, de modificação unilateral dos contratos determinadas pelo Estado, que comprometam materialmente o normal exercício do dever de apreciação do interesse público e correspondente prossecução, em virtude da excessiva ou injustificada onerosidade, ou da respectiva inadequação por força da imprevisibilidade da matéria ou da duração do compromisso;

f) ...

2 - ...

3 - ...”

Artigo 7.º

Partilha de riscos

A partilha de riscos entre as entidades públicas e privadas deve estar claramente identificada contratualmente e obedece aos seguintes princípios:

a) Os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a sua capacidade de gerir esses mesmos riscos;

b) O estabelecimento da parceria deverá implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado;

c) Deverá ser evitada a criação de riscos que não tenham adequada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes;

d) O risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado.

CAPÍTULO II

Avaliação das parcerias

Artigo 7.º-A¹

Programas sectoriais de parcerias

1 – De acordo com as prioridades políticas e de investimentos sectoriais podem ser desenvolvidos programas sectoriais de parcerias, envolvendo um conjunto articulado de projectos com recurso à gestão e ao financiamento privado, nos termos dos artigos 18.º e seguintes da lei de enquadramento orçamental.

2 – A coordenação e o apoio técnico à preparação dos projectos inseridos ou a inserir em programas sectoriais podem ser atribuídos, pelo ministro da tutela sectorial, a unidades ou estruturas técnicas especializadas, às quais cabe, nomeadamente, apresentar o respectivo estudo estratégico e minutas dos instrumentos jurídicos necessários ao início do procedimento prévio à contratação.

3 – O estudo previsto no número anterior deve demonstrar a aptidão do projecto para atrair o sector privado, tendo em conta os potenciais interessados e as condições de mercado existentes.

Artigo 8.º (*)

Preparação e estudo de parcerias

1 – Os ministros das tutelas sectoriais que pretendam iniciar processos de parceria público-privada devem notificar o Ministro das Finanças, para efeitos de constituição de uma comissão de acompanhamento da preparação e da avaliação prévia do projecto, apresentando o respectivo estudo estratégico e as minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento prévio à contratação.

2 – As entidades mencionadas no n.º 2 do artigo 2.º que pretendam iniciar processos de parceria público-privada devem apresentar ao ministro da respectiva tutela sectorial uma proposta contendo os elementos a que se refere o número anterior.

3 – A comissão de acompanhamento é nomeada por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, no prazo de 15 dias após a notificação a que se refere o n.º 1.

¹ Aditado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

4 – A comissão de acompanhamento é composta por três ou cinco membros efectivos e dois suplentes, sendo:

a) O respectivo coordenador indicado por acordo entre os Ministros das Finanças e da tutela sectorial;

b) Um ou dois membros efectivos, consoante a comissão seja constituída por três ou cinco membros, indicados por cada um dos ministros;

c) Cada um dos suplentes indicados por cada um dos ministros.

5 – O estudo e preparação da parceria devem ter em consideração a conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em estudo, tendo em vista, designadamente, a identificação de potenciais interessados e a análise das condições de mercado existentes, procedendo, quando aplicável, à actualização do estudo estratégico a que se refere o n.º 2 do artigo 7.º-A.

6 – No despacho a que se refere o n.º 3, é fixado o prazo em que a comissão de acompanhamento deve apresentar o seu relatório, o qual contém a recomendação de decisão a ser tomada, não podendo exceder 60 dias, salvo em casos devidamente fundamentados.

7 – Compete à comissão de acompanhamento apreciar os pressupostos a que obedeceu o estudo apresentado e desenvolver e aprofundar a análise estratégica e financeira subjacente, com vista à sua adequada inserção nos objectivos do Governo e a maximizar o seu impacte positivo na economia, bem como, especificamente:

a) Promover uma eficaz articulação entre as entidades envolvidas, com vista a imprimir maior celeridade e eficácia à respectiva acção;

b) Propor ao Governo as soluções e medidas que considere mais consentâneas com a defesa do interesse público;

c) Propor os instrumentos jurídicos adequados ao lançamento e execução do projecto de parceria;

d) Apresentar, quando solicitado, o desenvolvimento e aprofundamento do estudo estratégico da parceria e a justificação do modelo a adoptar, demonstrando a inexistência de alternativas equiparáveis dotadas de maior eficiência técnica e operacional ou de maior racionalidade financeira;

e) Demonstrar a comportabilidade orçamental da parceria;

f) Colaborar com as entidades incumbidas da fiscalização e

acompanhamento global das parcerias público--privadas.

8 – A comissão de acompanhamento tem poderes para solicitar a qualquer serviço e organismo do ministério da tutela sectorial ou às entidades a que se refere o n.º 2 do artigo 2.º, consoante o caso, a informação e o apoio técnico que se revelem necessários ao desenvolvimento e execução do projecto.

9 – A comissão de acompanhamento deve envolver activamente no desenvolvimento do projecto as entidades que venham a assumir responsabilidades no acompanhamento e controlo da execução do contrato de parceria a celebrar, de forma que estas possam proceder, de forma eficaz, a um acompanhamento e controlo da execução do referido contrato.

10 – Em casos excepcionais, devidamente fundamentados, a constituição da comissão de acompanhamento pode ser dispensada, nos termos e no prazo referidos no n.º 3.

Redacção anterior:**Artigo 8.º****Preparação e estudo de parcerias**

1 – Quando um ministério der início ao estudo e preparação do lançamento de uma parceria público-privada, deve notificar por escrito o Ministro das Finanças ou a entidade que este para o efeito designar.

2 – O estudo e preparação referidos no número anterior devem ter em consideração a conveniência de averiguação prévia do posicionamento do sector privado relativamente ao tipo de parceria em análise, tendo em vista, designadamente, a constatação dos potenciais interessados e das condições de mercado existentes.

3 – No prazo máximo de 15 dias após a notificação referida no n.º 1 será constituída, mediante despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, uma comissão de acompanhamento do projecto de parceria em preparação, a qual será composta por um mínimo de dois membros e um máximo de cinco em representação de cada um dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial.

4 – Qualquer membro da comissão de acompanhamento tem poderes para obter da entidade encarregue pelo ministério da tutela sectorial da preparação do projecto, bem como das entidades que eventualmente desempenhem funções de consultoria, assessoria, ou que, por qualquer forma, colaborem na preparação do projecto, toda a

informação relativa ao decurso e evolução dos trabalhos.

5 – A comissão de acompanhamento poderá emitir as recomendações que considere convenientes em função da evolução dos trabalhos.

6 – Quando a entidade encarregue pelo ministério da tutela sectorial da preparação do projecto considerar que o mesmo se encontra em estado de prosseguir para a fase de lançamento, notificará por escrito a comissão de acompanhamento e enviará os documentos necessários para instruir o despacho referido no n.º 10.

7 – Após a notificação referida no número anterior, é obrigatória a emissão de dois pareceres independentes, não vinculativos, por parte dos membros nomeados por cada um dos ministérios para a comissão de acompanhamento, no prazo de 30 dias.

8 – O parecer dos membros nomeados pelo Ministro das Finanças analisa em especial a conformidade da versão definitiva do projecto de parceria com o disposto no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 7.º do presente diploma e discrimina, tanto quanto possível quantitativamente, os custos e riscos assumidos pelo sector público implícitos no projecto.

9 – Uma vez emitidos os pareceres referidos no n.º 7, os Ministros das Finanças e da tutela sectorial aprovam mediante despacho conjunto as condições de lançamento da parceria.

10 – O despacho conjunto referido no número anterior contém:

- a) O programa de concurso;
- b) O caderno de encargos;
- c) A análise das opções que determinaram a configuração do projecto;
- d) A descrição do projecto e do seu modo de financiamento;
- e) A demonstração do seu interesse público;
- f) A justificação do modelo de parceria escolhida;
- g) A demonstração da comportabilidade dos custos e riscos decorrentes da parceria em função da programação financeira plurianual do sector público administrativo.”

Artigo 9.º (*)

Comissão de avaliação das propostas

1 – Até ao início do procedimento prévio à contratação, a comissão de avaliação de propostas é designada por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, aplicando-se à respectiva composição, com as devidas adaptações, o disposto no

n.º 4 do artigo anterior, podendo a mesma ser alargada, em casos devidamente fundamentados, até sete ou nove elementos, sendo observada a paridade entre ministérios na respectiva nomeação.

2 – A comissão de avaliação das propostas deve ter, entre as suas incumbências, a de avaliação quantitativa dos encargos para o parceiro público ou para o Estado, bem como a estimativa do impacte potencial dos riscos, directa ou indirectamente, afectos ao parceiro público, decorrentes do conteúdo e natureza de cada uma das propostas, para além da avaliação do respectivo mérito relativo, tendo especialmente em conta o pressuposto referido na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º

3 – É aplicável à comissão de avaliação das propostas, com as necessárias adaptações, o regime previsto nos n.ºs 6, 8 e 9 do artigo 8.º.

Redacção anterior:

“Artigo 9.º

Comissão de avaliação das propostas

1 – A comissão de avaliação de propostas é designada por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, sendo composta por representantes dos respectivos ministros.

2 – A comissão de avaliação das propostas referida no número anterior deve ter, entre as suas incumbências, a de avaliação, tanto quanto possível quantitativa, dos riscos e encargos em que incorre o parceiro público, directa ou indirectamente, para além da avaliação do mérito relativo das propostas, tendo especialmente em conta o tipo de avaliação prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º.”

Artigo 10.º (*)

Lançamento da parceria

1 – Até ao termo do prazo fixado nos termos do n.º 6 do artigo 8.º, a comissão de acompanhamento, ouvido o órgão de gestão da entidade pública interessada, quando for o caso, submete à consideração dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, em relatório fundamentado, uma recomendação da decisão a ser tomada.

2 – No relatório analisa-se, em especial, a conformidade da versão definitiva do projecto de parceria com o disposto no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 7.º e discrimina-se quantitativamente os encargos para o parceiro público ou para o Estado, bem como o

impacte potencial dos riscos, directa ou indirectamente, afectos ao parceiro público.

3 – Os Ministros das Finanças e da tutela sectorial decidem quanto ao lançamento da parceria e respectivas condições, mediante despacho conjunto a emitir no prazo de 30 dias a contar da apresentação do relatório, competindo a execução daquele despacho, quando se trate de entidades com personalidade jurídica, ao respectivo órgão de gestão.

4 – Do teor do despacho conjunto, ou dos seus anexos, constam os seguintes elementos:

- a) O programa do procedimento adjudicatório aplicável;
- b) O caderno de encargos;
- c) A análise das opções que determinaram a configuração do projecto;
- d) A descrição do projecto e do seu modo de financiamento;
- e) A demonstração do seu interesse público;
- f) A justificação do modelo de parceria escolhida;
- g) A demonstração da comportabilidade dos custos e riscos decorrentes da parceria em função da programação financeira plurianual do sector público administrativo;
- h) A declaração de impacte ambiental, quando exigível nos termos da lei aplicável.

5 – O lançamento da parceria é feito segundo o procedimento adjudicatório aplicável, nos termos da legislação relativa à contratação pública.

Redacção anterior:

“Artigo 10.º

Lançamento da parceria

Concluída a tramitação prevista no artigo 8.º, o ministro da tutela sectorial procede ao lançamento da parceria, nos termos do procedimento prévio à contratação aplicável, mediante despacho a publicar nos termos legais.”

Artigo 11.º (*)

Adjudicação e reserva de não atribuição

1 – Sem prejuízo da competência prevista na lei para autorização de despesa, a adjudicação é realizada mediante despacho con-

junto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial ou, quando se trate de entidades com personalidade jurídica, por acto do respectivo órgão de gestão precedido de despacho conjunto favorável daqueles ministros, aos quais compete apreciar o relatório elaborado pela comissão de avaliação de propostas nos termos do artigo anterior e verificar a conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 7.º, bem como nas alíneas c) a g) do n.º 4 do artigo anterior.

2 – O despacho conjunto referido no número anterior é emitido no prazo máximo de 30 dias a contar da recepção do relatório elaborado pela comissão de avaliação de propostas.

3 – A qualquer momento do processo de selecção do parceiro privado pode dar-se por interrompido ou anulado o processo em curso, mediante despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial e sem direito a qualquer indemnização, sempre que, de acordo com a apreciação dos objectivos a prosseguir, os resultados das análises e avaliações realizadas até então e os resultados das negociações levadas a cabo com os candidatos não correspondam, em termos satisfatórios, aos fins de interesse público subjacentes à constituição da parceria, incluindo a respectiva comportabilidade de encargos globais estimados.

4 – A interrupção ou anulação do processo de constituição da parceria é decidida com observância do procedimento previsto no n.º 1.

5 – A interrupção do procedimento de constituição da parceria é obrigatória sempre que se apresente apenas um concorrente no respectivo procedimento adjudicatório, salvo decisão expressa e fundamentada dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial.

Redacção anterior:

“Artigo 11.º

Adjudicação e reserva de não atribuição

1 – *A adjudicação é realizada pelo ministro da tutela sectorial, mediante prévio despacho conjunto subscrito com o Ministro das Finanças, o qual aprecia a conclusão do relatório elaborado pela comissão de avaliação de propostas e demonstra a verificação de conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 7.º, bem como das menções referidas nas alíneas c) a g) do n.º 10 do artigo 8.º.*

2 – *A qualquer momento do processo de selecção do parceiro privado, pode dar-se por interrompido ou anulado o processo em curso, sem direito a qualquer indemnização, sempre que, de acordo com a apreciação dos objectivos a prosseguir, os resultados das análises e avaliações realizadas até então e os resultados das negociações levadas a cabo com os candidatos não correspondam, em termos satisfatórios, aos fins de interesse público subjacentes à constituição da parceria.*

3 – *A interrupção ou anulação do processo de constituição da parceria é decidida com observância do procedimento previsto no n.º 1.*”

CAPÍTULO III

Fiscalização e acompanhamento das parcerias

Artigo 12.º

Fiscalização das parcerias

Os poderes de fiscalização e controlo da execução das parcerias são exercidos por entidade ou serviço a indicar pelo Ministro das Finanças para as matérias económicas e financeiras e pelo ministro da tutela sectorial para as demais.

Artigo 13.º(*)²

Acompanhamento global das parcerias

1 – Incumbe aos Ministros das Finanças e da tutela sectorial proceder ao acompanhamento permanente das parcerias tendo por objectivo avaliar os seus custos e riscos e melhorar o processo de constituição de novas parcerias.

2 – Os Ministros das Finanças e da tutela sectorial tomam as providências necessárias para uma eficaz divulgação dos conhecimentos adquiridos pelas entidades incumbidas do acompanhamento das parcerias, bem como para uma crescente colaboração entre elas.

3 – O Ministro das Finanças designa, mediante despacho, a entidade que lhe presta apoio técnico no acompanhamento global das parcerias e à qual podem ser atribuídas, designadamente, as seguintes funções:

a) Emitir pareceres e recolher e disponibilizar informação rela-

² Os n.ºs 3 e seguintes foram aditados pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

tiva aos custos, riscos e impacte financeiro das parcerias;

b) Receber, em nome do Ministro das Finanças, os pedidos de constituição de comissões previstas no presente decreto-lei;

c) Receber, em nome do Ministro das Finanças, as comunicações previstas no presente decreto-lei que aquele indicar;

d) Indicar, quando tal lhe seja solicitado pelo Ministro das Finanças, a identificação de membros para comissões previstas no presente decreto-lei;

e) Prestar apoio técnico às comissões previstas no presente decreto-lei;

f) Proceder ao acompanhamento dos processos em curso nos tribunais arbitrais, prestando apoio técnico ao parceiro público quando tal lhe seja determinado pelo Ministro das Finanças;

g) Proceder ao arquivo e registos de elementos relacionados com as parcerias.

4 – Os serviços e organismos do Estado e as entidades indicadas no n.º 2 do artigo 2.º devem prestar à entidade designada pelo Ministro das Finanças toda a colaboração que se revele necessária, designadamente fornecendo os elementos que lhes sejam solicitados relacionados com processos de parcerias.

5 – O ministro da tutela sectorial designa igualmente, mediante despacho, a entidade que lhe presta apoio técnico no acompanhamento global do programa sectorial de parcerias, aplicando-se-lhe, correspondentemente, o disposto no número anterior.

6 – Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, quando a complexidade, o valor ou o interesse público da parceria o justifiquem, os Ministros das Finanças e da tutela sectorial podem designar uma comissão de acompanhamento da fase inicial da execução do contrato em causa, mediante despacho conjunto, que fixa o âmbito da missão atribuída à respectiva comissão, observando-se, com as devidas adaptações, o disposto nos n.ºs 3 a 9 do artigo 8.º.

Redacção anterior:

“Artigo 13.º

Adjudicação e reserva de não atribuição

1 – ...

2 – ...

Artigo 14.º (*)**Alterações das parcerias**

1 – Ficam sujeitas ao disposto nos números seguintes quaisquer alterações que, após a selecção do parceiro privado ou na vigência do respectivo contrato, por acordo dos dois parceiros ou por iniciativa de qualquer deles, ao abrigo de quaisquer disposições legal ou contratualmente aplicáveis, se pretenda introduzir nos termos da parceria ou nos compromissos a assumir ou já assumidos pelas partes.

2 – Quando um serviço ou organismo do Estado ou uma das entidades indicadas no n.º 2 do artigo 2.º pretender dar início ao estudo e preparação de uma alteração dos termos e condições de um contrato de parceria já celebrado, notifica por escrito o Ministro das Finanças ou a entidade que este para o efeito designar, constituindo-se uma comissão de negociação e observando-se, com as devidas adaptações, o disposto nos n.ºs 3 a 9 do artigo 8.º.

3 – Em casos excepcionais, devidamente fundamentados, a constituição da comissão de negociação pode ser dispensada, nos termos e no prazo referidos no n.º 3 do artigo 8.º.

Redacção anterior:

“Artigo 14.º

Alterações das parcerias

1 – ...

2 – Quando um ministério der início ao estudo e preparação de uma alteração dos termos e condições de um contrato de parceria já celebrado, notifica por escrito o Ministro das Finanças ou a entidade que este para o efeito designar, constituindo-se uma comissão de acompanhamento da alteração da parceria, com observância do disposto nos n.ºs 3 a 5 do artigo 8.º.

3 – Quando a entidade encarregue pelo ministério da tutela sectorial da renegociação do projecto considerar que a mesma se encontra em condições de ser acordada, notifica por escrito a comissão de acompanhamento da parceria, remetendo os documentos referidos nas alíneas d) a g) do n.º 10 do artigo 8.º, bem como a minuta das alterações contratuais.

4 – Após a notificação referida no número anterior são correspondentemente aplicáveis os n.ºs 7 e 8 do artigo 8.º.

5 – Verificado o disposto no número anterior, o Ministro das Finanças emite parecer vinculativo sobre a alteração da parceria, no caso de 30 dias, findos os quais e em caso de não emissão se tem o parecer omitido por favorável.

Artigo 14.º-A³

Competências da comissão de negociação

1 – Compete à comissão de negociação representar o parceiro público nas negociações que venham a ocorrer com o parceiro privado, bem como elaborar o correspondente relatório, submetendo-o à apreciação do órgão máximo do serviço do Estado que deu origem ao início do processo de alteração da parceria ou do órgão de gestão do respectivo parceiro público, quando se trate de entidade com personalidade jurídica.

2 – O relatório é apresentado, no prazo máximo de 60 dias, salvo casos devidamente fundamentados, e deve, designadamente:

- a) Analisar a conformidade do projecto de alteração da parceria com o disposto no n.º 1 do artigo 6.º e no artigo 7.º;**
- b) Proceder à avaliação quantitativa dos encargos para o parceiro público ou para o Estado;**
- c) Proceder à estimativa do impacte potencial dos riscos, directa ou indirectamente, afectos ao parceiro público;**
- d) Fazer menção aos elementos indicados nas alíneas d), e) e g) do n.º 4 do artigo 10.º.**

Artigo 14.º-B⁴

Processo de alteração da parceria

1 – Quando o órgão máximo do serviço do Estado ou o órgão de gestão, quando se trate de entidades com personalidade jurídica, considerar que o processo de alteração da parceria se encontra em condições de ser concluído, deve remeter aos Ministros das Finanças e da tutela sectorial o relatório a que se refere o n.º 1 do artigo anterior, acompanhado da minuta das alterações contratuais e de todos os elementos considerados relevantes.

2 – A alteração da parceria deve ser precedida de um despacho

³ Aditado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

⁴ Aditado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

conjunto dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, a emitir no prazo de 30 dias a contar da recepção do relatório da comissão de negociação, findo o qual se presume tacitamente emitido.

3 – Emergindo novas situações susceptíveis de fundamentarem outra alteração à mesma parceria ou situações que fundamentem a reposição do equilíbrio financeiro do respectivo contrato, compete à comissão de negociação que se encontre em funções conduzir o respectivo processo.

Artigo 14.º-C⁵

Equilíbrio financeiro e novas actividades

1 – Pode haver lugar à reposição do equilíbrio financeiro do respectivo contrato quando ocorra uma alteração significativa das condições financeiras de desenvolvimento da parceria, nomeadamente nos casos de modificação unilateral, imposta pelo parceiro público, do conteúdo das obrigações contratuais do parceiro privado ou das condições essenciais de desenvolvimento da parceria.

2 – O parceiro público tem direito à partilha equitativa com o parceiro privado dos benefícios financeiros que decorram para este do desenvolvimento da parceria, nomeadamente nos casos de melhoria das condições de financiamento da parceria por via da renegociação ou substituição dos contratos de financiamento.

3 – Devem constar expressamente das peças do procedimento adjudicatório aplicável ou do título contratual os pressupostos em que há lugar à reposição do equilíbrio financeiro ou à partilha a favor do parceiro público de benefícios financeiros do desenvolvimento da parceria.

4 – A aferição do equilíbrio financeiro da parceria tem em conta o modelo financeiro que constitui o respectivo caso-base, que deve ser anexo ao contrato de parceria e incluir todas as receitas do parceiro privado que sejam obtidas em resultado do desenvolvimento da parceria, incluindo as recebidas de terceiros ao abrigo de contratos de subconcessão ou cedência onerosa de espaços ou equipamentos para fins comerciais.

5 – A reposição do equilíbrio financeiro ou a partilha a favor

⁵ Aditado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

do parceiro público de benefícios financeiros são efectuadas nas seguintes modalidades:

- a) Alteração do prazo da parceria;
- b) Aumento ou redução de obrigações de natureza pecuniária;
- c) Atribuição de compensação directa;
- d) Combinação das modalidades anteriores ou qualquer outra

forma que venha a ser acordada entre as partes.

6 – Quando haja lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato ou à partilha de benefícios entre o parceiro público e o parceiro privado, observa-se, com as necessárias adaptações, o procedimento de alteração da parceria previsto no n.º 2 do artigo 14.º e nos artigos 14.º-A e 14.º-B.

7 – Quando o parceiro privado pretenda exercer actividades não previstas expressamente no contrato de parceria, a autorização das entidades que aprovaram a celebração do contrato de parceria não pode, em caso algum, ser emitida quando as propostas não contenham a respectiva projecção económico-financeira e uma partilha da correspondente receita.

Artigo 14.º-D⁶

Acréscimo de encargos

1 – Sem prejuízo da observância do regime jurídico relativo à realização de despesas públicas, carece de despacho prévio de concordância dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, a emitir no prazo de 30 dias, findo o qual se presume tacitamente emitido, a realização, redução ou alteração de obras não previstas ou programadas em contrato de parceria já celebrado ou qualquer outra decisão susceptível de, no âmbito da execução do respectivo contrato e das condições aí fixadas, gerar um acréscimo dos encargos previstos para o parceiro público ou para o Estado, excepto se o respectivo valor não exceder, em termos acumulados anuais, € 1 000 000.

2 – Para efeitos do disposto no número anterior, o pedido apresentado pelo serviço ou entidade que representa o parceiro público na execução do contrato em causa deve ser acompanhado da respectiva fundamentação, do orçamento apresentado pelo parceiro privado e das condições de execução e de pagamento.

⁶ Aditado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

3 – No caso de os ministros a que se refere o n.º 1 não aceitarem o orçamento apresentado, bem como as eventuais alterações que ao mesmo ocorram em função de um processo negocial, o parceiro público, obtido despacho de concordância daqueles ministros a emitir no prazo de 30 dias, findos os quais se presume tacitamente emitido, pode, unilateralmente e nos termos fixados no contrato ou na lei, tomar a decisão que acautele em melhores condições o interesse público.

4 – Quando o serviço ou a entidade que representa o parceiro público na execução dos contratos de parcerias tomarem conhecimento de situações susceptíveis de gerarem encargos adicionais para o parceiro público ou para o Estado, designadamente os decorrentes de atrasos imputáveis a entidades públicas intervenientes no desenvolvimento do processo, devem, de imediato, comunicar tais factos aos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, sempre que possível com indicação dos valores estimados envolvidos.

Artigo 14.º-E⁷

Acompanhamento de processos arbitrais

1 – Quando, nos termos de contrato de parceria já celebrado, seja requerida a constituição de um tribunal arbitral para a resolução de litígios entre as partes, o serviço ou entidade que representar o parceiro público no contrato de parceria deve comunicar imediatamente aos Ministros das Finanças e da tutela sectorial a ocorrência desse facto, fornecendo todos os elementos que se revelem úteis ao acompanhamento do processo.

2 – Com vista ao acompanhamento do processo arbitral, os Ministros das Finanças e da tutela sectorial podem determinar, mediante despacho conjunto, a manutenção em funções da comissão de negociação anteriormente constituída em relação com o objecto do litígio.

3 – Devem ser remetidas, periodicamente, à entidade directamente incumbida de proceder ao acompanhamento do respectivo processo arbitral cópias dos actos processuais que sejam entretanto praticados por qualquer das partes e pelo tribunal, bem como dos pareceres técnicos e jurídicos e quaisquer outros elementos relevantes para a compreensão, desenvolvimento ou desfecho da lide.

⁷ Aditado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

CAPÍTULO IV

Disposições finais

Artigo 14.º-F⁸

Consultores externos

1 – Sem prejuízo da observância do regime jurídico relativo à realização de despesas públicas, a decisão de contratar consultores para apoio no âmbito de processos de parcerias público-privadas deve identificar ou conter:

a) As razões objectivas que justificam essa contratação e a correspondente delimitação, em termos claros e precisos, do âmbito de intervenção do consultor externo;

b) Os encargos para o parceiro público ou para o Estado previsivelmente decorrentes dessa contratação e o seu cabimento orçamental;

c) O procedimento a adoptar na selecção do consultor externo, nos termos da lei aplicável.

2 – O consultor externo que venha a prestar serviços de consultoria ao parceiro público na preparação, avaliação, acompanhamento, renegociação ou outra intervenção referente a uma determinada parceria público-privada que lhe permita o acesso a informação não disponível publicamente fica impedido de prestar assessoria ao parceiro privado ou a qualquer entidade que se apresente como concorrente no âmbito dessa parceria.

3 – A inobservância do disposto no número anterior é causa de exclusão do concorrente de qualquer procedimento tendente à adjudicação da parceria ou de cessação antecipada da mesma, por razões imputáveis ao parceiro privado, sem prejuízo da indemnização a que o parceiro público possa ter direito, nos termos legais ou contratuais aplicáveis.

Artigo 15.º

Delegação e subdelegação

As competências atribuídas no presente diploma aos Ministros das Finanças e da tutela sectorial podem ser delegadas ou subdelegadas.

⁸ Aditado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho.

Artigo 16.º**Aplicação imediata**

O presente diploma aplica-se:

- a) A todas as parcerias público-privadas que ainda não tenham sido objecto do despacho referido no n.º 9 do artigo 8.º;**
- b) Às renegociações, contratualmente previstas ou acordadas pelas partes, das parcerias já existentes, nos limites da disponibilidade negocial legalmente permitida.**

Artigo 17.º**Alteração ao Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto**

Os artigos 1.º, 12.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto, passam a ter a redacção seguinte:

«Artigo 1.º**Âmbito**

O presente diploma define os princípios e os instrumentos para o estabelecimento de parcerias em saúde, em regime de gestão e financiamento privados, entre o Ministério da Saúde ou instituições e serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde e outras entidades, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Artigo 12.º**Competências do Ministro da Saúde**

I – Compete ao Ministro da Saúde, com faculdade de delegação, a qual pode, por sua vez, ser subdelegada, o seguinte:

- a) Autorizar o lançamento da parceria;**
- b) Escolher o co-contratante;**
- c) Decidir sobre a conveniência de declarar sem efeito os procedimentos iniciados, bem como da não adjudicação do contrato de gestão aos concorrentes;**
- d) Aprovar e autorizar a celebração dos contratos de gestão;**
- e) Autorizar a introdução de modificações aos contratos de gestão;**
- f) Declarar a utilidade pública das expropriações dos terrenos necessários à execução das actividades objecto do contrato de gestão e designar a entidade que, em nome do Estado, conduzirá a realização dos processos expropriativos dos bens ou direitos necessários à execução do contrato de gestão;**

g) Superintender no acompanhamento e fiscalização dos contratos de gestão, sem prejuízo das competências do Ministro das Finanças;

h) Decidir sobre a aplicação de multas, o sequestro e a extinção do contrato de gestão.

2 – O disposto nas alíneas a) a e) do número anterior observa o regime previsto no Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Artigo 18.º

Remuneração da entidade gestora

1 – ...

a)...

b)...

c)...

d) Outra modalidade de pagamento a fixar no caderno de encargos específico.»

Artigo 18.º

Norma revogatória

É revogado o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto.

Artigo 19.º

Entrada em vigor

O presente diploma entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

DECRETO-LEI N. 141/2006, DE 27 DE JULHO

O Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, que tem por objecto as parcerias público-privadas, foi publicado tendo em vista potenciar o aproveitamento pelo Estado da capacidade de gestão do sector privado, melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados e gerar poupanças consideráveis na utilização de recursos públicos.

O desenvolvimento de projectos estruturantes e a inerente criação de encargos de médio ou longo prazo para o parceiro público ou para o Estado, que poderão perdurar por várias gerações, constitui o traço definidor das parcerias público-privadas, justificando a necessidade de um regime jurídico especialmente orientado para assegurar o rigor e a exacta ponderação dos custos e benefícios das opções tomadas, bem como a respectiva articulação com as normas de enquadramento orçamental.

Aquele decreto-lei pretendeu, com efeito, instituir princípios gerais de eficiência e economia, designadamente através de uma mais cuidada avaliação da possível repartição do risco e da criação de incentivos à definição de parcerias financeiramente sustentáveis e bem geridas.

Decorridos três anos desde que aquele decreto-lei entrou em vigor, verifica-se, todavia, que a experiência aconselha a que se proceda à sua revisão, corrigindo deficiências ou fragilidades do regime originário e introduzindo um conjunto de inovações que permitam reforçar a coesão e articulação entre ministérios co-envolvidos, bem como um aperfeiçoamento de várias das suas disposições no sentido do incremento do controlo financeiro no lançamento de novas parcerias, nas alterações a contratos de parcerias já celebrados ou em outras situações susceptíveis de gerarem um aumento de encargos para o parceiro público ou para o Estado.

As entidades com competências nesta matéria têm, aliás, repetidamente alertado para situações de acréscimo de onerosidade para o Estado, relativamente às expectativas iniciais ou mesmo aos termos efectivamente contratados, em que não se verifica uma efectiva transferência de risco para os parceiros privados ou em que, pelo menos, o parceiro público assume compromissos ou assegura taxas de rendibilidade dos capitais privados sem correspondência no perfil de risco efectivo do projecto.

Situações desse tipo, bem como a ausência de mecanismos de partilha de benefícios financeiros a favor do Estado, a não consideração no caso base de receitas acessórias provenientes da parceria, que passam a constituir receitas ocultas do parceiro privado, a excessiva frequência

com que se tem recorrido à consultoria externa – nem sempre com a necessária transparência ou o desejável valor acrescentado para o Estado – ou a inadequação ou a baixa pressão concorrencial verificada em procedimentos concursais recentes, não se compadecem, porém, com os indispensáveis rigor e exigência na gestão dos recursos públicos, justificando esta intervenção legislativa do Governo e as soluções agora adoptadas naqueles domínios, que em parte vinham já obtendo acolhimento na prática contratual mais recente.

Esta intervenção legislativa não é levada a cabo, porém, apenas no interesse exclusivo do Estado ou naquilo que seria uma errada perspectiva unilateralista das parcerias público-privadas, tendo-se aproveitado o ensejo para corrigir ou completar alguns aspectos pontuais, designadamente no que se refere ao direito do particular a indemnização em resultado de alterações unilaterais pelo parceiro público, no sentido de assegurar direitos e interesses legítimos, até constitucionalmente fundados, dos parceiros privados.

Com a revisão operada pelo presente decreto-lei ao regime jurídico constante do citado Decreto-Lei n.º 86/2003, procede-se ainda ao alargamento do âmbito de aplicação aí previsto, altera-se o modo de funcionamento das comissões de acompanhamento das parcerias em preparação, pondo-se termo à emissão de dois pareceres independentes por parte dos representantes dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, institui-se a obrigatoriedade de se constituírem, via de regra, comissões de negociações quando estejam em causa alterações a contratos de parcerias público-privadas já celebrados ou quando haja lugar à reposição do equilíbrio financeiro dos mesmos e estabelecem-se os procedimentos a observar quando existam situações ou se pretendam tomar decisões susceptíveis de gerar novos encargos para o parceiro público ou para o Estado.

Assim:

Nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

Artigo 1.º

Alteração ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril

Os artigos 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, passam a ter a seguinte redacção:

(alterações inseridas no local próprio)

Artigo 2.º

Aditamento ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril

São aditados ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, os artigos 7.º-A, 14.º-A, 14.º-B, 14.º-C, 14.º-D, 14.º-E e 14.º-F, com a seguinte redacção:

(artigos inseridos no local próprio)

Artigo 3.º

Comissões já constituídas

1 – Mantêm-se, com as mesmas funções, as comissões constituídas nos termos do n.º 1 do artigo 9.º e do n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, bem como as entidades que foram designadas para representar o interesse público em negociações relativas a alterações de parcerias ou reposição de equilíbrio financeiro de contratos.

2 – Sem prejuízo do disposto no artigo seguinte, mantêm-se igualmente as comissões de acompanhamento já constituídas ao abrigo do n.º 3 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Artigo 4.º

Aplicação imediata

1 – O presente decreto-lei aplica-se a todos os procedimentos de parcerias público-privadas, ainda que já se tenha iniciado:

- a) O estudo e preparação para o respectivo lançamento;
- b) O processo relativo à constituição de tribunal arbitral.

2 – Da aplicação do presente decreto-lei não podem resultar alterações aos contratos de parcerias público-privadas já celebrados nem a procedimentos de parceria lançados até à data da sua entrada em vigor.

Artigo 5.º

Norma revogatória

São revogados os n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril.

Artigo 6.º

Republicação

É republicado, em anexo, que é parte integrante do presente decreto-lei, o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, com a redacção actual.