

CENTRO DE DIREITO MARÍTIMO E DOS TRANSPORTES  
DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

# TEMAS DE DIREITO DOS TRANSPORTES V

Coordenação de

M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES

com a colaboração do

CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PRIVADO  
DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



## CONCESSÕES PORTUÁRIAS E PPP: MAIS DIFERENÇAS QUE SEMELHANÇAS

JOSÉ LUÍS MOREIRA DA SILVA\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Principais características das PPP; 3. O Regime das PPP em Portugal; 4. A concessão e outros tipos contratuais subjacentes a uma PPP; 5. O Modelo Português de PPP; 6. As Concessões de Movimentação de Carga no Sector Portuário; 7. As Concessões de Movimentação de Carga e as PPP; 8. Conclusões

### 1. Introdução

Nos últimos anos muita tem sido a discussão sobre se o regime das Parcerias Público-Privadas (PPP)<sup>1</sup> se deveria aplicar aos contratos de concessão de serviço público de movimentação de carga nos Portos<sup>2</sup>.

O Governo e as Administrações dos Portos não consideravam aplicável à celebração e execução dos seus contratos de concessão de movimentação de carga o regime das PPP. No entanto, o Tribunal de Contas tem vindo a considerar a sua aplicabilidade, pelo menos nos seus princípios estruturan-

\* Mestre em Direito; Sócio SRS Advogados.

<sup>1</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2019, de 28 de junho (o Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro que também procedeu a alterações ao Regime das PPP viu, entretanto, a sua vigência cessada pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19 de março, no seguimento de apreciação parlamentar). Este atual diploma de 2012 substituiu o primeiro a fixar um regime geral de PPP em Portugal, o DL 86/2003, de 26-04, mais tarde alterado pelo DL 141/2006, de 27-07. Como veremos, o regime das PPP tem uma especial limitação de aplicação a PPP lançadas por empresas públicas com carácter comercial ou industrial (art. 24.º), o que poderá ser relevante para as Administrações dos Portos.

<sup>2</sup> Aprovado pela Lei n.º 1/93, de 6 de janeiro e desenvolvido pelo Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 65/95, de 7 de abril e pela Lei n.º 3/2013, de 14 de janeiro.

tes, nas auditorias realizadas aos Portos, desde 2006<sup>3</sup>, designadamente para efeitos de acompanhamento e avaliação dos riscos, da exigência de partilha de benefícios e da verificação do *value for money* de cada contrato. Veja-se que no Relatório de Auditoria n.º 07/2016, sobre a *Gestão, monitorização e fiscalização dos contratos de concessão de serviço público das Administrações Portuárias*, o Tribunal de Contas recorrentemente refere que “foram assumidas as linhas de orientação e procedimentos do TdC para o desenvolvimento de Auditorias a PPP/contratos de concessão e, ainda, as normas de auditoria utilizadas pela INTOSAI no âmbito das concessões/PPP, em particular a ISSAI 5220<sup>4</sup>”, ou ainda que “foram tidas em conta as recomendações proferidas pelo TdC no âmbito das auditorias realizadas a concessões/PPP, em particular as constantes dos relatórios de auditoria (2.ª Secção) n.º 10/2008, n.º 26/2009, n.º 26/2010, n.º 3/2014 e n.º 2/2015”, todas relativas a Auditorias às PPP nos setores rodoviário, portuário e das águas, e ainda foram “também considerados os princípios e pressupostos relativos às boas práticas de gestão e contratação de PPP vertidos no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio”, o que bem evidencia a tendência de equiparação das concessões de movimentação de carga nos Portos ao regime das PPP, constante desse diploma legal<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. Relatórios n.º 28/06 (auditoria à Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S.A.), n.º 42/06 (auditoria à Administração do Porto de Aveiro, S.A.), n.º 52/2006 (auditoria à Administração do Porto de Douro e Leixões), n.º 19/2007 (auditoria à Administração do Porto de Lisboa), n.º 23/2007 (auditoria às Administrações Portuárias), n.º 26/09 (concessão do Terminal de Contentores de Alcântara – adenda 2008 – Porto de Lisboa), n.º 26/10 (auditoria ao Terminal de contentores XXI – Sines), n.º 06/13 (auditoria à APVC – Administração do Porto de Viana do Castelo, S.A.) e n.º 25/13 (auditoria à APFF – Administração do Porto da Figueira da Foz, S.A.).

<sup>4</sup> Instruções n.º 01/2016 do Tribunal de Contas (*Controlo e acompanhamento dos contratos de concessão e de subconcessão celebrados pelas entidades do setor empresarial do Estado, excluindo o setor empresarial local e os hospitais em PPP ou em EPE*), publicado no Diário da República, 2.ª série – n.º 71 – 12 de abril de 2016; *Guidelines on Best Practice for the Audit of Public/Private Finance and Concessions*, publicado pela International Organization of Supreme Audit Institutions, 2007. Sobre as auditorias realizadas pelo TdC, pode ver-se JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, *Auditoria nas Parcerias Público-Privadas: o caso do Tribunal de Contas de Portugal*, in “Revista TCEMG”, Jan/Fev/Mar 2015, págs. 20 e ss. e ANTONIO A. FIGUEIREDO B. POMBEIRO, *As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria*, Áreas Editora, Lisboa, 2003.

<sup>5</sup> Diga-se que o Tribunal de Contas entende como participando do regime das PPP as concessões em geral e não apenas as de movimentação de carga nos Portos. Esta tem sido a jurisprudência constante deste Tribunal. Por todos, pode ver-se o recente Acórdão n.º 22/2020, de 22 de abril, onde se sintetiza a jurisprudência que vem integrando as concessões

Pelo contrário, no mesmo sentido do entendimento do Governo e das Administrações dos Portos, podemos verificar que a Direção Geral do Tesouro e Finanças (DGTF), que até 2012 tinha o principal encargo da gestão das PPP, não incluía as concessões dos Portos no portfólio de PPP sob sua gestão, e atualmente a Unidade Técnica de Acompanhamento de

no regime das PPP: “já vimos como se mostra demonstrada a caracterização dogmática desse contrato como um contrato de concessão de obra pública (ou como um contrato de matriz predominantemente concessória), sendo certo que o contrato de concessão de obra pública integra a tipologia de contratos que constituem «instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados» (cfr. artigo 2.º, n.º 4, proêmio e alínea a), do RJPPP). E, por outro lado, deve também ter-se por seguro o preenchimento dos requisitos de uma PPP, tal como definida no artigo 2.º, n.º 1, do respetivo regime, conforme se sustentou na decisão recorrida, que também aqui se acompanha. Com efeito, estabelecem-se naquela disposição legal um conjunto de elementos fundamentais, que in casu são facilmente reconhecíveis: natureza jurídica do contrato como enquadrável na tipologia de contratos abrangidos pelo RJPPP (aqui um contrato de concessão de obra pública); natureza pública e privada dos contraentes (aqui, de um lado, uma empresa municipal como parceiro público e, do outro, um parceiro privado); desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva (aqui a reabilitação de património municipal para uso comunitário, sendo certo que, como já se assinalou, o conceito de necessidade coletiva é mais extenso que o de atribuição pública); carácter duradouro (aqui 30 anos); e transferência de risco, total ou parcial, para o parceiro privado (aqui identificável em significativa medida, e independentemente de qualquer juízo sobre a respetiva adequação). Não se suscitará, pois, dúvida relevante sobre a verificação das condições objetivas de aplicação ao presente contrato da versão originária do RJPPP”. Ou seja, para o Tribunal de Contas parece bastar que um contrato preencha os 5 requisitos enunciados, retirados do artigo 2.º/1 do regime das PPP, para que deva ser considerado uma PPP: (i) integre um dos tipos possíveis de contratos de PPP; (ii) seja celebrado entre um parceiro público e um privado; (iii) vise o desenvolvimento de uma necessidade coletiva (iv) tenha carácter duradouro; e (v) implique transferência de risco para o privado. Como veremos não partilhámos deste entendimento, por considerarmos que o regime português das PPP não se basta com estes 5 requisitos, mas exige ainda, pelo menos, a existência de encargos para o Estado (a contrapartida referida também no art. 2.º/1 DL 111/2012, que é omitida pelo Tribunal de Contas no elenco de requisitos de uma PPP), que possam impactar na dívida pública, exigindo assim a intervenção do Ministério das Finanças (cfr. PEDRO SIZA VIEIRA, *Os Tipos Contratuais subjacentes às Parcerias Público-Privadas*, in “Manual Prático de Parcerias Público-Privadas”, 2004, Sintra, NPF, pág. 141), o que não sucede em todos os contratos de concessão (ou nos outros enunciados no artigo 2.º/4 do DL 111/2012). A tese aparentemente suscrita pelo Tribunal de Contas, pela sua generalidade, pode incluir também os contratos de fornecimento contínuo, de prestação de serviços, de gestão ou de colaboração, incluídos na tipologia de contratos passíveis de integrar uma PPP (art. 2.º/4 DL 111/2012), mas não vimos ainda a tese jurisprudencial referida ser alargada a todos estes ou, pelo menos, aos de fornecimento e de serviços, como abstratamente poderia pretender, por também corresponderem aos 5 requisitos afirmados.

Projetos (UTAP), que a partir de 2012 substituiu a DGTF nessas competências, continua a não as incluir nos seus relatórios sobre PPP<sup>6</sup>.

Esta discussão assistiu, porém, a um recrudescimento mais recente após o lançamento pelo Governo de um programa de negociações com os parceiros privados para a introdução de modificações nos contratos de concessão portuários, que teve início a partir de 2014.

O Despacho do Secretário de Estado das Infraestruturas, Transportes e Comunicações (SEITC), de 14 de março de 2014, entendeu, expressa e inovatoriamente, de “*sujeitar a renegociação de todos os contratos visados ao Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, por este assegurar a transparência e a melhor defesa do interesse público*”. Recorde-se que os contratos visados por este Despacho foram os “*contratos de concessão de terminais portuários para a prestação do serviço público de movimentação de cargas em que sejam partes as Administrações Portuárias dos portos de Leixões, Aveiro, Lisboa e Setúbal e cujo termo ocorra após 31 de dezembro de 2020*”. Que veio, mais tarde, a abranger também o Terminal XXI no Porto de Sines. No seguimento, as Comissões de Negociação foram constituídas pelo Coordenador da UTAP e sujeitas ao regime procedimental das PPP<sup>7</sup>.

No entanto, em 2017, a então Ministra do Mar, através do seu Despacho n.º 10869/2017, de 28.11.2017, revogou o anterior Despacho do SEITC, passando a afirmar, ao contrário, que ao “*regime de renegociação dos contratos de concessão de terminais portuários não se aplica o disposto pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, excluindo -se, pois, as Administrações Portuárias do seu âmbito de aplicação*.” No seguimento, foram nomeadas novas Comissões de Negociação, agora diretamente pela Ministra<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> No seu Relatório anual de 2019 inclui 35 PPP, nos setores aeroportuário (2), rodoviário (21), ferroviário (3), saúde (8) e segurança (1). A UTAP também publica Relatórios trimestrais autónomos sobre concessões, onde aí inclui as concessões de movimentação de carga nos Portos, embora esclareça que os mesmos constituem “*um conjunto de contratos de natureza concessória que tradicionalmente vêm sendo reportados pela Tutela Financeira do Estado, independentemente de os mesmos configurarem ou não contratos de parceria público privada para efeitos do disposto no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio*”.

<sup>7</sup> Cfr. Despacho n.º 403/14, de 14-03, do Secretário de Estado das Finanças e Despachos n.º 4550-A/2014, de 26-03, e n.º 9619/2014, de 17-07, ambos do Coordenador da UTAP, a designar as Comissões de Negociação dos Contratos.

<sup>8</sup> Cfr. Despachos n.ºs 10869/2017, de 28-11, 2130/2018, de 21-02, e n.º 8502/2018, de 27-08, todos da Ministra do Mar.

Face a esta querela e à relevância jurídica de saber se os contratos aqui em causa se encontram sujeitos ao Regime das PPP, propomo-nos analisar, brevemente, esse regime em Portugal e o regime das concessões de serviço público de movimentação de carga nos Portos e tentar proceder a uma conclusão sobre se estas últimas se devem integrar no regime daquelas ou se, pelo contrário, têm autonomia suficiente para deterem um regime próprio. Desta recente querela acabada de citar, protagonizada pelos membros do Governo responsáveis pelo setor portuário, podemos intuir que a mesma se cifrou, também, sobre o protagonismo pretendido atribuir ao Ministério das Finanças, que no regime das PPP é central.

A questão é particularmente complexa por se tratarem de contratos de concessão, considerados por muitos o contrato paradigma de PPP<sup>9</sup>, e pela existência de um regime legal próprio para as concessões portuárias<sup>10</sup>, apesar de continuarem a subsistir vários diplomas concretos a fixar o regime de determinadas concessões<sup>11</sup>, mas também pela aplicabilidade do regime das PPP a contratos já em execução (cfr. art. 48.º DL 111/2012).

Como veremos, os regimes jurídicos das concessões incluídas nas PPP é diverso do regime das concessões excluídas das PPP, embora a divergência resida fundamentalmente no que concerne ao papel das Finanças e da tutela setorial, ao procedimento específico tendente à celebração do contrato, ao seu acompanhamento e às suas alterações e não tanto ao seu regime substantivo<sup>12</sup>, no entanto, desde logo por este facto, torna-se relevante apurar da inclusão ou exclusão das concessões de serviço público de movimentação de cargas no regime das PPP.

<sup>9</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 447 e ss.; NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEEF n.º 9, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 159.

<sup>10</sup> Cfr. nota 2. Embora se possa legitimamente discutir se estes diplomas se devem ter por ainda em vigor, principalmente após o Código dos Contratos Públicos, como veremos, mas a verdade é que até hoje ainda não foram substituídos e diplomas recentes continuam a remeter para a sua regulamentação (cfr. DL 107/2019, de 12-08).

<sup>11</sup> De entre os vários diplomas específicos, citemos, pelo menos, os relativos à concessão da LISCONT (Alcântara, em Lisboa), DL 287/84, de 23-08 e DL 188/2008, de 23-09, e ao Terminal XXI (Sines), DL 384-A/99, de 24-09 e DL 107/2019, de 12-08.

<sup>12</sup> Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Parcerias Público-Privadas: A Experiência Portuguesa*, in “VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo”, Direito e Justiça, Vol. Especial, 2005, Universidade Católica, pág. 181.

## 2. Principais características das PPP

As PPP constituíram, na sua origem e ainda hoje, um importante instrumento estratégico dos programas dos Governos na reforma da Administração Pública e na modernização dos serviços públicos<sup>13</sup>. Através das PPP, numerosos Governos têm expandido a cobertura dos serviços públicos, renovando as suas infraestruturas e melhorando a eficiência da prestação de serviços públicos em termos de sustentabilidade financeira.

As PPP repousam na iniciativa pública e visam, em regra, lançar um novo empreendimento público ou renovar, expandir ou reconverter serviços públicos anteriormente existentes. Assim, as PPP representam primordialmente uma forma de aquisição pelo sector privado da exploração de um serviço público, numa ótica de longo prazo, embora as PPP não se confundam com uma operação de privatização de um serviço público ou com a mera aquisição de um ativo infraestrutural. Envolvendo normalmente o desenvolvimento de um ativo de natureza infraestrutural ou de um conjunto relacionado de ativos, um projecto em PPP dá ênfase à lógica de prestação de um serviço público (de uma necessidade pública) por um operador privado em detrimento da estrita lógica de construção e fornecimento de uma determinada peça infraestrutural.

Uma PPP não constitui, assim, uma mera opção de financiamento ou um simples diferimento no tempo da despesa pública, mas um contrato em que o operador privado assume a responsabilidade do investimento inicial e ao longo da operação, suportado em apoio bancário específico dirigido ao projecto.

Com as PPP visa-se também mobilizar o "know-how" do sector privado e apostar nas suas capacidades de eficiência, inovação e gestão, colocando-as ao serviço do interesse público, por forma a gerar valor acrescentado para os fundos públicos aplicados ou para o desenvolvimento de novos projectos e/ou racionalização ou expansão dos serviços existentes<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Sobre as PPP, pode ver-se, entre outros que citaremos adiante, as obras gerais de MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), NATÉRCIA DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, (ob. cit.), e JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, *Parcerias Público-Privadas*, Almedina, 2016.

<sup>14</sup> Esta a razão porque o modelo de PPP é fomentado por organizações como o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BERD), Banco Mundial/International Finance Corporation (BM/IFC), Banco Africano de Desenvolvimento (BAfD), etc., como forma de desenvolvimento de projetos em países em desenvolvimento, em que a iniciativa privada será uma forma de desenvolver os serviços públicos e potenciar a transferência de know-how. Neste sentido, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 167 e ss.

Deste modo, a estrutura e mecânica do funcionamento do serviço são encarados como um meio e não como um fim em si mesmo, destinando-se a promover uma adequada partilha de gestão dos riscos e a estabelecer os incentivos apropriados à melhor gestão global de cada projecto de parceria.

Um projeto para ser suscetível de execução com recurso a um modelo de PPP tem que preencher os seguintes requisitos básicos:

- a) Viabilidade económica para o sector público;
- b) Viabilidade financeira para o sector privado;
- c) Equilíbrio risco/retribuição apropriado para os sectores público e privado;
- d) Optimização dos recursos para o sector público.

Da análise de cada um destes critérios tem que resultar um projecto viável do ponto de vista socioeconómico. Sabendo-se que uma grande parte dos projectos de investimento em serviços públicos não são financeiramente viáveis numa base autónoma, há que encontrar a melhor forma de participação do sector público de modo a garantir que o projecto tenha o equilíbrio risco/retribuição adequado, tornando-o financeiramente viável (e *bancável*) e, deste modo, também apetecível, para o sector privado, assegurando um retorno dos capitais investidos razoável<sup>15</sup>.

Um dos elementos cruciais para se encontrar a melhor resposta em termos de modelo PPP adequado ao caso concreto, é a clara identificação e ponderação dos riscos no ciclo do projecto em questão, bem como a sua atribuição à parte – sector público ou sector privado – que melhor os pode gerir<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> O Tribunal de Contas tem vindo a recomendar que as TIR acionistas não devem ser superiores a 10%, no sentido de promover um maior equilíbrio entre os concedentes públicos e os privados (cfr. Relatório n.º 07/2016 – 2.ª Secção, *Gestão, monitorização e fiscalização dos contratos de concessão de serviço público das Administrações Portuárias*, pág. 12).

<sup>16</sup> Como sublinha JORGE ABREU SIMÕES, este é o ponto fundamental "...que distingue o modelo tradicional de contratação pública (...) do modelo e metodologia de contratação em parceria", atingindo-se assim melhores resultados pois, prossegue, "... a avaliação do risco pelo lado público é historicamente negligenciada ou deficiente e tradicionalmente optimista", contrariamente "na abordagem de contratação em regime de Parceria Público-Privada, o processo de transferência ou afectação dos riscos visa precisamente favorecer a elaboração de orçamentos realistas e a gestão eficaz dos riscos", pois evitam-se os defeitos apontados ao comportamento tradicional dos entes públicos, que considera "acompanhado por duas tendências que lhe estão associadas: (i) orçamentar o melhor cenário possível (menor custo, prazo mais cedo) e não o mais provável; (ii) lançar projectos

Assim, há que identificar e construir matrizes de risco adequadas ao ciclo de vida do projeto e que podemos identificar como sendo um conjunto de riscos que ocorrem em fases distintas da sua vida<sup>17</sup>. Teremos, normalmente, três grandes grupos de riscos, a saber:

- a) Riscos inerentes ao planeamento e conceção.
- b) Riscos da fase de construção.
- c) Riscos inerentes à gestão e exploração (incluindo o risco de procura e de alteração das circunstâncias).

Quanto mais detalhada e completa for a análise dos riscos e das probabilidades da sua ocorrência em cada uma das fases da vida do projeto, mais fácil se torna avaliar os impactos da atribuição dos riscos, quer para o sector público, quer para o sector privado. Uma correcta distribuição dos riscos que permita atribuir cada risco à parte – sector público ou sector privado – que melhor o pode gerir é, sem dúvida, um dos factores chave no sucesso de uma PPP.

Todas estas operações têm um objectivo primordial – a optimização dos recursos, ou seja, calcular os custos do projeto em termos de *value for money*<sup>18</sup>.

Este conceito de *value for money* postula que o que é correcto é o “melhor valor” e não apenas o preço mais baixo. Para se estabelecer o melhor valor é necessário partir de uma perspectiva muito mais ampla no que respeita à gama de resultados possíveis do projeto e, depois, escolher a opção que oferecer um melhor equilíbrio entre custos globais (ou de ciclo de vida total) e a probabilidade de os custos e prazos previstos serem ultrapassados. Ou seja, o recurso ao conceito de *value for money* permite que não se opte, hoje, pela solução imediatamente mais barata, a qual pode vir

sub-orçamentados para ultrapassar as restrições financeiras e criar factos consumados”, in *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde*, in “Manual Prático de Parcerias Público-Privadas”, 2004, Sintra, NPF, pág. 58 e ss.

<sup>17</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 85 e ss. JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, *Parcerias* (ob. cit.), págs. 45 e ss.

<sup>18</sup> O mesmo significa “na melhoria do retorno dos impostos pagos pelos contribuintes”, que se atinge quando, com os mesmos recursos, se consegue prestar um maior leque de serviços públicos de melhor qualidade, como refere JOÃO PONTES AMARO, *Modelos de Parceria Público-Privada*, in “Manual Prático de Parcerias Público-Privadas”, 2004, Sintra, NPF, pág. 111. Também NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 78 e ss.

a ser comprovadamente mais dispendiosa ao longo do tempo, mas sim pela solução mais eficiente<sup>19</sup>.

Para termos uma correcta apreciação do *value for money* do projeto mostra-se determinante a construção de um *Public Sector Comparator*. O *Public Sector Comparator* consiste num modelo financeiro que permite estimar o custo para o Estado da construção, com recurso ao modelo tradicional de empreitada e da exploração/conservação, por administração directa, durante um período longo de tempo (20 ou mais anos).

A construção deste *Public Sector Comparator* é normalmente uma das tarefas mais importantes e, conseqüentemente, decisiva do processo de concepção e lançamento do concurso público que antecede a execução de projetos em PPP<sup>20</sup>.

Com um *Public Sector Comparator* que permita uma correcta avaliação dos riscos do projeto bem como a determinação do *value for money* pretendido pelo Governo, estaremos em condições de determinar com rigor qual o modelo de PPP mais adequado para cada projeto.

Por outro lado, é com recurso a este *Public Sector Comparator* que os organismos de controlo e fiscalização do Estado (Inspecção Geral de Finanças e Tribunal de Contas) poderão apreciar e validar a realização da despesa pública quer em termos de custo/benefício, quer em termos de legalidade<sup>21</sup>.

O *Public Sector Comparator* vai permitir comparar o valor líquido de cada projeto se ele fosse integralmente realizado pelo sector público com o valor líquido do projeto com recurso a PPP.

Todos os trabalhos de análise económica e estudo dos sistemas legais comparados serão normalmente efectuados numa fase inicial do processo de execução do projeto, sempre considerando que o modelo jurídico a

<sup>19</sup> Seguindo ANTÓNIO GARCIA, esta “assenta basicamente em quatro pilares” que são: 1.º Definição clara dos objectivos do projeto, 2.º Aplicação de procedimentos de contratação adequados, 3.º Obtenção do melhor contrato possível e 4.º Assegurar a coerência do contrato, (cfr. *Acompanhamento, Avaliação e Controlo das PPP*, “Manual Prático de Parcerias Público-Privadas”, 2004, Sintra, NPF, pág. 185 e ss.). O recente artigo 75.º do CCP (revisto em 2017) veio introduzir o conceito de “custos do ciclo de vida”, como fator de adjudicação, tributário deste *value for money*.

<sup>20</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 83/84, JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, *Parcerias...* (ob. cit.), págs. 91 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *Enquadramento Orçamental e Contabilístico das Parcerias Público-Privadas*, in “Novas Fronteiras da Contratação Pública”, Coimbra Editora, 2014, pág. 151.

adoptar e a análise das expectativas do mercado pelo projecto são determinantes para o seu sucesso<sup>22</sup>.

Daí que se mostre de crucial interesse a realização de uma análise do mercado que permita determinar qual o nível de interesse do sector privado pelo projecto, bem como a sua capacidade para se organizar e constituir consórcios para a sua concretização. Quando o mercado está preparado, esclarecido e motivado para participar neste tipo de projectos, os riscos inerentes às próprias características do modelo podem ser substancialmente reduzidos.

Finalmente, importa ter em atenção que o modelo de PPP pode ser prosseguido sob a forma de contratos ou sob uma forma institucional de *joint venture*.<sup>23</sup>

Sob a forma de contratos<sup>24</sup>, implica a celebração de um ou mais contratos entre o parceiro público e o parceiro privado (eventualmente também com os bancos financiadores) estabelecendo uma relação de colaboração duradoura para a prossecução do fim público contratado. A medida de transferência do risco do sector público para o sector privado dará origem a tipos contratuais distintos, desde uma simples contratação de serviços, até contratos complexos de concepção, construção e exploração em regime de *Project Finance*<sup>25</sup>.

Sob a forma de *joint venture*, a colaboração entre o parceiro público e privado ocorre no interior de um modelo societário. Ambos os parceiros resolvem constituir uma sociedade comercial de capitais mistos com o objectivo de prosseguir em conjunto uma actividade, normalmente comercial ou industrial, partilhando riscos de acordo com o capital de cada um na sociedade. É o modelo de sociedades mistas, quer empresas públicas, em que o sector público pode exercer uma influencia dominante, quer empresas meramente participadas, em que esse domínio reside no sector privado<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> PEDRO SILVA, *Fundamentos e Modelos nas Parcerias Público-Privadas na Saúde – o Estudo dos Serviços Clínicos*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 41 e ss.

<sup>23</sup> JOÃO PONTES AMARO, *Modelos...* (ob. cit.), pág. 105.

<sup>24</sup> É o modelo do regime das PPP, do DL 111/2012.

<sup>25</sup> Sobre o *Project Finance* e a sua aplicação a projetos públicos, com uma análise profunda dos seus condicionantes legais, cfr. STEFANO GATTI, *Project Finance in Theory and Practice*, Elsevier, 2008; SCOTT L. HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge, 2008.

<sup>26</sup> Cfr. arts. 5.º, 7.º e 9.º DL 133/2013, de 03-10 (com as alterações em vigor) – Regime Jurídico do Setor Público Empresarial.

### 3. O Regime das PPP em Portugal

O Decreto-Lei n.º 86/2003, introduziu, em Portugal, o primeiro regime jurídico geral das parcerias público-privadas<sup>27</sup>. Regime geral, pois as PPP podem ser alvo de regulamentação específica para determinados sectores, como é o caso da saúde, que contém um regime particular, aliás anterior ao regime geral (DL n.º 185/2002, de 20-08). Mas, ainda antes do Decreto-Lei n.º 86/2003 as PPP ficaram consagradas na Lei do Enquadramento Orçamental (Lei n.º 91/2001, de 20-08, com todas as suas alterações posteriores<sup>28</sup>). O DL 86/2003 foi alvo de alterações significativas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, que o republicou revisto, e foi totalmente revogado pelo atual DL 111/2012, que ainda manteve em vigor, alterado, o regime especial das PPP na saúde (DL 185/2002), que apenas veio a ser revogado pela entrada em vigor do DL 23/2020, de 22-05 (que veio concretizar a Lei de Bases da Saúde, Lei n.º 95/2019, de 04-09, e que contém o atual regime das PPP na Saúde, ainda o único regime setorial em vigor)<sup>29</sup>.

O atual regime das PPP de 2012 vem concretizar obrigações assumidas no âmbito do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (Memorando da «Troika»), cujo ponto 3.20 determinava que o Governo iria “*Pôr em prática um quadro legal e institucional reforçado, no âmbito do Ministério das Finanças e da Administração Pública, para a avaliação dos riscos ex-ante da participação em PPP, concessões e outros investimentos públicos, bem como a monitorização da respectiva execução.*”<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Para uma análise deste diploma, JOÃO CANTO E CASTRO, *Uma Apreciação Geral do Regime Jurídico Geral Aplicável às Parcerias Público-Privadas*, in “Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas”, n.º 15, 2009, págs. 151 e ss.

<sup>28</sup> Cfr. arts. 19.º/2 (“*A avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos setores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objetivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida*”) e 37.º/1.c), d) e h) (elementos informativos mínimos a constar da proposta de Lei do Orçamento de Estado: *memória descritiva das razões que justificam o recurso a parcerias dos setores público e privado face a um programa alternativo elaborado nos termos do n.º 2 do artigo 19.º; informação individualizada sobre despesas anuais e plurianuais com parcerias público-privadas; situação do endividamento global (...), das parcerias público-privadas*).

<sup>29</sup> Sobre a evolução da regulamentação legal do regime das PPP, cfr. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: A Evolução do Enquadramento Jurídico*, in “Novas Fronteiras da Contratação Pública”, Coimbra Editora, 2014, págs. 99 e ss.

<sup>30</sup> Alterados já os pressupostos iniciais, de intervenção da “Troika”, o Governo pretendeu alterar significativamente este diploma pelo DL n.º 170/2019, de 04-12, mas a Assembleia da República fez cessar a vigência deste, pela Resolução da AR n.º 16/2020, de 19-03.

Nos termos do diploma legal citado, as PPP são reguladas por contratos a estabelecer entre entidades públicas que a elas recorram e entidades privadas – umas e outras denominadas, no DL n.º 111/2012, como “parceiros públicos” e “parceiros privados”, respetivamente (cfr. art. 2.º/1).

Mais concretamente, o referido diploma tem por objeto a “definição de normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, lançamento, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas”, além da criação da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP) (cfr. artigo 1.º DL 111/2012), entidade que passou desde então a participar na preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global de processos de parcerias, bem como prestar apoio técnico ao Ministério das Finanças e, nos termos previstos no presente diploma, a outras entidades em processos daquela natureza (cfr. artigo 35.º/1 DL 111/2012).

O DL 111/2012 consagra um elenco, mais alargado do que o regime de 2003, de entidades consideradas “parceiros públicos” para efeitos do regime das parcerias público-privadas. Assim, para além do Estado, entidades públicas estatais e fundos e serviços autónomos, que já estavam sujeitos ao regime das PPP, o novo regime passa a incluir no seu âmbito de aplicação as empresas públicas, e não apenas as entidades públicas empresariais, como decorria do DL 86/2003. Esta alteração é significativa, uma vez que significa que todo o sector empresarial do Estado passa a estar sujeito ao regime das parcerias público-privadas (cfr. art. 2.º/2).

Note-se, contudo, que nos termos do artigo 24.º do DL 111/2012, a aplicabilidade a empresas públicas com carácter comercial e industrial, entendidas como aquelas cuja atividade económica se submete à lógica do mercado e da livre concorrência (cfr. n.º 4 do art. 24.º), são excecionadas da aplicação do regime relativo ao desenvolvimento do processo de contratação de parcerias (Capítulo II do DL 11/2012), bem como das regras sobre execução e modificação das parcerias (Capítulo III do DL 111/2012). A aplicação desta exceção depende, ainda, de se verificar, cumulativamente, que i) as contas das empresas em questão não consolidam com as do sector público administrativo, ii) a exploração da sua atividade não é, direta ou indiretamente, subsidiada pelo Estado, ainda que mediante indemnizações compensatórias, iii) a parceria não carece, nem é objeto, de financiamento, direto ou indireto, pelo Estado, iv) a parceria não carece, nem é objeto, direto ou indireto, de prestação de garantias pelo Estado, e que v) os custos decorrentes da execução do contrato de parceria não são suscetíveis de, direta ou indiretamente, afetarem ou virem a afetar o montante da dívida pública.

De igual modo, passam a estar incluídas no âmbito de aplicação do regime das PPP, as entidades constituídas por qualquer um dos “parceiros públicos”, com vista à satisfação de necessidades de interesse geral (cfr. art. 2.º/2e)). Ou seja, são também considerados “parceiros públicos”, para efeitos de aplicação do DL 111/2012, todas as entidades constituídas pelo Estado, entidades públicas estatais, fundos e serviços autónomos e empresas públicas, para satisfazer necessidades de interesse geral.

A não integração das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais no regime do diploma não significa que estas não possam celebrar PPP (o que têm feito), mas apenas que não ficam sujeitas ao regime aqui previsto, em especial à subordinação ao Ministro das Finanças, o que poria em causa a autonomia constitucional destas entidades<sup>31</sup>. Por este motivo o apoio da UTAP a estas entidades é facultativo e a pedido.

<sup>31</sup> Mas ver arts. 339.º a 342.º CCP, que já inclui as Regiões Autónomas. E ver a jurisprudência do Tribunal de Contas que aplica o regime geral das PPP aos contratos das autarquias locais e das suas empresas municipais (por todos o Ac. 22/2020, de 22-04, Ponto 55: “(...) Com efeito, e conforme já sustentado no citado Acórdão n.º 1/2019, é de entender que o elenco de parceiros públicos, constante do n.º 2 do artigo 2.º do RJPPP, não se deve ter por taxativo, pelo que a não referência expressa nele às autarquias locais (ou às empresas municipais, acrescente-se aqui) não deve ser interpretado num sentido excludente. Como ali se demonstrou, existe uma relação de complementaridade normativa entre o RJPPP e o CCP, decorrente da aplicabilidade simultânea dos dois regimes às parcerias por aquele abrangidas, o que, em face da expressa previsão de aplicação do segundo às autarquias locais (cfr. artigo 2.º, n.º 1, alínea c)), tornaria incongruente uma diferenciação quanto ao âmbito subjetivo dos dois diplomas. Também como ali se considerou, deve ter-se como particularmente relevante, no sentido inclusivo das entidades municipais no RJPPP, a já aludida previsão legal expressa, no RFALEI, da existência de parcerias público-privadas em contexto autárquico. E, tal como nesse aresto, deve entender-se que, independentemente dessa previsão, sempre tal incidência do RJPPP se alcançaria por via do artigo 10.º do Código Civil – ou seja, por aplicação analógica desse mesmo regime, quando seja demonstrada a identidade entre as características verificadas num concreto contrato que seja celebrado em contexto autárquico e as que o legislador descreve para as PPP. Adite-se ainda que essa inclusão das autarquias locais no elenco de parceiros públicos para efeitos da aplicação do RJPPP se estende às empresas municipais, por aquelas criadas, seja com base na argumentação expendida na decisão recorrida (com particular ênfase na remissão constante do artigo 21.º do RJAEL para o regime do setor empresarial do Estado), seja por identidade de razões, uma vez que os motivos daquela inclusão dos municípios também valem para as entidades que estes criam – como, aliás, reconhece implicitamente o legislador do RJPPP, ao fazer afiorar esse critério na previsão do artigo 2.º, n.º 2, alínea e), do respetivo diploma (ao considerar como parceiros públicos entidades criadas por outros parceiros públicos «com vista à satisfação de necessidades de interesse geral»)).”

O regime das PPP identifica, no n.º 4 do artigo 2.º, os “instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e privados”, ou seja, os contratos através dos quais podem ser constituídas PPP.

Neste ponto, o atual regime continua a prever todos os tipos contratuais já previstos na anterior legislação – o contrato de concessão de obras públicas, de concessão de serviço público, de fornecimento contínuo, de prestação de serviços, de gestão e de colaboração, neste último caso quando esteja em causa a utilização de um estabelecimento ou infraestrutura já existentes, pertencentes a outras entidades que não o parceiro público – mas acrescenta ao elenco legal as subconcessões de obras públicas e de serviço público.

À semelhança do regime de 2003, o DL 111/2012 continua a prever situações expressas de exclusão do regime das PPP, embora sejam significativas as diferenças entre os dois diplomas.

Assim, em primeiro lugar, mantendo a regra que vinha do regime anterior, continua a prever-se a exclusão das parcerias que envolvam um encargo bruto para o sector público inferior a 10 milhões de euros e, cumulativamente, um investimento inferior a 25 milhões de euros, sempre em termos previsionais e para a duração de toda a parceria (cfr. art. 2.º/5a) DL 111/2012). Mantendo-se inalterados os limites considerados relevantes para este efeito, o atual diploma introduziu, ainda assim, uma novidade nesta matéria, já que passa a considerar como investimento todos os custos ao longo da parceria, incluindo os custos de manutenção, de conservação, de reparação e de substituição de bens afetos à parceria (cfr. art. 2.º/6 DL 111/2012).

Em segundo lugar, estão excluídas do regime das PPP as concessões de sistemas multimunicipais de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos, hoje previstas no Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11-07 (cfr. art. 2.º/5b) DL 111/2012)<sup>32</sup>.

O diploma exclui, igualmente, do regime das PPP, de forma inovadora, as concessões atribuídas pelo Estado, através de diploma legal, a entidades de natureza pública ou de capitais exclusivamente públicos. Esclarece-se, todavia, que esta exclusão não prejudica a aplicação do regime às parce-

<sup>32</sup> Sobre estas específicas parcerias entre entidades públicas, pode ver-se MARIA FERNANDA MAÇÃS, *As Parcerias Estado/Autarquias Locais: breves considerações sobre o novo modelo de gestão de serviços municipais de águas e resíduos*, in “Revista de Contratos Públicos”, n.º 3, 2011, págs. 71 e ss.

rias que estas entidades venham a desenvolver (cfr. art. 2.º/5.c) DL 111/2012 – embora estas parcerias sejam antes parcerias público-públicas)<sup>33</sup>.

Estão ainda excluídos os contratos militares (cfr. art. 2.º/8).

A todas as parcerias excluídas nos termos do artigo 2.º, n.º 5, aplicam-se, no entanto, os artigos 4.º a 7.º do DL 111/2012 (que inclui a repartição de responsabilidades, a análise de riscos e a avaliação dos seus pressupostos).

Em matéria de pressupostos do lançamento e adjudicação das parcerias, o artigo 6.º do DL 111/2012 mantém todos os requisitos que já se encontravam legalmente contemplados no diploma anterior, reforçando, contudo, através da inclusão de novas alíneas, os pressupostos ligados ao controlo do impacto orçamental da PPP, bem como à necessidade de identificar os riscos a assumir pelas partes e os resultados a atingir pelo parceiro público.

Quanto ao acentuar do controlo do impacto orçamental das PPP, o DL 111/2012 estabelece como pressuposto, por exemplo, o estudo dos impactes orçamentais previsíveis em termos de receita e de despesa, a sua comportabilidade, bem como as respetivas análises de sensibilidade, quer em termos de procura, quer de evolução macroeconómica (cfr. art. 6.º/1.b) DL 111/2012), assim como a conceção de modelos contratuais que garantam que o esforço financeiro do parceiro público se encontra repartido de forma adequada à comportabilidade orçamental (cfr. art. 6.º/1.j) DL 111/2012).

No que respeita ao reforço da necessidade de identificação dos riscos a assumir pelas partes, bem como dos resultados a atingir com a parceria, o atual regime estabelece, como pressuposto, designadamente, a clara especificação dos resultados pretendidos, numa perspetiva de análise custo-benefício (art. 6.º/1.f)), a enunciação dos resultados que se pretendem do parceiro privado (art. 6.º/1.g)), a identificação discriminada e detalhada dos riscos a assumir por cada um dos parceiros (art. 6.º/1.l)), assim como uma adequada distribuição de responsabilidades entre parceiros públicos e privados (art. 6.º/1.m)).

Tal como previsto no regime anterior de 2003, a iniciativa para lançamento do processo de uma PPP cabe ao membro do Governo responsável pela área da parceria, que para esse efeito, e na sequência da apresentação de uma proposta fundamentada por parte da entidade que representa o (futuro) parceiro público, deve notificar o membro do Governo responsá-

<sup>33</sup> Em geral sobre o regime das parcerias público-públicas, prevendo a aplicabilidade parcial do regime geral das PPP, cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Parcerias Público-Públicas*, in “Novas Fronteiras da Contratação Pública”, Coimbra Editora, 2014, págs. 11 e ss.



vel pela área das finanças, tendo em vista a constituição de uma equipa de projeto (cfr. art. 9.º/1 e 2 do DL 111/2012).

Alteram-se, contudo, os elementos a apresentar pelo membro do Governo responsável pela área da parceria ao membro do Governo responsável pelas finanças, na fase inicial do procedimento.

Com efeito, o regime de 2003 previa que a notificação ao Ministro das Finanças da intenção de iniciar processos de PPP fosse já acompanhada do respetivo estudo estratégico e das minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento prévio à contratação e, com o atual regime do DL 111/2012, o membro do Governo responsável pela área do projeto em causa passa apenas a dever notificar o membro do Governo responsável pelas finanças dessa intenção, indicando apenas os membros para integrar uma equipa de projeto. Quanto aos elementos que anteriormente acompanhavam a notificação ao Ministro das Finanças da intenção de lançar a parceria – o estudo estratégico e as minutas das peças do procedimento pré-contratual a levar a cabo – passam a ser da competência da equipa de projeto, devendo ser apresentados em momento posterior, como veremos. Esta alteração reforça a intervenção do Ministério das Finanças.

Dando-se início a um processo de lançamento de uma parceria, o atual regime das PPP prevê que seja constituída uma equipa de projeto, que veio substituir a anterior comissão de acompanhamento da preparação e da avaliação prévia do projeto.

Em ambos os casos, estamos perante grupos de trabalhos formados especificamente para acompanhar o processo de lançamento de uma determinada parceria e constituídos por elementos designados por membros do governo. Em concreto, contudo, são de realçar algumas diferenças entre as duas estruturas.

Em primeiro lugar, ao contrário da comissão de acompanhamento prevista em 2003, que era nomeada por despacho conjunto dos ministros das Finanças e da tutela do sector, a equipa de projeto do atual regime é nomeada pela UTAP (cfr. art. 10.º/1), só havendo lugar a despacho do Ministro das Finanças nos casos em que se pretenda designar como presidente da equipa o Coordenador da Unidade Técnica (cfr. art. 10.º/2). Ainda nos termos do n.º 1 do artigo 10.º, devem ser integrados na equipa de projeto, na notificação feita ao Ministro das Finanças, os elementos indicados pelo membro do Governo responsável pela área da parceria.

Em segundo lugar, quanto à sua composição, a equipa de projeto passa a ser, em geral, integrada por um maior número de membros efetivos e

suplentes do que a anterior comissão de acompanhamento. Com efeito, o regime anterior previa três ou cinco membros efetivos e dois suplentes, passando o novo regime a estipular cinco ou sete membros efetivos – consoante o membro do Governo responsável pela área do projeto em causa tenha indicado dois ou três membros efetivos – e dois ou quatro suplentes, respetivamente.

Em terceiro lugar, em matéria de competências, a equipa de projeto prevista no atual regime passa a ter de (i) elaborar a justificação do modelo a adotar, demonstrando a inexistência de alternativas mais eficientes ou com maior racionalidade económica e financeira, (ii) elaborar o estudo estratégico económico-financeiro de suporte ao lançamento da parceria, (iii) demonstrar a comportabilidade orçamental da parceria, (iv) propor as soluções e medidas consideradas mais consentâneas com a defesa do interesse público, (v) elaborar as minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento prévio à contratação, (vi) promover uma eficaz articulação entre as entidades envolvidas, tendo em vista uma atuação mais célere e (vii) colaborar com as entidades incumbidas da fiscalização e acompanhamento global das parcerias.

Em comparação com a anterior comissão de acompanhamento, as maiores diferenças respeitam à circunstância de, no âmbito do atual regime das PPP, a equipa de projeto ter a incumbência de elaborar o estudo estratégico e as minutas dos instrumentos jurídicos referentes aos procedimentos pré-contratuais, documentos estes que, no anterior regime, eram enviados pelo ministério responsável pela área do projeto logo no momento inicial da notificação ao Ministério das Finanças da intenção de lançar uma parceria, numa evidente deslocalização da responsabilidade por estes documentos para a área das finanças.

Como resultado final do seu trabalho, a equipa de projeto deve elaborar um relatório fundamentado, com uma proposta de decisão quanto ao lançamento da parceria, o qual deve incluir a análise da conformidade do projeto com todos os pressupostos de lançamento da parceria previstos no artigo 6.º, bem como com todas as regras de partilha de riscos do artigo 7.º, e ainda incluir a quantificação dos encargos brutos, diretos e indiretos, para o sector público, bem como o impacte potencial dos riscos, direta ou indiretamente, afetos ao sector público. Este relatório deve fundamentar a decisão dos membros do Governo, das Finanças e da área do projeto, sobre o lançamento da parceria, a proferir através de despacho conjunto, no prazo de 30 dias.

Considerando o Código dos Contratos Públicos (CCP – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro), um dos aspetos em que o atual regime das PPP inova em relação ao regime de 2003, respeita, justamente, à adaptação da legislação sobre PPP às regras da contratação pública. Deste modo, o CCP passa a ser o regime expressamente aplicável para efeitos de escolha do procedimento para a formação do contrato de parceria, nos termos do n.º 1 do artigo 15.º do DL 111/2012, além de prever algumas regras para a execução e modificação das PPP (arts. 339.º e ss.)<sup>34</sup>.

Salientam-se, contudo, algumas especificidades.

Em primeiro lugar, a possibilidade que passa a estar consagrada no n.º 2 do artigo 15.º, de ser autonomizada a componente de financiamento, caso em que na documentação do procedimento deve indicar-se a taxa global de custo de capital alheio a considerar, o nível de fundos próprios exigidos e a maturidade e composição dos fundos alheios, bem como o respetivo serviço da dívida. Esta é uma possibilidade consagrada de forma inovadora no atual regime das PPP.

Em segundo lugar, a previsão de um júri do procedimento para conduzir a formação do contrato, designado por despacho conjunto dos membros do Governo da área das finanças e da área da parceria (cfr. art. 17.º). O referido júri é constituído por três ou cinco membros efetivos e dois suplentes, indicados pelo membro do Governo responsável pela parceria e pela UTAP, sendo o seu presidente escolhido de entre os técnicos que desempenham funções na referida Unidade Técnica, incluindo o seu Coordenador. No seu relatório, o júri deve analisar a conformidade do projeto com todos os pressupostos de lançamento da parceria previstos no artigo 6.º, bem como com todas as regras de partilha de riscos do artigo 7.º, e ser demonstrada a comportabilidade dos custos e riscos decorrentes da parceria em função da programação financeira plurianual.

Em terceiro lugar, mantém-se, à semelhança do regime anterior, a reserva de não adjudicação, nos casos em que as análises e avaliações realizadas ou os resultados das negociações com os concorrentes não correspondam, em termos satisfatórios, aos fins de interesse público subjacentes à constituição da parceria, incluindo a respetiva comportabilidade orçamental<sup>35</sup>. O atual regime configura, contudo, esta reserva de não adjudicação como a possibilidade de *pôr termo* ao procedimento em curso, sem direito

<sup>34</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 315 e ss.

<sup>35</sup> Naquilo que é chamado de "gateway clause" (cfr. RUI S. MONTEIRO, *PPP and Fiscal Risks – Experiences from Portugal*, in International Seminar on Strengthening Public

a qualquer indemnização, e não de o interromper ou anular, como resultava de 2003 e resulta do CCP (art. 79.º).

Embora com alterações face ao que dispunha o regime de 2003 sobre acréscimo de encargos, o DL 111/2012 vem estabelecer, no seu artigo 20.º, o regime a observar nas decisões tomadas pelo parceiro público no âmbito da execução do contrato de parceria, suscetíveis de ter implicações sobre os encargos a ela associados.

Assim, estabelece-se, como regra, quanto a esta matéria, a necessidade de despacho prévio de concordância dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa quanto a qualquer decisão do parceiro público suscetível de gerar (i) um acréscimo dos encargos previstos para o sector público, exceto se o respetivo valor não exceder, em termos anuais, 1 milhão de euros brutos ou em termos acumulados 10 milhões de euros brutos, ou (ii) uma redução de encargos para o sector privado.

Face ao que dispunha o regime de 2003, os pressupostos de aplicação do atual regime diferem em relação a dois aspetos: em primeiro lugar, quanto ao limite de 10 milhões de euros brutos, em termos acumulados, até ao qual a decisão não carece de despacho prévio de concordância; em segundo lugar, quanto à suscetibilidade das decisões geradoras de redução de encargos para o sector privado poderem também determinar a sua aplicação.

O procedimento a levar a cabo para este efeito mantém-se semelhante ao anterior de 2003, com a especificidade de o pedido do serviço ou entidade que representa o parceiro público dever ser apresentado na UTAP, acompanhado (i) da sua fundamentação, (ii) do orçamento apresentado pelo parceiro privado e (iii) das condições de execução do pagamento, devendo aquela Unidade emitir parecer no prazo de 15 dias sobre a receção dos elementos.

No caso de os membros do Governo a quem cabe decidir sobre a alteração em causa não aceitarem o orçamento apresentado ou as condições de execução e pagamento, mantém-se igualmente a possibilidade de o parceiro público poder, unilateralmente, decidir nos termos que melhor acautelem o interesse público, embora sempre só após parecer da UTAP e correspondente concordância dos membros do Governo competentes.

Assinale-se ainda que, ao contrário do regime de 2003, a falta de decisão dos membros do Governo no prazo concedido para o efeito deixa de ter por efeito o deferimento tácito dessas pretensões, seja quanto à decisão

do parceiro público suscetível de gerar acréscimo de encargos para o sector público ou redução de encargos para o parceiro privado, seja quanto à possibilidade de o parceiro público passar a decidir unilateralmente nos termos que melhor acautelem o interesse público.

Outra situação de modificação do contrato de PPP prevista no atual regime, decorre do disposto nos artigos 21.º a 23.º do DL 111/2012, e respeita às situações em que se verifiquem ou sejam invocados factos suscetíveis de fundamentar uma partilha de benefícios, ou a sua integral atribuição ao parceiro público, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (nos termos do artigo 282.º do CCP) ou a renegociação do contrato.

Em matéria de acompanhamento das parcerias, o atual regime das PPP prevê dois tipos de acompanhamento, expressamente cometidos à UTAP<sup>36</sup>.

Em primeiro lugar, o acompanhamento das matérias económico-financeiras, no âmbito das quais incumbe à UTAP proceder ao registo dos encargos financeiros estimados e assumidos pelo sector público no âmbito das parcerias, bem como acompanhar permanentemente a situação e evolução dos respetivos contratos, devendo para o efeito elaborar trimestralmente um relatório sobre a situação, a submeter à apreciação do membro do Governo responsável pela área das finanças.

Em segundo lugar, o acompanhamento dos processos arbitrais, relativamente ao qual cabe à UTAP disponibilizar todo o apoio técnico solicitado pelos mandatários do parceiro público.

Adicionalmente, a UTAP presta ainda apoio técnico ao Ministério das Finanças, ou a outras entidades envolvidas em processos de parcerias, neste

<sup>36</sup> O DL 111/2012 criou a UTAP com o propósito de concentrar numa única entidade um conjunto assinalável de competências e eliminar a dispersão de uma multiplicidade de tarefas por diferentes entidades públicas, sendo que a UTAP constitui uma entidade administrativa, dotada de mera autonomia administrativa, criada na dependência direta do membro do Governo responsável pelas finanças (cfr. art. 34.º do DL 111/2012). A UTAP tem por missão participar na preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global de processos de parcerias, bem como prestar apoio técnico ao Ministério das Finanças e a outras entidades em processos dessa natureza (art. 35.º/1), à UTAP podem ainda ser cometidas funções de prestação de apoio técnico no desenvolvimento, contratação e acompanhamento de grandes projetos de infraestruturas não enquadráveis na noção de PPP, suscetíveis de serem financiadas pelo sector público ou de constituírem encargos para este. A prestação de tais funções carece, contudo, de despacho conjunto dos ministros responsáveis pelas finanças e pela área do projeto em causa, considerando-se como grandes projetos os que envolvam, previsionalmente, um encargo bruto para o sector público igual ou superior a 10 milhões de euros ou um investimento igual ou superior a 25 milhões de euros.

último caso na sequência de solicitação nesse sentido do respetivo membro do Governo ao responsável das Finanças<sup>37</sup>.

No contexto do regime das PPP afigura-se de especial relevância o tipo contratual a celebrar para implementação da parceria, pelo que veremos de seguida mais em pormenor esses tipos contratuais.

#### 4. A concessão e outros tipos contratuais subjacentes a uma PPP

O DL 111/2012 pretende aplicar-se a um conjunto de relações contratuais, caracterizadas pela realidade económica que lhes está subjacente. Por isso, como referimos *supra*, o artigo 2.º, n.º 4 do DL em causa, contém uma simples enumeração exemplificativa<sup>38</sup> dos tipos contratuais.

Faremos, de seguida, referência aos tipos contratuais nominados na lei<sup>39</sup>.

- a) Em primeiro lugar, encontram-se os contratos que têm por objecto a realização pelo contraente privado de uma infra-estrutura que será utilizada, directa e imediatamente pelos utentes, contra o direito de receber uma remuneração pela sua utilização a pagar pelos utentes, ou pela entidade pública contratante, ou por ambos. Trata-se de um clássico contrato de concessão de obras públicas<sup>40</sup>.
- b) Também se encontram compreendidos no DL 111/2012 os contratos que têm por objecto a realização pelos contraentes privados de uma infra-estrutura ou de um equipamento que será utilizado pela entidade pública contratante associada a uma prestação de serviços (v.g. serviços de manutenção de um edifício ou equipamento). Estes contratos parecem caber ainda na definição de concessão de

<sup>37</sup> Foi o caso da solicitação do Governo Regional da Madeira, em 2014, para a renegociação das 2 PPP rodoviárias naquela Região (ViaLitoral e ViaExpresso).

<sup>38</sup> O que resulta expressamente da redacção do, *supra citada*, n.º 4 do art.º 2.º do DL 111/2012, que determina constituírem "... *entre outros*, instrumentos de regulamentação jurídica..." (sublinhado nosso).

<sup>39</sup> Seguimos de perto a tipologia apresentada por PEDRO SIZA VIEIRA, *Os Tipos Contratuais...* (ob. cit.), págs. 127 e ss..

<sup>40</sup> Que, acompanhando a definição de FREITAS DO AMARAL, "... é o contrato administrativo pelo qual um particular se encarrega de executar e explorar uma obra pública, mediante retribuição a obter directamente dos utentes, através do pagamento por estes de taxas de utilização", in *Direito Administrativo*, Vol. II, Lisboa, 2001, pág. 531. Hoje definido no artigo 407.º/1 CCP.

obras públicas (cfr. art. 427.º/1 CCP). Pode também suceder que o edifício/equipamento se mantenha na propriedade do parceiro privado, caso em que estará antes em causa um contrato de arrendamento com prestação de serviços associada<sup>41</sup>, ou um contrato de locação operacional.

- c) Também se encontram abrangidos os contratos usualmente denominados como contratos de locação operacional em que o bem não tenha sido construído pelo parceiro privado, mas apenas disponibilizado por este, que no diploma referido são denominados de contratos de colaboração (cfr. art. 2.º, n.º 4, al. f) do DL 111/2012).
- d) São igualmente abrangidos pelo DL 111/2012, os contratos em que o contraente privado presta um serviço directamente aos utentes, sendo por estes remunerado, ou, em conjunto ou alternativamente, pelo ente público contratante. Está em causa o contrato de concessão de serviço público<sup>42</sup>, como é o caso de concessões de

<sup>41</sup> Se se tratar de um contrato de arrendamento simples, estará excluído do âmbito de aplicação do DL 111/2012, por força do art. 2.º, n.º 2, al. b). Quando o peso de remuneração de serviços seja inferior ao da renda contratada, pensamos, como PEDRO SIZA VIEIRA (cfr. op. cit. supra, pág. 144), que deverá prevalecer o regime legal da componente com maior expressão financeira, que se encontra consagrado no artigo 32.º CCP.

<sup>42</sup> Que FREITAS DO AMARAL define como "...o contrato administrativo pelo qual um particular se encarrega de montar e explorar um serviço público, sendo retribuído pelo pagamento de taxas de utilização a cobrar directamente aos utentes", op. cit., pág. 537. Hoje definido no artigo 407.º/2 CCP.

A utilização de contratos de concessão como instrumentos de gestão de serviços públicos, com origens remotas no direito romano, expandiu-se, acentuadamente, no século XIX, num contexto enformado pelos princípios do liberalismo económico e favorável à contração do papel do Estado. Porém, na segunda metade do século XX, o desenvolvimento e consolidação do Estado social conduziu ao declínio, ou mesmo desaparecimento, da utilização desta forma privilegiada de colaboração do sector público com o privado, através da exclusão do sector privado das actividades económicas que configuravam serviço público, passando estas a ser geridas directamente pelo Estado ou indirectamente pela figura da Empresa Pública. Porém, no início da década de 80 do século XX, surgiu um novo modelo de Estado que, sem querer demitir-se das suas responsabilidades sociais, pretende reduzir os encargos associados à sua prossecução. Instalou-se, de modo paulatino, uma lógica de separação entre a responsabilidade de execução de tarefas administrativas, a qual se desloca, progressivamente, para a iniciativa privada, e a responsabilidade por garantir os fins prosseguidos por essas tarefas, a qual permanece no Estado. Esta mudança nas tarefas exigíveis à Administração Pública ofereceu um terreno fértil para o reaparecimento da figura dos contratos de concessão. Com efeito, esta fórmula organizatória revelou-se o instrumento idóneo para o Estado transferir a responsabilidade de execução de determi-

transporte<sup>43</sup>. Note-se que o contrato de concessão de serviço público pode abranger uma componente de construção (v.g. construção de catenárias, numa concessão de metropolitano ligeiro de superfície, ou de carris). Este tipo de contrato distingue-se do contrato de concessão de obras públicas, porque neste último a componente com maior expressão é a construção/disponibilização de uma infra-estrutura para imediata utilização pelo público; na concessão de serviços públicos o factor/componente "construção" é apenas um dos factores necessários (acessório) para a prestação do serviço (factor/componente principal do contrato em causa).<sup>44</sup> Num contrato de concessão, o concessionário assume a responsabilidade global pela gestão do serviço, podendo, para além disso, ser responsabilizado pela realização dos investimentos e obras de expansão e de renovação. As infra-estruturas permanecem propriedade do concedente, sendo retomadas pelo concedente gratuitamente, em condições pré-definidas de bom funcionamento, no final da concessão, com todas as benfeitorias realizadas. O concessionário é responsável pela eficiência não só da exploração dos serviços, mas também, eventualmente, pelo investimento, assumindo os correspondentes riscos, mas beneficiando, por outro lado, das economias que conseguir, tanto a nível técnico, como comercial e financeiro.

Concluindo, do ponto de vista estritamente jurídico, a concessão de serviços públicos é conferida por meio de um contrato (contrato administrativo, nos termos do artigo 407.º/2 CCP). Tal contrato configura um instrumento de actuação da Administração, destinado à constituição de uma relação jurídica administrativa —

nadas actividades para a iniciativa privada, reservando-se para si, nos termos da lei e do contrato de concessão, suficientes poderes para garantir que o exercício dessa actividade esteja vinculado ao interesse público. Sobre a evolução no tempo do contrato de concessão pode ver-se, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Concessão de Serviço Público — Que Futuro*, in "VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo", Direito e Justiça, Vol. Especial, 2005, Universidade Católica, págs. 21 e ss. e *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2012, págs. 141 e ss.

<sup>43</sup> Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros e seu artigo 20.º, aprovado pela Lei n.º 52/2015, de 09-06.

<sup>44</sup> Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, in "A Concessão de Serviços Públicos", Almedina, Coimbra, 1999, págs. 151 e ss..

- a relação de concessão de serviço público, entendida como a relação jurídica entre dois sujeitos: o concedente e o concessionário<sup>45</sup>.
- e) Incluem-se, igualmente, os contratos em que o operador privado presta um serviço directamente aos utentes, gerindo um estabelecimento previamente montado pela entidade pública contratante ou por anterior contratante. Aqui, contrariamente à concessão de serviço público a entidade privada não tem encargos com a construção e equipamento do estabelecimento, sendo o mesmo fornecido pela entidade pública. É aquilo que no Art. 2.º, n.º 2. al. 4) do DL 111/2012 se designa como contrato de gestão.
- f) Próxima desta figura, mas dela se distinguindo porque os serviços não são prestados directamente aos utentes/utilizadores, mas sim à Administração que os utiliza para satisfazer as necessidades públicas colectivas – aqui se enquadram os contratos de prestação de serviços para fins de imediata utilidade pública<sup>46</sup> ou de fornecimento contínuo<sup>47</sup>.

Os contratos de prestação de serviços e os de fornecimento constituem a forma mais simples de participação do sector privado, em que a Administração mantém a responsabilidade geral pela exploração do sistema. Por

<sup>45</sup> Cfr. PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 223. PEDRO GONÇALVES igualmente refere que “uma vez que a lei portuguesa não define o conceito de concessão de serviços públicos (limitando-o a um certo número de elementos essenciais), não vemos nenhuma razão para excluir da figura todos os tipos contratuais que atribuem a um sujeito o direito de, em seu próprio nome, gerir um serviço público – o facto de as remunerações pagas pelos utentes ou da assunção do risco pelo concessionário serem eventualidades normais do regime de concessão não exclui a natureza concessória do contrato em que a Administração assume o dever de remunerar, total ou parcialmente o concessionário, nem mesmo o contrato em que ela assume a dila económico-financeira inerente à gestão do serviço; para que possa falar-se de concessão de um serviço público, essencial é que a gestão (autónoma) do serviço seja transferida para o concessionário por um acto constitutivo de uma relação jurídico-administrativa” (ob. cit., pág. 147). Embora hoje com definição legal, no artigo 407.º CCP, continua a não ficar afastado este entendimento mais amplo.

<sup>46</sup> O contrato administrativo de prestação de serviços é apenas aquele “pelo qual um particular se vincula perante a Administração a exercer uma actividade de imediata utilidade pública”, FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pág. 550. Hoje definido no artigo 450.º CCP.

<sup>47</sup> São aqueles em que “... um particular se encarrega, durante um certo período, de entregar regularmente à administração certos bens necessários ao funcionamento regular de um serviço público”, FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pág. 550. Hoje definido no artigo 437.º CCP.

esta razão vemos com dificuldade estes tipos contratuais como tipos de PPP, eventualmente apenas o serão se inseridos numa união de contratos, como previsto no DL 111/2012, em conjunto com outro dos tipos contratuais nominados que transfira o estabelecimento para o privado<sup>48</sup>.

PEDRO GONÇALVES<sup>49</sup> sugere alguns critérios para distinguir o contrato de prestação de serviços da concessão. Refere, desde logo, o *objecto do contrato*: o que está em causa na concessão é atribuir ao concessionário a gestão de um serviço público. O interesse funcional da concessão é proceder à alienação e/ou gestão do serviço público, enquanto actividade da própria Administração – ao concessionário é confiada a gestão do serviço público. De maneira diferente, o contrato de prestação de serviços não altera a responsabilidade pela gestão do serviço, que se mantém na esfera da Administração. PEDRO GONÇALVES termina concluindo que, tendo em conta os níveis de colaboração dos privados na prossecução de tarefas administrativas, a concessão dá origem a uma “colaboração primária”, enquanto que o contrato de prestação de serviços dará origem a uma “colaboração secundária”. Nestes casos, a responsabilidade da empresa privada limita-se à gestão do seu pessoal e dos serviços contratados. Os riscos comerciais e de investimento são directamente suportados pela Administração.

Podemos ainda falar de outros contratos de “gestão delegada” ou de delegação de serviço público<sup>50</sup>, utilizados em outras jurisdições, embora alguns já com alguma expressão em Portugal, reconduzidos aliás em Portugal aos tipos contratuais atrás identificados (*MANAGEMENT CONTRACTS*<sup>51</sup>, *LEASE CONTRACTS*, *AFFERMAGE*<sup>52</sup>).

<sup>48</sup> PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 160 e ss, “A circunstância de a actividade do concessionário se fazer para os cidadãos e não para a Administração parece ser o primeiro indicio importante de distinção entre a concessão e outras actividades de prestação de serviços, em que o prestador assume a obrigação de apresentar o resultado do seu trabalho, do seu serviço à Administração pública, não sendo habilitado, nessa qualidade, a estabelecer qualquer tipo de relação jurídica para com terceiros”.

<sup>49</sup> Cfr. *op. cit.*, pág. 160.

<sup>50</sup> PAUL LIGNIÈRES, *Partenariats Public-Privé*, Lexis Nexis, 2. Ed., Paris, 2005, págs. 97 e ss.

<sup>51</sup> “Management contracts may be used as a means to transfer responsibilities for a specific plant, facility or service provided by an infrastructure owner. They may have a more broad reaching scope involving the management of a series of facilities. Nonetheless, responsibility for investment decisions remains with the public authority. Operation and management contracts often provide a good opportunity to encourage greater private sector involvement in the future. They are particularly appropriate in sectors undergoing transition from public ownership where existing regulatory and legal frameworks may not allow

Finalmente, apenas uma breve referência a algumas estruturas de projecto, que aparecem ligadas a vários tipos contratuais e normalmente indicadas em modelos PPP, embora nem todos eles se possam reconduzir a esse conceito. Como veremos estas estruturas de projeto reconduzem-se normalmente a contratos de empreitada, contratos de concessão de obras públicas e contratos de concessão de serviço público: Estruturas "BOT" (Build, Operate, Transfer), "BOOT" (Build, Own, Operate and Transfer) e outros; Estruturas "DB" (Design and Build), "DBO" (Design, Build and Operate), e "DBFO" (Design, Build, Finance and Operate)<sup>53</sup>.

De entre todas estas figuras contratuais a concessão assume-se, com todas as suas espécies, como um dos principais contratos tipo de PPP. Foi a relação de parceria mais antiga e com um tipo contratual mais difundido. Sem relembrar as experiências da antiguidade, podemos e devemos recordar as concessões de transporte, de água, de gás e de electricidade dos finais do século XIX e princípios do século XX, todas fruto de um Estado liberal não interventor e meramente regulador da economia, de onde são tributárias as novas iniciativas concessionárias, chamadas de PPP, dos fins do século XX e princípios do século XXI. Aqui ressalta a figura do privado como colaborador do público na prossecução de necessidades coletivas delegadas pelo Estado<sup>54</sup>.

Se lermos com atenção os papéis produzidos, por exemplo, em sede da União Europeia, sobre PPP, vemos como todos têm por base as experiências concessionárias e os contratos em PFI<sup>55</sup>.

Neste sentido a Comunicação da Comissão sobre as PPP no contexto dos projectos da rede transeuropeia de transportes, datada de Setembro de 1997, emitida no seguimento do relatório do Grupo de Alto Nível (Grupo Kinnock), publicado em maio desse mesmo ano, a Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário, de 2000, o Livro Verde da Comissão sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, de 2004, o texto do Banco Euro-

*greater private participation.*" – Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Direcção-Geral de Políticas Regionais, in *Guidelines for Successful Public-Private-Partnerships*, 2003, págs. 20-21.

<sup>53</sup> CHRISTOPHE GUETTIER, *Droit des Contrats Administratifs*, PUF, Paris, 2004, págs. 202 e ss.

<sup>54</sup> JOÃO PONTES AMARO, "Modelos..." (ob. cit.), pág. 106-107.

<sup>55</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 31 e ss.

<sup>56</sup> BRIAN CRAIG / COLIN WILSON, *PPPs in the European Union*, in "Public-Private Partnerships: A Practical Analysis", 2. Ed., Globe Law & Business, London, 2010, págs. 257 e ss..

peu de Investimento sobre o seu papel na fiscalização das PPP, datado de 2004, ou várias intervenções do Comité Económico e Social Europeu sobre a matéria<sup>56</sup>.

O mote em todos estes papéis de análise do problema geral das PPP e seu enquadramento no direito da União Europeia, designadamente em sede de procedimento de formação dos contratos, seu controle legal e financeiro, é o da inexistência de um modelo europeu de PPP. Em todos os países os modelos assumem uma identidade própria e individualizadora, fruto da evolução natural do regime contratual público.

De entre as variadas formas contratuais utilizadas nas PPP europeias, a concessão evidencia-se como o tipo mais utilizado, aliás chamado de "modelo concessivo" em contraponto ao "modelo PFI"<sup>57</sup>. O modelo de concessão é caracterizado pela Comissão pela "relação directa entre o parceiro privado e o utente final: o parceiro privado presta um serviço ao público, em vez do parceiro público", mas sob o controlo deste. Caracteriza-se igualmente pelo modo de remuneração do co-contratante, que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço, eventualmente acompanhadas de subvenções por parte dos poderes públicos<sup>58</sup>. No modelo em PFI a característica diferenciadora reside na forma de remuneração do parceiro privado, fundamentalmente através de pagamentos regulares efectuados pelo parceiro público, caso típico do modelo sem custos ao utilizador (SCUT) para as auto-estradas em Portugal ou as *shadow toll* inglesas<sup>59</sup>.

É também sintomático que as leis dos principais países continentais que têm recorrido a modelos de parcerias, datadas dos anos noventa até hoje, tais como a Itália, a Espanha e a França, se incluem nos modelos de concessão. Assim a França, com a "Lei Sapin", de 1993 e a sua reforma de 2004<sup>60</sup>. Também em Itália com a "Lei Merloni", de 1994, relativa a concessões de construção e gestão. Igualmente a "concessão de obras públicas"

<sup>56</sup> Dos quais destacamos o Parecer de 25 de fevereiro de 1998 sobre a Comunicação da Comissão sobre as PPP no contexto dos projetos da rede transeuropeia de transportes, o Parecer de 30 de Abril de 2004 sobre o Livro Verde da Comissão sobre PPP e o direito comunitário e o Parecer de 10 de março de 2005 sobre o papel do BEI nas PPP. Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...* (ob. cit.), págs. 143-149.

<sup>57</sup> Livro Verde da Comissão de 30.04.2004, sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, pág. 9. NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. Cit.), págs. 57 e ss.

<sup>58</sup> Idem. NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. Cit.), págs. 62/63.

<sup>59</sup> Idem. NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. Cit.), págs. 58/60.

<sup>60</sup> PAUL LIGNIÈRES, *Partenariats...* (ob. Cit.).

introduzida na lei dos Contratos da Administração Pública, em 2003, em Espanha<sup>61-62</sup>.

### 5. O Modelo Português de PPP

Como vimos pelos estudos realizados por instituições europeias, designadamente pela Comissão e pelo Comité Económico e Social, não existe um modelo unificado europeu de PPP, antes cada país desenvolve um modelo próprio, com base na sua experiência e especificidade.

Importa, por isso, não falar de um “*modelo de PPP*” mas do “*modelo português de PPP*”. Esse modelo decorrerá do regime concreto instituído pelo DL n.º 111/2012, que vimos, não de um regime abstrato ou ideal.

Ora, o traço mais marcante do DL n.º 111/2012 é a preocupação prevalente com a despesa pública. O que já resultava da primeira referência a PPP no ordenamento jurídico português na Lei de Enquadramento Orçamental de 2001.

Também logo no preâmbulo do DL n.º 86/2003 se podiam ler variadíssimas referências a preocupações com a despesa pública, tais como “*um elevado aumento da despesa pública*”, “*níveis inoportáveis de endividamento público*”, “*gerando poupanças consideráveis na utilização dos recursos públicos*”, “*implicam encargos a satisfazer pelos entes públicos envolvidos, afectam e condicionam imperativamente a totalidade ou parte dos respectivos orçamentos futuros*”, “*criam encargos de médio ou longo prazo para o parceiro público*”, “*alteração do perfil e características da despesa pública*”, “*habilite o parceiro público a evidenciar e enquadrar orçamentalmente, em tempo útil e realisticamente, a integralidade dos compromissos financeiros que resultam das parcerias contratadas*”, “*respectiva articulação com as normas de enquadramento orçamental*”, “*racionalidade, previsibilidade e legitimação da realização de despesa pública*”, “*linhas de conexão entre a realização deste novo tipo de despesa pública e a disciplina orçamental*”, entre algumas outras referências.

<sup>61</sup> JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte – Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

<sup>62</sup> Parecer do Comité Económico e Social Europeu de 27.04.2004, sobre o Livro Verde da Comissão sobre as PPP, págs. 2 a 5.

Igualmente, o preâmbulo do DL 141/2006 refere que o DL 86/2003 teve por objecto entre outros “*gerar poupanças consideráveis na utilização de recursos públicos*”, pretendendo instituir “*princípios gerais de eficiência e economia*”. Mas refere que os objectivos do DL 86/2003 necessitam de ser revistos, desde logo no sentido do “*incremento do controlo financeiro*” em geral em “*situações susceptíveis de gerarem um aumento de encargos para o parceiro público*”.

Já o actual DL 111/2012 reforça este pendor. Assim é que no seu preâmbulo se diz que “*a experiência adquirida recomenda vivamente que se proceda a uma modificação significativa do regime jurídico aplicável às PPP, designadamente no que diz respeito ao seu âmbito de aplicação, à organização interna do setor público, a um melhor acompanhamento, por parte do Ministério das Finanças*”, ou ainda que a “*unidade agora criada, designada Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, que tem a natureza de entidade administrativa dotada de autonomia administrativa, na dependência direta do membro do Governo responsável pela área das finanças, assume responsabilidades no âmbito da preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos de PPP e assegura um apoio técnico especializado ao Governo, e em especial ao Ministério das Finanças, em matérias de natureza económico-financeira*”, e ainda que se pretende “*estabelecer um regime especial para as empresas públicas com natureza comercial ou industrial que lancem parcerias sem apoios, diretos ou indiretos, do Estado e cujos custos daí decorrentes não sejam susceptíveis de afetar, direta ou indiretamente, a dívida pública*”. E torna ainda mais evidente este objetivo de controlo orçamental, pois no “*que diz respeito a decisões suscetíveis de gerar encargos, o novo diploma atribui uma assinalável relevância à sua comportabilidade orçamental, quer na vertente de lançamento de novas parcerias, quer na vertente de eventuais determinações unilaterais proferidas pelos parceiros públicos*”, “*para além de se passar a exigir uma análise de comportabilidade orçamental e a realização de análises de sensibilidade, com vista à verificação da sustentabilidade de cada parceria face a variações de procura e a alterações macroeconómicas, contempla-se ainda uma análise custo-benefício e a elaboração de uma matriz de partilha de riscos, com uma clara identificação da tipologia de riscos assumidos por cada um dos parceiros, sempre que se prepare um novo projeto de parceria*”, a par de um reforço da intervenção do Ministério das Finanças, “*à obrigação do Estado Português de introduzir no ordenamento jurídico um quadro legal e institucional reforçado, no âmbito do*

*Ministério das Finanças, que permita um efetivo e rigoroso controlo dos encargos, bem como dos riscos, associados às PPP.*"

No articulado do atual diploma a preocupação mantém-se, desde logo, pelo permanente enquadramento da parceria, nas suas várias fases, pelo Ministério das Finanças, diretamente ou por via da UTAP (arts. 6.º, 9.º, 10.º a 12.º, 14.º, 16.º a 21.º, 23.º, 26.º a 31.º, 34.º a 36.º, 41.º e 42.º DL n.º 111/2012). Depois, de forma clara na definição dos fins das parcerias, tal como constante do artigo 4.º DL n.º 111/2012 ("*acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos*"). Ainda, no elenco dos seus pressupostos (art. 6.º, alíneas a) a c), j) e o) DL n.º 111/2012).

A preocupação do regime português de PPP, tal como constante do artigo 19.º, n.º 2. da Lei de Enquadramento Orçamental e do DL n.º 111/2012 é assim, sobretudo, uma preocupação de melhoria da eficiência e de enquadramento da despesa pública resultante do contrato de parceria<sup>63</sup>. O modelo das PPP português claramente centra as suas preocupações no controle da dívida pública e no conter do esforço orçamental do Estado, fazendo intervir em todas as fases o Ministério das Finanças<sup>64</sup>. Qualquer contrato em que não se verifiquem receios de utilização de recursos do OE relevantes<sup>65</sup> não importará para este modelo específico.

Este modelo encontra nas PPP anglo-saxónicas, baseadas em modelos de *project finance*, que importavam a utilização de recursos orçamentais públicos<sup>66</sup>, uma clara origem e está de acordo com o modelo inicialmente previsto na década de 70 nos EUA e na década de 90 na Grã-Bretanha<sup>67</sup>.

Como vimos já, as PPP foram concebidas nos países anglo-saxónicos como uma forma de ultrapassar as dificuldades e ineficiência do modelo tradicional de contratação pública, assente fundamentalmente na aquisição

<sup>63</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 319 e ss.

<sup>64</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 198 e ss.; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Parcerias...* (ob. cit.), págs. 181; PEDRO SIZA VIEIRA, *Os Tipos...* (ob. cit.), pág. 141.

<sup>65</sup> Nos termos do art. 2.º5a), "um encargo bruto para o setor público inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros, a valores atualizados para o momento anterior à decisão de lançamento da parceria, de acordo com as taxas de atualização fixadas pelo membro do Governo responsável pela área das finanças para efeitos de avaliação deste tipo de projetos."

<sup>66</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. Cit.), págs. 103 e ss.

<sup>67</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Project Finance (Primeiras Notas)*, in "IDET – Miscelâneas" n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 121; MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 135 e ss.

de bens e serviços e empreitadas, onde o sector público assumia todos os riscos da concepção e exploração do serviço público, limitando-se a adquirir um serviço ou bem por si pré-definido ao particular.

Com o modelo de PPP, o sector público transferia o risco da concepção, construção e gestão inteiramente para o particular, limitando-se a pagar um preço previamente acordado. Todas as economias do projecto revertiam para o particular que assumia o risco, bem como sobre ele passaram a caber todos os encargos suplementares da ineficiência, como aumento de custos, má gestão e atrasos do projecto.

O PPP distinguia-se do modelo tradicional de contratação pública e também do modelo de *project finance*, embora pudesse ser considerado uma espécie do género, pois no género *project finance* o financiamento do projecto recaia inteiramente sobre o particular que recorria à banca, oferecendo como garantia os rendimentos do próprio projecto, enquanto na PPP a entidade pública assumia também o pagamento do preço devido pelo serviço prestado em termos a definir contratualmente<sup>68</sup>.

O modelo anglo-saxónico de PPP em causa foi o constante do programa "*Private Finance Initiative*" lançado na Grã-Bretanha em 1992 e sucessivamente remodelado, em 1997 no seguimento das "*Bates Recommendations*"<sup>69</sup>, e após 2012 constando da chamada PF2<sup>70</sup>.

Com base neste modelo anglo-saxónico "*original*", o Comité Económico e Social Europeu, em parecer de 2004, sobre o Livro Verde da Comis-

<sup>68</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Project...* (ob. cit.), págs. 120 e ss.

<sup>69</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Project...* (ob. cit.), pág. 120, nota 7; MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 137 e ss.

<sup>70</sup> Como é anunciado no documento do HM Treasury de dezembro de 2012, "*This document announces the conclusions of our review of PFI and sets out the Government's new approach, PF2, for involving private finance in the delivery of public infrastructure and services. We have sought to provide access to wider sources of equity and debt finance to improve the value for money of financing projects; to increase the transparency of the liabilities created by long term projects and the equity returns achieved by investors; to speed up and reduce the cost of the procurement process; and to provide greater flexibility in the provision of services. The taxpayer will become a shareholder in projects and share in the ongoing investor returns. PF2 addresses the fundamental concerns that have been expressed by Parliament, the public sector and taxpayers.*" Em 2018, o Ministro das Finanças Britânico, P. Hammond, no seu discurso no Parlamento de apresentação do Orçamento veio dizer que mesmo este modelo de PF2 seria revisto, aguardando-se o seu sucessor. Esta posição vem no seguimento do Relatório da Comissão Parlamentar de Public Administration and Constitutional Affairs, publicada em julho de 2018, "*After Carillion: Public sector outsourcing and contracting*", onde se pedia um repensar do programa de PF2.



são sobre as PPP, entendeu propor como elemento de distinção entre uma concessão e uma PPP a origem da remuneração do utente. Diz o Comité que se tratará de uma concessão “quando a empresa é remunerada com um valor pago maioritariamente pelos utilizadores” e que se tratará de uma PPP “quando a remuneração é efectuada maioritariamente pela autoridade pública”<sup>71</sup>.

Somos assim de opinião, considerando o modelo concreto que se pode retirar do DL 111/2012, que o modelo português de PPP tem na racionalização, eficiência e enquadramento orçamental da despesa pública o seu elemento mais relevante<sup>72</sup>.

A principal consequência deste modelo é que se deve considerar um conceito restritivo de PPP, limitado àquelas que envolvam o pagamento da remuneração do particular também pela entidade pública.

Os principais exemplos deste modelo em Portugal são as SCUT e o programa de PPP dos Hospitais<sup>74</sup>. Nestes modelos o particular que constrói e explora o serviço não é pago apenas pelos utentes, mas principalmente através de transferência de verbas da entidade pública contratante.

É esta a razão subjacente ao envolvimento do Ministério das Finanças, diretamente e através da intervenção da UTAP, em todo o processo de PPP.

Assim, entre um modelo concessionário ou de *project finance*, Portugal optou por este último para as suas PPP, utilizando estes termos como acima definidos, ou seja, distinguindo a concessão tradicional do modelo anglo-saxónico de *project finance*, na sua versão *Private Finance Initiative*. Assim, nem todas as concessões entram no modelo português de PPP<sup>73</sup>, mas

<sup>71</sup> Parecer do Comité Económico e Social Europeu de 2004, citado, pág. 8.

<sup>72</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 398/399, refere as grandes famílias tipológicas de PPP, distinguindo entre as que representam uma aquisição de serviços de longo prazo do setor público ao setor privado e as parcerias autossustentáveis, sendo que conclui que ambas têm incidência orçamental, com implicações nas finanças públicas e na gestão orçamental.

<sup>73</sup> Pode discutir-se se esse era o modelo proposto pelo DL 170/2019, que eliminava várias referências ao Ministro das Finanças, atribuindo ao Conselho de Ministros as principais funções, e expressamente excluindo do regime as “parcerias que não prevejam obrigações de pagamento de encargos pelo parceiro público ao parceiro privado, salvo pagamentos de natureza contingente ou sancionatória” (novo n.º 5e) ao art. 2.º), mas este diploma cessou a sua vigência precocemente, por vontade do Parlamento.

<sup>74</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. Cit.), págs. 161 e ss. e 167 e ss.

<sup>75</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. Cit.), págs. 159/161, onde a Autora aborda exatamente esta questão essencial: a *questão de saber se as concessões, todas*

apenas as que imponham a utilização de recursos do orçamento público, ou seja as não *autossustentáveis*<sup>76</sup>. Ficam de fora do modelo português de PPP as autossustentáveis, que são as que poderemos chamar de *concessões tradicionais*, em que o cocontratante privado assume o risco de exploração e se cobra exclusivamente pelo utente do serviço, sem precisar de qualquer pagamento do cocontratante público, sendo que normalmente, nestas concessões, até tem de remunerar o concedente pelo uso que faz dos bens dominiais e pela exploração do serviço. Nestas concessões nem sequer normalmente existe um “*caso base*” financeiro que fixe objetivamente o risco económico e financeiro assumido pelo cocontratante privado, sendo que o concedente apenas poderá ser chamado a intervir num reequilíbrio económico e financeiro da concessão em casos limite de alteração anormal das circunstâncias (a ter de ser muito bem fundamentada, principalmente na razão de se estar para lá da álea própria do contrato) ou em caso de ato de *jus imperii* modificativo<sup>77</sup>.

Finalmente, outra característica do modelo português é ser um modelo contratual, ficando por isso afastado um modelo institucional de *joint venture*<sup>78</sup>. Neste sentido é clara a definição constante do artigo 2.º DL n.º 111/2012, quando define PPP como “o contrato ou união de contratos”.

## 6. As Concessões de Movimentação de Carga no Sector Portuário

A exploração de actividades portuárias está sujeita a limites legais, não sendo ainda hoje um setor aberto totalmente a privados.

Apesar de a iniciativa económica privada ter sido sempre constitucionalmente admitida desde a versão de 1976 da Constituição, estavam previstas limitações a definir por lei (actual artigo 86.º Constituição). A Lei n.º 46/77, de 8 de julho, veio efetivamente vedar à iniciativa económica privada

*elas, foram consumidas pelo regime das PPP, e se conceitualmente uma concessão é hoje sempre uma PPP, parecendo concluir pela necessidade de continuação de distinguir conceitualmente as concessões tradicionais das concessões PPP, desde logo pelo fator risco.*  
<sup>76</sup> Sobre esta distinção, v. MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 398/399.

<sup>77</sup> O DL 170/2019, que pretendeu alterar o DL 111/2012, expressamente afastava do seu âmbito as concessões tradicionais ao referir que ficavam excluídas as que *não prevejam obrigações de pagamento de encargos pelo parceiro público ao parceiro privado, salvo pagamentos de natureza contingente ou sancionatória*, mas esta alteração ficou pelo caminho.

<sup>78</sup> Muito utilizado em PPP autárquicas, não regidas pelo DL 111/2012.

alguns sectores da actividade económica, de entre os quais a exploração de portos (artigo 4.º, alínea h)).

Até à publicação da Lei n.º 1/93, de 6 de janeiro, que autorizou o Governo a aprovar o novo regime da operação e do trabalho portuário, a exploração de portos marítimos manteve-se vedada à iniciativa económica privada (cfr. DL n.º 406/83, de 19-11, DL n.º 449/88, de 10-12 e DL n.º 339/91, de 10-09, que alteraram a Lei n.º 46/77). Nem a exploração indirecta, através de concessão era admitida. Com a referida Lei n.º 1/93, passou a ser autorizada a exploração de instalações, equipamentos e espaços portuários por empresas privadas, mas apenas em regime de concessão (alínea h) do artigo 1.º). Em desenvolvimento desta Lei 1/93, o Governo aprovou o regime de concessão de movimentação de carga nos portos pelo Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto (artigos 3.º e 26.º e ss.) e as bases das concessões pelo Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro<sup>79</sup>.

A Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que revogou a Lei n.º 46/77, confirmou o regime das concessões portuárias, prevendo a possibilidade de a exploração de portos ser possível a entidades privadas, através de concessão (n.º 1 do artigo 1.º)<sup>80</sup>.

Com a entrada em vigor do CCP, aprovado pelo DL 18/2008, de 29-01, levantaram-se dúvidas sobre a manutenção em vigor dos diplomas específicos de 1993 e 1994<sup>81</sup>. Com efeito, o artigo 14.º, n.º 2 refere que fica revogada “toda a legislação relativa às matérias reguladas pelo Código dos Contratos Públicos, seja ou não com ele incompatível”, sendo que a maté-

<sup>79</sup> PEDRO MELO, *As Concessões Portuárias*, in “Direito Administrativo do Mar”, Almedina, Coimbra, 2014, págs. 233 e ss.

<sup>80</sup> Nesta evolução apenas se afigura confuso o regime constante do Decreto-Lei n.º 287/84, de 23 de agosto, que pela primeira vez autorizou a concessão de exploração de um terminal portuário a privados (Terminal de Alcântara, em Lisboa), pois este diploma do Governo não se alicerçou em nenhuma lei da Assembleia da República, apesar de esta matéria estar vedada a privados pela Lei n.º 46/77 e constar no elenco de matérias sob sua reserva relativa de competência. Como também mal se entende que o Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, último diploma a alterar a Lei n.º 46/77, tenha mantido inalterada a limitação do acesso de privados à exploração de portos, quando, como vimos, este sector já tinha sido aberto, mediante concessão, por Lei da Assembleia da República de janeiro desse mesmo ano. Enfim, incidentes legislativos, sem relevância de maior para a questão agora em estudo.

<sup>81</sup> PEDRO MELO, *As Concessões Portuárias*, (ob. cit.), págs. 247 e ss., que é de opinião que o CCP deve prevalecer, mantendo-se em vigor apenas as disposições que o não contrariem.

ria das concessões de serviço público está regulada no CCP (arts. 407.º e ss.). Seja como for, a verdade é que o próprio legislador continua a remeter para esses diplomas em leis recentes<sup>82</sup>, agora até invocando o n.º 2 do artigo 429.º CCP, introduzido pelo DL 111-B/2017, de 31-08, que remete o regime das concessões de serviços públicos, designadamente o de concessões portuárias, para legislação especial, que pelos vistos o legislador de 2019 continua a entender ser a dos anos 90.

Importa, por isso, continuar a determo-nos sobre o regime constante dos Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto e Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro<sup>83</sup>:

- a) O primeiro grande princípio a retirar destes diplomas legais é a consagração da concessão de serviço público como o regime regra de exploração de movimentação de cargas nos portos (artigo 3.º, DL 298/93). Como regimes subsidiários ficam o licenciamento e a exploração directa pela Administração Portuária, regimes de utilização claramente restrita (idem e artigo 26.º/2. DL 298/93)<sup>84,85</sup>.

<sup>82</sup> Cfr. DL 107/2019, de 12-08, relativo à expansão do Terminal XXI em Sines, “*Esta prorrogação do prazo da concessão justifica-se pela necessidade de, em conformidade com o modelo económico-financeiro inicialmente contratualizado, permitir à concessionária a amortização e adequada remuneração dos seus investimentos, tendo em conta os valores estimados de movimentação de contentores, nos termos do regime jurídico aplicável aos contratos de concessão portuários, nomeadamente o Regime Jurídico da Operação Portuária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, na sua redação atual e as Bases Gerais das Concessões, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, conforme remissão feita pelo n.º 2 do artigo 429.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual*”. Sendo interessante notar que esta concessão havia já sido atribuída inicialmente por um diploma legal – o DL 384-A/99, de 24-09 – com as suas Bases anexas, o que lhe permitia não seguir o regime geral.

<sup>83</sup> Uma tentativa de aprovação de uma Lei dos Portos, que pretendia substituir também estes diplomas, não chegou a ver a luz do dia, tendo caducado em 2009, com o fim da legislatura (Proposta de Lei n.º 280/X).

<sup>84</sup> Conforme refere a Autoridade de Concorrência, no seu *Estudo sobre a Concorrência no Setor Portuário*, de dezembro de 2018, a págs. 35/37, continuam a coexistir situações de concessão, licenciamento e de administração direta, embora estas duas últimas sejam claramente residuais.

<sup>85</sup> Importa referir que o DL 298/93 também permite a realização de operação de movimentação de carga sem uma concessão de serviço público, mas apenas nos casos restritos de “serviço privativo” (cfr. art. 5.º), que vem autorizado apenas “desde que as mercadorias provenham ou se destinem ao seu próprio estabelecimento industrial e as

- b) Os contratos de concessão de serviço público são outorgados com empresa de estiva (operadores portuários) escolhida mediante um procedimento de concurso, de acordo com as bases da concessão definidas no DL n.º 324/94 (cfr. artigos 27.º e 28.º DL n.º 298/93). O regime do concurso segue, hoje, o previsto no CCP.
- c) O prazo da concessão deve ser fixado no contrato em função do período de tempo necessário para a amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário (artigo 410.º CCP, prevendo um prazo supletivo de 30 anos na ausência de disposição contratual), embora não possa ser superior a 75 anos, prazo máximo fixado para a utilização por privados de bens do domínio público marítimo (DPM) do Estado, já que as concessões portuárias implicam sempre essa utilização (art. 25.º/2 DL 226-A/2007, de 31-05), sendo o regime do DPM constitucional e reserva de parlamento (arts. 84.º e 165.º/1.v) CRP)<sup>86</sup>.
- d) A outorga de contrato de concessão de serviço público de movimentação de cargas implica a atribuição de um direito de exclusividade ao concessionário, com algumas excepções previstas na lei e a prever no contrato (Base I anexa ao DL 324/94 e art. 415.º CCP).
- e) A concessionária será responsável pelas obras de construção, reparação e conservação dos bens que integram o estabelecimento da concessão, cabendo-lhe ainda manter em bom estado de funcionamento todos os equipamentos da concessão, sendo que apenas quanto às dragagens e outras obras marítimas a lei deixa que as partes regulem no contrato a sua responsabilidade (Bases V e VI anexas ao DL 324/94).

*operações se enquadrem no exercício normal da actividade prevista no respectivo título de uso privativo ou no objecto da concessão”.*

<sup>86</sup> Esta matéria do prazo do contrato é das que mais polémica tem suscitado, face à disposição inserta nas Bases Gerais do DL 324/94 e a superveniência do CCP, mas também pelas alterações na legislação de outros países europeus, como Espanha, e pelas críticas da Autoridade de Concorrência a prazos muito longos, com potencial de fechar os mercados, o que é a tendência mais recente, face ao volume cada vez maior de investimento que os concedentes exigem aos concessionários. Sobre isto pode ver-se, PEDRO MELO, *As Concessões Portuárias* (ob. cit.), págs. 254/256; Autoridade de Concorrência, *Estudo ...* (ob. cit.), págs. 44/47; Tribunal de Contas, Relatório n.º 07/2016, págs. 14/15 (Vol. I).

- f) A exploração da concessão é da exclusiva responsabilidade do concessionário, devendo propor ao concedente, para aprovação, o respectivo regulamento de exploração e de tarifas, mas vincula o concessionário a obrigações de serviço público (Bases VI a X anexas ao DL 324/94 e art. 429.º CCP).
- g) O concedente pode modificar unilateralmente a concessão, repondo o equilíbrio financeiro da concessão (Base XIV anexa ao DL 324/94 e art. 420.º-A CCP).
- h) Finda a concessão os bens do concedente reverterem gratuitamente para este e os bens do concessionário reverterem nos termos previstos no contrato, sendo indemnizáveis os bens adquiridos nos últimos dez anos de vida da concessão, mediante acordo do concedente (Base XV anexa ao DL 324/94 e art. 425.º CCP). Decorrido um terço do prazo da concessão é lícito o resgate da concessão mediante o pagamento de uma indemnização Base XVII anexa ao DL 324/94 e art. 422.º CCP). Também será devida indemnização ao concessionário se o Governo extinguir o serviço público concessionado por motivo de interesse público (Base XVIII anexo ao DL 324/94).
- i) É igualmente possível a suspensão da concessão em caso de emergência grave e o sequestro em caso de cessação da exploração ou perturbação grave do serviço, por facto imputável ao concessionário (Bases XIX e XX anexas ao DL 324/94 e art. 421.º CCP).
- j) O concessionário fica obrigado a pagar taxas ao concedente pela utilização dos bens dominiais e equipamentos afetos à concessão e tem igualmente de prestar caução pelo bom cumprimento do contrato (Bases XXII e XXVI anexas ao DL 324/94), além de ficar obrigado a uma partilha equitativa do acréscimo de benefícios financeiros (art. 420.º CCP).
- l) O concessionário fica sujeito a fiscalização do concedente, podendo este aplicar multas por violação do contrato. Os poderes do concedente envolvem ainda o de aprovar várias deliberações societárias do concessionário, a cessão da concessão e a oneração de bens afectos à concessão, para além dos já referidos, relativos a regulamentos e aquisição de bens (Bases XXI, XXIII, XXV e XXVIII anexas ao DL 324/94 e art. 420.º CCP).

- m) Para resolução de litígios referentes à interpretação e execução do contrato de concessão podem os mesmos ser submetidos a tribunal arbitral (Base XXIX anexa ao DL 324/94).

Como se retira do regime assim descrito, estamos perante uma clássica concessão de serviço público, em que a Administração transfere a exploração de um serviço público para um privado, por um período longo, de acordo com o prazo de amortização dos investimentos a realizar pelo concessionário, cuja responsabilidade em exclusivo pela sua execução, conservação e renovação cabe ao privado, sendo remunerado exclusivamente pelos utentes do serviço. À Administração caberão poderes de fiscalização, de aplicação de sanções e de modificação da exploração por razões de interesse público, recebendo taxas, pelo menos, pelo uso de parcelas do domínio público e de equipamentos de sua propriedade que afetou à concessão (normalmente também recebe taxas ligadas ao volume de negócios da concessão, em termos a fixar no contrato). Estes poderes têm como função a garantia do interesse público e a regularidade e qualidade do serviço prestado (Base VII, anexa ao DL 324/94 e art. 429.º CCP).

Por virtude da lei de delimitação de sectores, como vimos, estamos numa atividade vedada à iniciativa económica privada, a não ser mediante o regime da concessão (Lei n.º 1/93 e Lei n.º 88-A/97). A movimentação de cargas é classificada como de interesse público por lei (artigo 3.º/1. DL 298/93). É atribuído um exclusivo ao operador e um uso privativo de bens do domínio público (Base I e XXII, anexas ao DL 324/94).

Tudo isto tem necessariamente como consequência que a concessionária se torna num colaborador da Administração, passando a estar também obrigada a prosseguir o interesse público definido pelo concedente, não podendo discriminar os utentes, devendo tratá-los de acordo com os princípios que vinculam a Administração, designadamente a imparcialidade, e obrigando-se à continuidade e regularidade do serviço.

Estamos no cerne dos chamados contratos de colaboração subordinada<sup>87</sup>, em que o particular é chamado a colaborar na prossecução das atribuições da Administração e em que a Administração mantém certos direitos de conformação da execução do fim público. Destes se distinguem

<sup>87</sup> ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, pág. 651; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 64 e ss.

os contratos em que o particular se vê apenas na condição de usufruir de um bem público para prosseguir apenas os seus fins egoísticos (contratos de atribuição)<sup>88</sup>, os contratos em que o particular colabora de forma paritária com a Administração (contratos de cooperação paritária)<sup>89</sup> ou os contratos em que o particular se encontra totalmente subordinado à vontade da Administração (contratos de subordinação)<sup>90</sup>.

Nestes contratos de concessão de serviço público de movimentação de cargas, de acordo com o modelo legal acima descrito, o particular assume a inteira responsabilidade do financiamento da actividade, incluindo dos investimentos necessários à melhoria e atualização do estabelecimento durante o prazo da concessão, e assume inteiramente os riscos da procura.

A Administração deve responsabilizar-se por alterações supervenientes do interesse público, obrigando-se a manter o equilíbrio das prestações contratuais. Ao transferir o exercício da exploração do terminal portuário para privados também deixa de se responsabilizar pelos investimentos necessários à sua manutenção e aos necessários melhoramentos, designadamente nos equipamentos, por todo o prazo da concessão. Embora, em princípio, continue a ser responsável pela infraestrutura pública constante do estabelecimento da concessão, o que inclui os terraplenos, os cais de acostagem e as dragagens necessárias. Passa pelo contrário a receber taxas pela utilização pelo particular dos bens do domínio público e uma percentagem do volume de negócios. Em contrapartida, deverá indemnizar o concessionário, finda a concessão, pelos bens deste (pelo menos os adquiridos nos últimos dez anos da concessão que tenha autorizado), pelo seu valor contabilístico actualizado líquido de amortizações.

Em lugar algum a lei prevê obrigação de pagamentos pelo concedente ao concessionário, a não ser em casos contingentes, por incumprimento do

<sup>88</sup> PEDRO GONÇALVES, op. cit., pág. 65.

<sup>89</sup> Como refere MARK KIRKBY "a administração posiciona-se no contrato como cliente do particular, o qual lhe fornece a sua actividade mediante remuneração, tendo aquele, nessa medida, um objecto passível de figurar num contrato de direito privado", in *Contratos Administrativos de Subordinação (Natureza, Funções e Limites)*, AAFDL, Lisboa, 2002, pág. 14.

<sup>90</sup> Estes são, escreve o mesmo Autor, "... contratos que a administração utiliza, não como um instrumento para adquirir os bens e serviços de que necessita para prosseguir as suas tarefas administrativas, mas, sim, como um verdadeiro instrumento do exercício do poder administrativo, no qual o particular não surge já como um mero prestador de serviços ou fornecedor de bens, mas na qualidade de administrado", (ob. cit.), págs. 14 e 15.

contrato ou por intervenções unilaterais em prol do interesse público (modificações, resgate ou extinção do serviço).

Como dissemos, existem, no entanto, algumas leis especiais que preveem concessões portuárias fora do regime geral de 1993 e 1994, pelo que importa verificar se esta legislação especial contém um regime diverso e mais próximo do regime das PPP. Igualmente, desde os seus contratos originais, algumas concessões sofreram alterações que poderão ter modificado os seus termos de forma a aproximá-los ao regime das PPP. É o que veremos de seguida.

É, desde logo, o caso da concessão do Terminal de Alcântara, em Lisboa, principalmente após a sua primeira grande renegociação, autorizada pelo DL 188/2008, de 23-09<sup>91</sup>. Este contrato é substancialmente diverso dos restantes, não seguindo uma fórmula concessória, mas antes de *project finance*, contendo um *caso base* e uma relação muito direta entre os bancos financiadores e o concedente, que se obrigava a assumir os contratos de financiamento caso o concessionário o não pudesse continuar a fazer. O Tribunal de Contas aponta para a existência de um enorme desequilíbrio no contrato com esta renegociação de 2008, tendo o concedente assumido um risco de procura e o concessionário ficado desobrigado de pagamento de variadas taxas (dominiais e de operação) em troca da obrigação de realização de investimentos avultados, mas também recebendo uma prorrogação do prazo da concessão e a possibilidade de ver aumentada a sua TIR acionista<sup>92</sup>.

Outro caso é o do Terminal XXI, em Sines, aprovado pelo DL 384-A/99, de 24-09, já alterado pelo DL 170/2019, de 12-08, que autorizou as

<sup>91</sup> Cfr. Relatório do Tribunal de Contas n.º 26/09 (concessão do Terminal de Contentores de Alcântara – adenda 2008 – Porto de Lisboa) que conclui muito negativamente para a renegociação efetuada: “*Em conclusão, o Tribunal não pode deixar de relevar que este contrato de concessão, celebrado pela APL, não consubstancia nem um bom negócio, nem um bom exemplo, para o Sector Público, em termos de boa gestão financeira e de adequada protecção dos interesses financeiros públicos* (pág. 18)”. Este diploma foi alvo de variadas vicissitudes que se prolongaram no tempo: revogado pela Lei 14/2010, de 23-07, que foi declarada inconstitucional pelo Acórdão n.º 202/2014, de 03-03, do Tribunal Constitucional, repondo em vigor o diploma de 2008; superveniência de uma DIA negativa ao projeto, obrigando a substanciais alterações. Tudo fazendo com que fosse necessária uma nova renegociação do contrato, que terminou apenas em meados de 2019 (cfr. Boletim Trimestral de Concessões – 2.º Trimestre de 2019, da UTAP, págs. 8/9).

<sup>92</sup> Cfr. Relatório do Tribunal de Contas n.º 26/09. Na renegociação de 2019 o concedente tentou repor o equilíbrio original do contrato e corresponder a várias recomendações do Tribunal de Contas.

renegociações para a expansão do terminal<sup>93</sup>. Este seguiu o modelo concessório, não tendo o contrato sido feito em regime de *project finance*, pelo que, apesar de tudo, segue, no essencial, o modelo geral dos anos 90 (tanto é assim, que o DL 170/2019 ainda remete para essa regulamentação)<sup>94</sup>.

Contratos vários em Setúbal, Lisboa, Leixões e Aveiro, vieram a consignar algumas matérias mais próprias de modelos de *project finance*, como *casos base*, referências a contratos de financiamento, assunção de algum risco de procura por parte do concedente e obrigações de reequilíbrios económicos e financeiros por diminuição da procura, que no entanto foram alvo de revisão recente no conjunto de renegociações de 2014 a 2019<sup>95</sup>.

## 7. As Concessões de Movimentação de Carga e as PPP

Vistos o regime das PPP – especialmente o específico *modelo português de PPP* – e das concessões de serviço público de movimentação de carga nos portos, importa agora verificar se os dois regimes se excluem ou se se podem entrecruzar.

Não será, porém, apenas através da natureza do vínculo contratual que a resposta poderá ser encontrada: nos termos da alínea b) do n.º 4. do artigo 2.º DL 111/2012, as concessões de serviço público são um dos contratos que abstratamente são incluídos nos instrumentos de relação jurídica das relações de parceria; e nos termos da alínea a) do n.º 2. do artigo 3.º e artigos 26.º e ss. DL 298/93, a movimentação de cargas pode ser atribuída a particulares mediante, exatamente, um contrato de concessão de serviço público<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Cfr. Relatório n.º 26/10 do Tribunal de Contas (auditoria ao Terminal de contentores XXI – Sines), que concluiu de forma positiva: “*O contrato encerra aspectos positivos, tais como a ausência de garantias de receita mínima para a concessionária a suportar pelo concedente, ou a flexibilidade que permite a adaptação dos investimentos às condições de mercado, evitando, assim, a antecipação de investimentos, porventura até desnecessários, com todos os inerentes custos, incluindo os financeiros, para as partes*” (pág. 15), criticando o facto de não ter sido atribuído mediante concurso, mas a verdade é que o concurso aberto ficou deserto.

<sup>94</sup> Remetendo igualmente para o regime geral de 1993/1994 é também a concessão de graneis líquidos à SAPEC em Setúbal (DL n.º 102/2003, de 23-05). Com regime próprio e seguindo o modelo de *project finance* temos ainda a concessão SILOPOR, em Leixões (DL 152/2006, de 03-08).

<sup>95</sup> Conforme conclui o Tribunal de Contas no seu Relatório n.º 07/2016.

<sup>96</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. Cit.), pág. 160.

Mas o regime das PPP não se aplica de imediato a toda e qualquer concessão de serviço público, como vimos, embora o seu regime tenha sido pensado tendo em vista a experiência das concessões de serviço público, eventualmente na sua versão mais anglo-saxónica de contratos em *Private Finance Initiative* (PFI)<sup>97</sup>, onde uma relação de parceria entre o público e o privado é mais estreita, até pela colaboração e intervenção do parceiro público nos acordos de financiamento do projeto a celebrar pelo parceiro privado com a instituição financeira e pela relação directa entre a remuneração do concessionário – responsabilidade total ou parcial da entidade pública – com o encargo do serviço da dívida assumida pelo privado e eventualmente a transferir para o concedente finda a concessão por qualquer causa<sup>98</sup>.

Seja como for, é importante ter em atenção que a alínea a) do n.º 5 do artigo 2.º DL 111/2012 exclui logo do regime das PPP as parcerias que envolvam cumulativamente um encargo acumulado actualizado inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros. Ou seja, concessões de serviço público que fiquem aquém destes valores, apesar de, por natureza, se poderem enquadrar no conceito de PPP, ficam excluídas do seu regime, em razão do seu valor considerado irrelevante numa óptica de despesa pública.

No mesmo sentido não são considerados relevantes para a aplicação do diploma, acréscimo de encargos inferiores a 1 milhão de euros, em termos acumulados anuais (cfr. art. 20.º/2a) DL 111/2012).

Depois, é ainda importante ter em conta a natureza do parceiro público. Nos termos do n.º 2.º do artigo 2.º DL 111/2012, apenas se sujeitam ao regime das PPP: a) o Estado e outras entidades públicas estaduais; b) os fundos e serviços autónomos; c) as empresas públicas (mas limitadamente para as de carácter comercial ou industrial, nos termos do art. 24.º<sup>99</sup>); e d) outras entidades constituídas por aquelas.

<sup>97</sup> Como assinalam PAZ FERREIRA / MARTA REBELO referindo-se à experiência anglo-saxónica, “a PPP surge na sequência da *project finance initiative* (PFI)”, op. cit., pág. 11.

<sup>98</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 91 e ss.; MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 136 e ss.

<sup>99</sup> Numa interpretação que deve ser feita de acordo com o conceito de “organismo de direito público” tal como está previsto no artigo 2.º/2a) CCP, por as finalidades nos parecerem idênticas, ou seja, visando as “falsas empresas” – comparar com o art. 24.º/4 DL 111/2012. Cfr. BERNARDO AZEVEDO, *Organismo de Direito Público. Uma categoria jurídica autónoma de direito comunitário intencionalmente aberta e flexível*, in “Estudos de Contratação Pública”, Vol. III, Coimbra Editora, 2010.

No caso concreto, em que estão em causa sociedades anónimas de capitais 100% públicos – as Administrações dos Portos<sup>100</sup> – sabe-se como estas entidades se enquadram no conceito de empresa pública de natureza privada ou societária, tal como está hoje definido legalmente, por influência do direito europeu, no Decreto-Lei n.º 133/2013, de 03-10 (artigo 5.º/1). Por qualquer um dos requisitos legais do conceito de “*influência dominante*” pública (maioria do capital ou dos direitos de voto; maioria dos administradores ou dos membros do conselho fiscal, influência nas decisões sociais – cfr. art. 9.º DL 133/2013), as Administrações dos Portos são empresas públicas. Assim, só lhes seria aplicável o regime das PPP de forma limitada – arts. 24.º e 25.º DL 111/2012 (que as excepciona de aplicação dos capítulos I e II do regime, com exceção de algumas pequenas partes, mas continuando a aplicar-lhes os restantes capítulos, não excecionados<sup>101</sup>).

Fica assim como essencial o conceito material de PPP e uma análise dos seus elementos, tal como consta do n.º 1 do artigo 2.º DL 111/2012<sup>102</sup>.

A que se deve notar o facto de se ter de tratar ainda de uma relação *duradoura*, pois só assim se pode falar de uma *colaboração em parceria* em que os dois parceiros assumem prosseguir uma actividade em conjunto<sup>103</sup>.

Não nos dá a lei um prazo a considerar como *duradouro*<sup>104</sup>, mas a *contrário* deve ser pelo menos um conceito mais amplo do que é necessário para classificar um contrato de fornecimento contínuo ou de prestação de serviço como administrativo. Para esta finalidade basta que estes contratos não se esgotem numa única prestação, antes assumam uma vigência continuada, embora já forçosamente não limitada a mais de 3 anos<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> Cfr. DDLL 335/98 (APDL), 336/98 (APL), 337/98 (APSS), 338/98 (APS) e 339/98 (APA), todos de 03-11.

<sup>101</sup> Face a este regime especial, continuam a aplicar-se às empresas públicas o regime de acompanhamento, de fiscalização, transparência e publicidade, além de algumas normas relativas a equipas de projeto no lançamento da parceria, júri de procedimento em regra de não adjudicação, no procedimento de contratação da parceria.

<sup>102</sup> NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 150 e ss.; MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 302 e ss.

<sup>103</sup> Em Espanha assume mesmo o nome de *Colaboración Público-Privada* – cfr. JÚLIO V. GONZÁLEZ GARCIA, *Colaboración Público-privada...* (ob. cit.), págs. 20 e ss.

<sup>104</sup> O que constava da alínea e) do n.º 5 do artigo 2.º do DL 86/2003, em que se falava de um mínimo de três anos.

<sup>105</sup> FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 550. Tenha-se em conta que o contrato de prestação de serviços nos termos do CCP

Só assim estamos em presença da constituição de uma relação jurídica de direito administrativo, com o particular a tornar-se colaborador na prossecução do fim público. Para as PPP é necessário mais do que isso, é forçoso que a relação se constitua de forma duradoura, por prazo proporcional, pelo menos, à amortização do investimento em causa e às necessidades do seu financiamento.

A parceria tem de ter, depois, como objetivo, a satisfação de uma necessidade coletiva<sup>106</sup>. O conceito de necessidade coletiva varia muito entre os vários Autores, mas este elemento incorpora o conceito material de função administrativa e de Administração Pública em sentido material<sup>107</sup>. Tal corresponde à ideia de colaboração ou de parceria na prossecução da função administrativa do Estado. Para que haja uma PPP é assim necessário que a colaboração incida sobre um aspecto da função administrativa.

Cabe, porém, ao legislativo e não ao administrativo definir as necessidades colectivas, essenciais ou instrumentais, a serem prosseguidas em cada momento. No DL 298/93 o legislador entendeu que a movimentação de cargas é uma necessidade colectiva, como tal qualificando-a de interesse público no artigo 3.º. Cabe depois à Administração satisfazer essa necessidade, directamente ou por intermédio da colaboração de um particular, licenciado ou concessionado para o efeito, nos termos da lei.

Finalmente, e como elemento que se poderá considerar decisivo, exige-se que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbam no todo ou em parte ao parceiro privado. Trata-se do elemento mais distintivo de uma PPP e encontra-se ligado à ideia de transferência de risco e de acréscimo de eficiência na afetação dos recursos públicos<sup>108</sup>. É um elemento que transparece ao longo do regime das PPP. São mais de 20 as referências a repartição de risco no DL 111/2012, o que demonstra bem a sua importância.

Com isto não se pretende eliminar todo o risco do sector público, antes se pretende alocar o risco na entidade que melhor o possa e saiba gerir. Como refere o artigo 7.º DL 111/2012, o risco financeiro deve ser transferido para o

não deve ter mais de 3 anos, a não ser em casos devidamente fundamentados, o que põe em causa a duração longa de uma PPP a realizar por este tipo de contratos (cfr. art. 48.º CCP).

<sup>106</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 304.

<sup>107</sup> REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1999, pág. 12 e 13; FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, Vol. I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 34 e ss.

<sup>108</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 378 e ss.

parceiro privado, com excepção do derivado de incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público ou situação de força maior (cfr. alínea d)). No entanto, sendo as PPP utilizáveis em casos de serviços economicamente viáveis, mas financeiramente inviáveis, o parceiro público pode ser chamado a subvencionar o serviço mediante esquemas contratuais a definir. Será o custo social do serviço, as partes do mesmo que correspondam a obrigações de serviço público, serviços que a racionalidade do mercado levaria à sua não execução, mas que as necessidades colectivas impõem que se realize. Como acontece normalmente no serviço de transporte, para fazer face às necessidades de mobilidade das populações, também uma necessidade colectiva.

Em causa está também o cumprimento dos critérios europeus da dívida pública<sup>109</sup>. Tendo os Estados membros se comprometido a não ultrapassar valores apertados de dívida pública, tornou-se necessário encontrar formas alternativas de financiamento da actividade pública sem recurso ao orçamento público. As PPP foram vistas como uma possível solução<sup>110</sup>.

Esta vertente de dívida pública justifica, pela matéria, a intervenção obrigatória do Ministro das Finanças a par do ministro do sector<sup>111</sup>. E é também esta preocupação que permite excluir do regime as PPP de valor reduzido, ou seja, aquelas sem repercussão sensível na dívida pública, que por isso podem prosseguir sem a intervenção do Ministério das Finanças na fase prévia e na fase de acompanhamento, bem como por maioria de razão, também devemos considerar excluídas aquelas que não exigem qualquer despesa pública, antes trazem receita para o sector público.

Ora, são exatamente exemplo deste tipo de contratos as concessões de movimentação de carga previstas no regime geral de 1993/1994 – que não exigem qualquer despesa pública, a não ser eventual e de forma contingente – por serem concessões tradicionais, em que a entidade pública contratante não assume responsabilidades de remuneração do particular,

<sup>109</sup> Neste sentido TEODORA CARDOSO, que aponta como primeira vantagem do recurso às PPP estas assentarem, precisamente nas "...próprias restrições orçamentais e de endividamento que os estados actualmente enfrentam, de que são exemplos o Pacto de Estabilidade na EU...". *Enquadramento Orçamental das PPP*, in "Manual Prático de Parcerias Público-Privadas", 2004, Sintra, NPF, pág. 88. Igualmente NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *Enquadramento...* (ob. cit.), págs. 146 e ss.

<sup>110</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 380 e ss.; NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 103 e ss.

<sup>111</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 379.

antes recebe dele taxas pela utilização dominial e pela atribuição de direitos exclusivos de operação portuária. O particular é remunerado exclusivamente pelos utentes.

Claro que se o modelo contratual sofrer alterações substanciais, de tal forma que a remuneração do concessionário for também ou principalmente pela entidade pública, então as alterações contratuais podem passar a estar sujeitas ao regime do DL n.º 111/2012, mesmo que inicialmente o contrato não tenha sido tratado como uma PPP.

Isto evidencia que a submissão de uma concessão ao regime do DL n.º 111/2012 não decorre do tipo contratual<sup>112</sup>, mas da relevância do contrato sobre a despesa pública, ou seja, da origem da remuneração do concessionário no orçamento público.

Tal conclusão não resulta do conceito abstrato de PPP, mas do específico modelo de PPP vigente em Portugal.

Pelo conceito abstrato não teríamos dúvidas em incluir todas as concessões de serviço público como tipos contratuais próprios de PPP, no entanto o modelo português afasta do regime das PPP as concessões que não envolvam o pagamento da remuneração do concessionário pela entidade concedente, por o modelo se basear fundamentalmente na relevância do contrato para a despesa pública, critério que justifica a intervenção do Ministério das Finanças<sup>113</sup>.

Esta conclusão não altera o regime material do contrato, pois não esqueçamos que o regime das PPP, tal como constante do DL n.º 111/2012, não é um regime substantivo, mas antes um regime procedimental, regulando os procedimentos pré-contratuais, decisórios, concursais, de acompanhamento da execução e fiscalização, não o regime material do contrato celebrado, que continua a ser regido pelo CCP e pelos princípios de direito administrativo aplicáveis<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 305, que refere que o direito português, à semelhança de outros ordenamentos, não se propôs criar um novo tipo de contrato de PPP.

<sup>113</sup> MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias...* (ob. cit.), págs. 447 e ss., onde fala em *metamorfose* do contrato de concessão.

<sup>114</sup> Idem.

## 8. Conclusões

De todo o exposto podem sintetizar-se as seguintes principais conclusões a que se chegou:

- a) Embora se possa construir um conceito abstracto de PPP, não existe um regime jurídico universal de PPP, detendo cada ordenamento jurídico um modelo com características próprias, fruto da especificidade da evolução de cada regime jurídico;
- b) O modelo português de PPP decorre do DL n.º 111/2012, do CCP e da Lei de Enquadramento Orçamental, caracterizando-se por uma preocupação prevalecte com a despesa pública, tendo na racionalização, eficiência e enquadramento orçamental da despesa pública o seu elemento mais relevante;
- c) A principal consequência deste modelo português é que contém um conceito restritivo de PPP, limitado àqueles contratos que envolvam o pagamento da remuneração do particular pela entidade pública, com implicações na dívida pública, justificando a intervenção do Ministério das Finanças;
- d) As concessões de movimentação de carga, nos termos do seu modelo geral legal, são concessões tradicionais, em que a entidade pública contratante não assume quaisquer responsabilidades de remuneração do particular, antes recebe dele taxas pela utilização dominial e pela atribuição de direitos exclusivos de operação, sendo um modelo económica e financeiramente viável para o privado sem intervenção da entidade pública, libertando esta dos encargos com investimentos na melhoria do serviço, dos equipamentos e infra-estruturas e despesas com o pessoal;
- e) O modelo português, ao afastar do regime legal das PPP as concessões que não envolvam o pagamento da remuneração do concessionário pela entidade concedente, por o modelo se basear fundamentalmente na relevância do contrato para a despesa pública, exclui as concessões de movimentação de carga nos portos, enquanto concessões tradicionais, do regime do DL n.º 111/2012, pelo menos enquanto o contrato não se afastar desse modelo.