



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Jorge Emanuel Oliveira Pereira Correia de Castro

**Parcerias Público-Privadas: Distribuição do Risco e
Modificação Contratual**

Dissertação de Mestrado, na Área de Jurídico-Forense,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Professor Doutor Licínio Lopes Martins

Coimbra, 2014

Agradecimentos

À minha família

Onde cedo aprendi como é importante o vínculo com os outros, inspirado e guiado pela lei da gratuidade.

Onde aprendi o sentido mais verdadeiro da justiça, da honestidade e da lisura,
Por ser lugar de encontro e diálogo, dedicação e generosidade.

À Universidade, aos meus professores e ao meu Mestre

Que me ajudaram a abrir as janelas da mente e a investir em Sabedoria.

E aos meus amigos

Que fazem parte da minha História, porque *“de todas as coisas que a sabedoria nos dá para tornar a vida inteiramente feliz, a mais importante é a posse da Amizade”*.
(Epicuro)

Para tudo há uma ocasião certa;

Há um tempo certo para cada propósito debaixo do céu.

Tempo de nascer e tempo de morrer

Tempo de plantar e tempo de arrancar o que se plantou (...)

Tempo de derrubar e tempo de construir (...)

Tempo de procurar e tempo de desistir (...)

Tempo de calar e tempo de falar

O que ganha o trabalhador com o seu esforço?

*(...) não há nada melhor para o homem do que desfrutar o seu trabalho,
porque esta é a sua recompensa.*

Eclesiastes 3, 1-3;6-7;9;12-14

LISTA DE SIGLAS

PPP- Parcerias Público-privadas

CCP- Código dos Contratos Públicos

VfM- Value for Money

SEC- Sistema Europeu de Contas Económicas Integradas

NOTA GERAL

As considerações preliminares deste estudo procuram definir com precisão os termos em que esta reflexão se desenvolverá, bem como pretendem demonstrar a actualidade e a pertinência do tema a abordar. Terá, ainda, como propósito, contribuir para uma reflexão sedimentada, aprofundada e factual desta figura contratual.

As parcerias público-privadas (doravante PPP) constituem focos de dissenso social. Desde a década de noventa até aos dias de hoje, a actuação administrativa tem-se pautado por envolver activamente o sector privado na provisão de bens e serviços públicos. Como ensina Pombeiro, introduziram-se novas formas de colaboração entre os entes públicos e privados em desvalor da clássica provisão de bens e serviços a cargo do estado¹. Na verdade, o advento da crise internacional motivou o questionamento pela sociedade civil na forma como o estado rege a *res pública*, sobretudo, no que concerne à capacidade negocial deste, quando desenvolve, redensifica, concretiza e prima esta forma de provisão de bens e serviços alternativa para o cabal cumprimento da prossecução do interesse público. Frequentemente, acusámos descrença quando o estado adopta este tipo contratual. A sociedade civil, apelida-os, a mais das vezes, de negócios ruinosos. Critica-os por considerar que se trata de uma forma de o estado conduzir negócios prejudiciais para si sob a égide de uma legalidade “aparentemente” conforme a ordem jurídica, demarcando-se da sua função de gestão protelada por critérios de rigor financeiro e ético de acordo com os ditames da boa-fé.

Por seu lado, como adverte Gonçalves, “A gestão de contratos, o management das alianças com os parceiros privados, impõe-se naturalmente como uma dimensão caracterizadora da administração pública contemporânea e como um aspecto relevante de gestão pública”². Naturalmente, que este novo paradigma sustentou interesse pela opção pelo estudo pois que a afirmação das PPP corresponde à exacta expressão do insubstituível autor.

Ora, foi justamente este clima de desconfiança e premente discussão pública que suscitou o presente estudo sobre a controversa figura contratual.

¹ Pombeiro, António, *As PPP/PFI – Parcerias Público Privadas e sua Auditoria*, Colecção Auditoria, Áreas e Editora, Lisboa, 2003, pág. 46

² Gonçalves, Pedro Costa, “*A gestão de Contratos em Tempos de Crise*”, Estudos de Contratação Pública II, Coimbra Editora pág 66

Este estudo centrar-se-á em duas questões nucleares atinentes a esta matéria: a análise da matriz de risco inerente a estes contratos e os fundamentos que presidem ao espírito da modificação do contrato, nomeadamente o poder de modificação unilateral ou pactuado associado à lógica da função administrativa. Contudo, para a necessária e fundamental compreensão da fenomenologia global deste esquema contratual, crê-se de especial importância aduzir um breve excuro sobre as características das PPP, pois que a sua definição estrita poderia fazer perigar e/ou estancar a capacidade inventiva desta figura altamente moldável. Tudo isto, sem esquecer a sua fonte matricial que é a concessão³ e, por fim, enquadrá-la no espírito e comunhão da União Europeia, já que as suas orientações jurisprudenciais e recomendações assentes em mecanismos de *Soft law*, em muito contribuem para a constante redensificação do nosso ordenamento jurídico. Acalente-se, desde já, a importância das novas Directivas de Contratação Pública, sobretudo, a Directiva 2014/23/EU, que, pela proximidade do modelo concessório com estes esquemas contratuais, requererá tratamento especial.

Por último, propender-se-á a uma análise retrospectiva e prospectiva das pertinentes recomendações do Tribunal de Contas e procurar-se-á compreender se o referencial presente no novo Decreto-lei.º111/2012, consegue suprir falhas evidenciadas pelo mesmo Tribunal, no que concerne ao sector rodoviário e ao sector da saúde.

³ Castro, João Canto “A regulação das Parcerias Público-Privadas no Código dos Contratos Públicos”, Revista de Contratos Públicos nº4, janeiro Abril, 2012

ÍNDICE

Enquadramento comunitário.....	- 1 -
Regime Jurídico das PPP -características.....	- 5 -
Um Percurso pelas Etapas Principais	- 8 -
Análise do risco	- 13 -
Poderes de Conformação da Relação Contratual	- 19 -
Poder de modificação contratual	- 22 -
Fundamentos objectivos da modificação.....	- 24 -
Modificação por alteração das circunstâncias	- 25 -
Modificação por razões de interesse público.....	- 32 -
Limites à modificabilidade dos contratos	- 34 -
Articulação do poder de modificação com as entidades financiadoras: project finance.....	- 39 -
Partilha de Benefícios	- 43 -
Recomendações do Tribunal de Contas e suas implicações no Decreto-Lei n.º111/2012: possível supressão?.....	- 44 -
Conclusão	- 51 -
Bibliografia.....	- 56 -
Jurisprudência.....	- 58 -

ENQUADRAMENTO COMUNITÁRIO

A implosão das PPP é, hoje, um fenómeno global. Quer dizer, trata-se de um esquema contratual transversal, cognoscível e utilizado por grande parte dos estados pelo que marca, sem sombra de dúvida, o paradigma económico vigente. Nesta perspectiva, tal constatação não pode passar incólume ao direito de contratação pública europeu que perpassa, em toda a sua regulamentação jurídica, um propósito claro de realização do mercado comum, designadamente através da liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, capitais e serviços, atento o princípio da primazia do direito europeu sobre o direito interno. Ora, ressalve-se que as obrigações decorrentes de Direito Originário são principalmente obrigações de carácter negativo e de *non facere*, enquanto a realização do mercado interno passa inequivocamente pelo cumprimento de obrigações de carácter positivo. Por conseguinte, desde cedo se sentiu a necessidade de regulamentar estas matérias. Sem prejuízo do excuro histórico que tamanha importância reveste na edificação de inúmeras directivas, sempre se salientará, com propriedade, o fulcro renovador da reforma de 2004, nomeadamente as directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, concentrando o seu âmbito de aplicação apenas a contratos de empreitada de obras públicas, contratos de fornecimento e de prestação de serviços.

Paralelamente, tais directivas excluem o contrato de concessão de serviços públicos e contrato de sociedade. A título preliminar, as parcerias público-privadas não se materializam num único contrato de parceria público-privada. Pelo contrário, consubstanciam-se em diferentes realidades contratuais, reconduzindo-se largamente ao contrato de concessão de serviço público (parceria público-privada contratual) e ao contrato de sociedade (parceria público-privada institucionalizada)⁴. Deste modo, excluídos tais contratos do âmbito de aplicação das directivas, figuras matriciais destas associações entre entidades públicas e privadas, por maioria de razão estariam excluídas da Contratação Pública Europeia as PPP, com consequências penosas para o mercado comum pois que a sua subtracção frustraria o desenvolvimento do mercado único.

As razões que estiveram na origem da exclusão do contrato de concessão fundam-se no apego a uma visão clássica do regime concessório assinalando, como pedra de toque desta índole negocial, o seu elemento pessoal, o seu carácter *intuitu personae*, baseado na

⁴ Campos, Diogo Duarte, “A escolha do parceiro privado nas parcerias Público-Privadas”, Coimbra Editora, Abril 2010, pag. 53.

relação de confiança entre a concessionário e a administração, de tal monta que a concessão pública ficaria de fora das regras de regulação pública europeia. Assim sendo, fruto da relação fiduciária existente, o acto adjudicatório seria livremente imposto pela administração que poderia adjudicar directamente a outrem, independentemente do valor do contrato. Como tal, os estados membros mostravam-se pouco permeáveis à regulação desta matéria sob a égide da União Europeia, porquanto pretendiam beneficiar os nacionais dos seus estados, o que constitui ate um contra-senso e uma afronta aos princípios de Direito Originário por eles legitimado.

Hoje, tal entendimento doutrinal encontra-se superado, em virtude de uma maior propensão para o elemento patrimonial imanente às concessões que, não raras as vezes, se confunde com a decisão de contratar/conceder relacionadas com preocupações de existência económica, em ordem a garantir propósitos vantajosos para a administração, de maior *Value for Money*. De resto, a doutrina é unanime quando à afirmação do elemento patrimonial no coração das concessões⁵⁶.

Não obstante, como ensina Duarte Campos, é “totalmente clara, a expansão do Direito Comunitário para além dos contratos sujeitos às regras das directivas, aplicando-se à generalidade dos contratos concluídos pelas entidades adjudicantes”⁷. Ou seja, apesar destes contratos não estarem sujeitos às regras pormenorizadas das directivas, não deixam eles próprios de estar sujeitos aos princípios de Direito Originário. É aqui que reside o cerne da verdadeira força expansiva do Direito da União Europeia que impõe um conjunto de obrigações de *facere*, designadamente, o respeito e a promoção pelo princípio da igualdade, da transparência, da publicidade, da concorrência e do reconhecimento mútuo. Com isto, premeia-se a capacidade inventiva e de permanente transformação no que respeita às técnicas de financiamento privado e tornea-se a possibilidade de tais contratos estarem sujeitos às regras de directivas face à relutância dos estados membros em os submeterem às disposições da União Europeia.

É neste contexto que surge o livro verde sobre as parcerias público-privadas e recente comunicação interpretativa da comissão sobre a aplicação do direito comunitário

⁵ Gonçalves, pedro Costa, “*A concessão de serviços públicos*”, almedina, coimbra 1999, pág. 233.

⁶ Gonçalves, Pedro e Oliveira, Rodrigo Esteves, “*Associações municipais de distribuição de electricidade*”, colecção de direito publico e regulação nº1, Coimbra Editora,2001, pag50.

⁷ Campos, Diogo Duarte, “*A escolha do parceiro privado nas parcerias Público-Privadas*”, coimbra Editora, Abril 2010, pag. 12 e ainda, “Parcerias Público-Privadas institucionais e duplo(triplo) concurso, estudos de Contratação Pública III, Pags415.

da contratação pública às parcerias público-privadas contratuais e institucionalizadas. Em rigor, trata-se de mecanismos de soft law pois exprimem a posição tomada, oficialmente, pela União Europeia. No essencial, procuram densificar o que se referiu anteriormente através da adopção de um documento, clarificando o que se deve entender por parceria público-privada contratual bem como sobre aspectos atinentes às parcerias público-privadas institucionalizadas, muito particularmente, quanto à necessidade ou não, de, nestes casos, se efectuar a exigência de um duplo concurso. Submetem estes contratos aos princípios decorrentes dos tratados, o que nos permite concluir que, o Direito de Contratação Pública Europeu apresenta um regime dual: entre contratos sujeitos à aplicação das regras rígidas das directivas e outros em que se inserem as parcerias que, não estando adstritos, devem observância aos princípios do Direito Comunitário.

No que concerne às parcerias público-privadas institucionalizadas, a comunicação interpretativa entende que a sua constituição não exige a necessidade de efectuar duplo concurso, porque a sua constituição e posterior sujeição a procedimento concorrencial, cujo desenlace a culminar no acto de adjudicação sempre se afiguraria incerto, poderiam obstaculizar a criação da PPP e obrigavam a encargos que, por uma questão de economia processual devem ser recusados. Pelo que, as fases de escolha do parceiro privado e adjudicação seriam efectuadas num só procedimento. Sobre o conceito de excepção in house, este é objecto de tratamento especial pelo Acórdão Teckal, precisando-o, ao aduzir que, a relação in-house exige, como sua composição, dois pressupostos fundantes: controlo análogo e exercício da sua actividade com a ou as autarquias que a compõem. Sucede porém que, de acordo com o tribunal de Justiça da União Europeia, basta a existência de capital privado, como presunção *iuri et iuri*, para afastar esta relação de familiaridade e, consecutivamente, à entidade adjudicante é-lhe exigível que recorra ao mercado para satisfação dos seus objectivos. *A priori*, tal densificação constitui paradoxo face ao controlo análogo, justamente porque tal controlo análogo consubstancia-se num controlo equiparável e não num controlo de domínio tipicamente societário daí que a existência de capital privado não é, por si, suficiente para afastar a relação de proximidade existente. Na verdade, o douto tribunal entende que a adjudicação por parte de entidades adjudicantes a pessoas colectivas de direito público com presença de capitais privados livres de procedimentos concorrenciais constituiriam privilégios indevidos que devem ser recusados, reclamando, por conseguinte, um procedimento adjudicatório.

O labor desta evolução doutrinal e jurisprudencial culmina justamente com as novas directivas de contratação pública, a saber: a Directiva 2014/24/EU relativa aos contratos públicos, revogadora da directiva 2004/18/CE; a Directiva 2014/25/EU relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais que revoga a Directiva 2004/17/CE; e a nominável Directiva 2014/23/UE, concertando o seu âmbito de aplicação à adjudicação de contratos de concessão. Tais directivas, exigentes de transposição para o ordenamento dos estados membros até dezoito de Abril de dois mil e dezasseis, representam um passo estóico na construção de uma Europa sustentada e eficiente no domínio dos recursos públicos. Os mercados dos contratos públicos representam dezoito por cento do PIB europeu, daí a particular acuidade na regulamentação destas matérias que perpassa em todo o espírito renovador, um propósito tendente a uma maior abertura aos mercados internacionais, através de um regime jurídico flexível e não discriminatório que garanta o acesso livre e esclarecido a todos os operadores económicos, nomeadamente às pequenas e médias empresas.

Pela pertinência que influi na abordagem das PPP e, pela análise supra referenciada respeitante à não sujeição do modelo concessório às regras das directivas, a nova Directiva 2014/23/EU justifica uma preponderância irradiadora no presente estudo. Basta crer que, no sector rodoviário, o arquétipo PPP, assente em “Design-Built-Finance-Operate” (DBFO) é a concessão. Ora, esta directiva surge fruto da insegurança jurídica perturbadora do mercado concorrencial e pela assinalada relevância do elemento patrimonial das Concessões. Pese embora a sua sujeição aos princípios de Direito Originário, a verdade é que se constatavam divergências entre os estados-membros quanto à interpretação dos princípios comunitários e a concessão de serviços públicos, pela constante e progressiva importância na contratação pública, o que exigia tratamento legislativo. Neste contexto, a presente directiva assume um carácter inovador de tal monta que os seus considerandos acabarão por se tornar preciosos e influenciarão o regime jurídico das PPP. Esta perspectiva é bem visível no que concerne à modificação de contratos, objecto de grande rigor e sujeita a um âmbito de aplicação mais restrito, e, dentro do elenco das causas rescisórias, a consagração da modificação substancial. Ao mesmo tempo, clarifica e aprimora o conceito de concessão pela referência à sua característica mais marcante: risco de exploração. Risco de exploração encarado como

risco de exposição às incertezas do mercado. Risco que é transferido para, e é, da incumbência do concessionário e que, naturalmente, implica que este possa não conseguir readquirir os investimentos efectuados e as despesas realizadas em condições normais de exploração.

Respeitante à excepção *in-house*, o art.º17 da presente directiva considera justamente que a participação directa de capital privado exige submissão ao mercado concorrencial, não se vislumbrando, portanto, a excepção *in-house*. Trata-se de um artigo em linha com os Acordãos de Teckal e Stadt Halle. Não obstante, admite que formas de participação de capital privado não controladoras e não bloqueadoras com respeito, quer pelas disposições legislativas nacionais aplicáveis, quer pela observância dos Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa colectiva controlada, possam permitir a aplicação da aludida excepção o que até então é constitutivo de inovação, e consecutivamente, não há necessidade de procedimento adjudicatório.

Como se antevê, pela riqueza conceptual e pela inovação doutrinal que preconiza, esta directiva influenciará decididamente o regime jurídico das PPP, nomeadamente no que respeita à modificação dos contratos, ao impor uma reflexão cuidada sobre a sua efectivação e limites, sobretudo pela marca indelével com que actua nesta prerrogativa, ao coloca-lo sob a alçada de um exercício excepcionalmente justificado pois que a estabilidade da relação contratual emergente assim o exige e o principio da concorrência denota também esta exigência.

REGIME JURÍDICO DAS PPP -CARACTERÍSTICAS

Como se referiu anteriormente, as PPP começaram a ser desenvolvidas em Portugal a partir da década de noventa. Contam-se projectos de grande envergadura nacional de que se destacam, entre outros a Ponte Vasco da Gama levada a cabo em 1994 pelo concessionário Lusoponte, o serviço ferroviário suburbano pela concessionária Fertagus, as subconcessões estabelecidas pela subconcedente Estradas de Portugal e inúmeras PPP no sector da saúde, com propósito de proceder não só, à modernização infra-estrutural das unidades hospitalares, mas também à inclusão de contratos de gestão privados dessas mesmas unidades. Sucede, porém, que grande parte destes contratos não foram precedidos de um quadro legal e institucional que o justificasse. E de facto, quer as entidades públicas, quer as entidades privadas reclamavam um tratamento legislativo

justamente porque a sua consagração legal acrescentava credibilidade a este tipo contratual e conferia aos privados e às próprias entidades financiadoras a necessária segurança jurídica.

Deste modo, surge Decreto-Lei n.º86/ 2003 que constitui a primeira iniciativa legislativa, posteriormente sucedida pelos Decretos-Leis n.º141/ 2006 e n.º111/2012. Trata-se de um regime que, consabidamente, não abrange a relação contratual emergente como um todo, na sua fenomenologia global. O seu âmbito de aplicação e respectiva índole, encontram-se perfeitamente delimitados. O Decreto-Lei n.111/2012 é um diploma que visa primacialmente regular aspectos atinentes à preparação de lançamento desta forma contratual, não descurando também, fases tendentes à execução do contrato, nomeadamente modificações unilaterais ou pactuadas do contrato. Como tal, antevê um espaço de concertação entre os demais intervenientes no processo de constituição das PPP, definindo as suas principais atribuições e conferindo ao Ministro responsável pela tutela das finanças, poderes de fiscalização e acompanhamento do projecto, de resto linha tendencialmente marcante nas sucessivas alterações do Decreto-Lei. Destarte, procura-se concretizar os princípios da transparência e concorrência no âmbito da contratação pública, reforçando os poderes do Ministro responsável pela área das finanças, *a priori*, dotado de capacidade técnica e científica para o supervisionamento destes contratos. Por seu turno, urge chamar à colação o Código dos Contratos Públicos (CCP) pois que este regula preferencialmente a fase pré-adjudicatória e sua relação contratual fundada nos poderes de conformação da relação contratual das entidades administrativas. Nas palavras de Costa Cabral, poder-se-á assim dizer que o regime das PPP foi “ interseccionado pela regulamentação jurídica dos contratos públicos”⁸.

A sua definição encontra-se sufragada no art.º 2.º do presente diploma. “ Entende-se por PPP, o contrato ou união de contratos por vias das quais entidades privadas designadas por parceiros privados, se obrigam de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante, contrapartida o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incubem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”. Bem se vê que as PPP compreendem um conceito amplo susceptível de abarcar vários tipos contratuais inerentes a este esquema de união, pese

⁸ Cabral, Nazaré da Costa, “*As Parcerias Público Privadas*”, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, 2009, P 148,ss

embora o facto de não tornar claro o que deve ser subsumido a esta categoria contratual. Na verdade, o espírito e a racionalidade que estiveram na origem desta forma alternativa de provisão de bens e serviços, assim o justificam. Convêm lembrar que este novo tipo contratual se desenvolveu também com o contributo inventivo dos parceiros privados, pelo que uma noção excessivamente precisa poderia limitar a sua capacidade inovadora.

De resto, a doutrina, sensível e permeável à natureza flexível desta *sui generis* figura, alude a um conceito amplo de parceria público-privada. De acordo com Pombeiro⁹, uma PPP pode ser definida como “ toda e qualquer forma de colaboração do sector público e privado que tenha por objecto uma actividade em benefício da colectividade.”. Por sua vez, Pedro Gonçalves definiu-as como uma forma de colaboração entre actores públicos e actores privados para a realização de determinado objectivo. A cooperação pode ter subjacente uma complementaridade de fins entre a intervenção pública e privada (parcerias em rede) ou uma divergência de finalidades e objectivos a alcançar por via da parceria: o parceiro público participa para cumprir as suas missões de interesse público e o parceiro privado para obter lucros (parcerias contratuais ou associativas)¹⁰.

Assim, torna-se imperioso aduzir algumas características marcantes e precisar o respectivo conceito. Em primeiro lugar, é um contrato que se protela no tempo, isto é, objectiva uma actividade de caracter duradouro e a posição doutrinal relativamente à sua longevidade é unanime: qualquer contrato que concretize uma PPP não pode ter uma duração inferior a três anos, cumprindo o desiderato previsto pela alínea nº 5 da norma 2, designadamente, encargos brutos superiores a dez milhões de euros e um investimento superior a 25 milhões. Quanto à sua duração máxima, naturalmente que não são admissíveis contratos *ad eternum* em homenagem ao principio da concorrência, da igualdade e da transparência pelo que, a sua estipulação contratual e, porventura, a sua prorrogação deverão pautar-se por critérios de rigor e precisão pois que, a prossecução pelo interesse publico e a previsibilidade dos parceiros privados obterem a sua remuneração e respectivo retorno dos investimentos iniciais, assim o justificam.

Por outro lado, ela visa a satisfação de uma necessidade colectiva, um propósito que se consubstancia pela existência presente ou futura de uma infra-estrutura. Seguidamente, o legislador propende para um elenco não taxativo de instrumentos

⁹ Pombeiro, António, “As PPP/PFI – Parcerias Público Privadas e sua Auditoria”, Colecção Auditoria, Áreas e Editora, Lisboa, 2003, pp. 46

contratuais capazes de concretizar tal desiderato, nomeadamente, contrato de concessão de obras públicas, contrato de concessão de serviços públicos, de fornecimento contínuo, de prestação de serviços e de gestão e colaboração.

O elemento indefectível inerente a quase todos estes contratos é que estes esquemas de união se fazem por referência ao modelo concessório. Por razões históricas o modelo português das PPP inscreve-se no modelo concessório e, como assinala Canto e Castro a propósito dos contratos de concessão de obras e serviços públicos, estes “ assumem evidentes repercussões no domínio das PPP já que, como é sabido, as PPP existentes em Portugal reconduzem-se, maioritariamente àquele tipo contratual.”¹¹

Outro ponto de suma relevância é a transferência significativa de riscos para o sector privado. Pela importância que esta característica atinge desde a formação até à execução do contrato, a alocação de riscos será desenvolvida posteriormente, não deixando de assinalar a influência que reflecte em variáveis fundamentantes como a taxa interna de rentabilidade, o *Value for Money*, o princípio do comprador público e as implicações com o *Project Finance*, cuja única garantia prestada assenta na rendibilidade do projecto ou seja, nos *Cash Flow* previstos. Contudo, cumpre evidenciar que esta comunhão de risco, ainda que preconize uma transferência significativa de riscos para o privado, se distancia do modelo concessório clássico exigente de uma transferência integral do risco da concedente para a concessionária.

UM PERCURSO PELAS ETAPAS PRINCIPAIS

Conforme se referiu, o regime das PPP é profusamente influenciado quer pelo decreto-lei supra referenciado, quer pela CCP. Percebe-se, inclusivamente, que estes regimes apresentam âmbitos de aplicação diversos.

Pelo exposto, importa concretizar as várias etapas em que se desenvolve o processo de constituição das PPP. Adiante-se, desde já, que tais critérios-normas prescrevem objectivações de sentido¹². Quer dizer, são fundamentos de princípios norteadores de toda a contratação pública de cariz comunitário e nacional. Nesta

¹¹ Castro, João Canto “*A Regulação das Parcerias Público-Privadas no Código Dos Contratos Públicos*”, Revista de Contratos Públicos nº4, janeiro Abril, 2012, pp, 180.

¹² Neste sentido, Bronze, Fernando Pinto, “*Lições de Introdução ao Direito*”, Coimbra Editora, 2010, pág. 543

perspectiva, é curial que tal processo de constituição se faça com apelo aos princípios gerais de direito interno e comunitário, em particular aos princípios da realidade comunitária, como o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, princípio da igualdade, imparcialidade e concorrência, mas, com igual completude, aos princípios da legalidade administrativa, protecção do interesse público e intangibilidade das propostas.

Deste modo, é curial distinguir-se duas grandes fases na construção das PPP: fase preliminar, que ocorre desde o momento em que se verifica a necessidade de provisão do serviço até à decisão de lançamento do projecto e fase de selecção do contraente e respectiva contratação (processo PPP em sentido estrito).

Na verdade, a fase preliminar é o campo por excelência do presente decreto. Procura-se, num primeiro plano, equacionar a possibilidade de implementação de uma PPP face aos moldes de contratação pública tradicional susceptível de gerar mais ganhos para o Estado, nomeadamente, se tal projecto se apresenta vantajoso relativamente à empreitada de obra pública tradicional. Equivale a dizer, maior *Value for Money* que se traduz em “fazer mais com o mesmo dinheiro” numa perspectiva economicista e de optimização de recursos¹³. O HM Treasure Britânico define-o como “ o melhor mix de qualidade e eficácia com o menor capital inicial ao longo de todo o período de utilização de bens e serviços adquiridos”¹⁴. Situamo-nos no âmago do comparador público já que, além da respectiva sustentabilidade financeira que este projecto financiado maioritariamente por capitais privados requer, e, sobretudo, da respectiva incidência orçamental a inscrever-se no regime do Orçamento por programas, importa perquirir se este modelo alternativo se afigura mais vantajoso relativamente a outras formas tradicionais de provisão de bens e serviços¹⁵. Nas palavras de Costa Cabral, tratar-se-á de uma avaliação *ex ante* em que se procura analisar, em que medida estas novas formas de financiamento “são ou não mais vantajosas do que o recurso imediato à dívida pública em moldes tradicionais”¹⁶. A mesma autora, define-o como o “custo estimado de um projecto de referência candidato a uma

¹³ Castro, João Canto “A REGULAÇÃO DAS PARECERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO CODIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS”, Revista de Contratos Públicos nº4, janeiro Abril, 2012, pp, 180.

¹⁴ Azevedo, Maria Eduarda, “As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de Governação de Uma Nova Geração Publica”, Almedina, 2009, pag, 200

¹⁵ Art.18 Lei n.º91/2001.

¹⁶ Cabral, Nazaré da Costa, “As Parcerias Público-Privadas”, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, 2009, P 38

contratação PPP no cenário contrário de contratação convencional”¹⁷. Como se intui, o comparador público consiste pois no custo hipotético de um projecto global pelo que, da comparação entre estes dois modelos, deve posteriormente indagar-se qual o que se preconiza mais idóneo para a prossecução dos fins administrativos.

Neste sentido, o comparador público é uma questão nuclear nesta fase embrionária da constituição de uma PPP e, de facto, o crivo por este teste de avaliação, terá de ser feito criteriosamente, com respeito pelos domínios da eficiência e boa gestão financeira pois as variáveis coexistentes, em particular a análise da matriz de riscos e a taxa interna de rentabilidade dos accionistas podem, posteriormente, pôr em causa a sustentabilidade económico-financeira do contrato geracional. Daí, a particular acuidade inerente a este momento preparatório. Atente-se, desde já, que o Tribunal de Contas, nas suas inúmeras auditorias ao sector rodoviário, aponta como indicativo de uma gestão ineficiente precisamente a ausência do comparador publico na resenha destes contratos. De resto, o legislador, alude a este tema, sensível logo na alínea a do n.º 1 do art.º 6, ao pressupor a configuração de um modelo de parceria que apresente benefícios relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins.

Exige ainda o presente artigo que a declaração de impacte ambiental seja obtida em momento prévio ao lançamento. A *recta ratio* deste artigo é óbvia: pretende-se tornear os obstáculos inerentes a este processo, já de si moroso, numa fase inicial e dotá-lo de maior celeridade para evitar que, numa fase póstuma, ele possa conduzir a uma agravamento de custos conduzindo a um processo mais lento e burocratizado.

Ressalve-se, ainda neste âmbito, a inovação imposta pelo Decreto-lei nº111/2012, ora em epígrafe, com a criação da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos. Como atenta a exposição de motivos deste decreto, trata-se de uma entidade administrativa que actua na dependência directa do Ministro Responsável pela pasta das Finanças, que assume como atribuições “a preparação, desenvolvimento, execução e acompanhamento global dos processos PPP e assegura um apoio especializado ao governo”¹⁸. Note-se que a sua função não é meramente heurística. Ela exerce ainda uma função de controlo interno nesta fase inicial ao determinar a equipa do projecto que, por sua vez, é responsável pelo

¹⁷ Cabral, Nazaré da Costa, “*As Parcerias Público-Privadas*”, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, 2009, P 48

¹⁸ Exposição de motivos do Decreto-Lei n.º111/2012

estudo estratégico do modelo em questão¹⁹. É ainda promotora de uma aproximação entre os intervenientes no processo na fase de execução contratual ao assumir uma função de fiscalização, identificando possíveis encargos capazes de agravar a situação financeira do estado e prestando apoio técnico às entidades públicas na gestão desses mesmos contratos²⁰. Mesmo no plano de resolução de litígios, regra geral submetido a tribunais arbitrais, incumbe-lhe uma função de acompanhamento do processo, fornecendo todos os elementos reveladores de importância para a lide processual.

Por outro lado, a criação da Unidade Técnica contribui igualmente para acrescentar matéria-prima ao estado, dotando-o de uma capacidade negocial mais fundada e consistente, percebidos os frutos das experiências realizadas ao longo destas duas décadas. A mais das vezes, os parceiros públicos recorriam a serviços técnicos de consultadoria externa que apresentavam soluções distintas face a casos análogos, não fomentando uma estratégia de uniformização e de concertação das soluções a adoptar. Ora, como ensina a História, tal modo de actuar teve repercussões práticas pois que os parceiros privados e entidades financiadoras se situavam num plano negocial superior, com melhores capacidades e competências negociais. Vislumbre-se o exemplo da Lusoponte e Fertagus, em que o estado fruto da sua impreparação assumiu, em último reduto, o risco da procura, risco esse que, face à moldura do projecto não lhe era devido. Com a criação da Unidade Técnica, procura-se, assim, equilibrar os dois pratos da balança negocial.

Outro ponto que exige particular reflexão diz respeito à reserva de não adjudicação plasmada no n.º3 do art.º18. Tal faculdade, que configura subliminarmente o princípio do comparador público quando os fins perseguidos não se mostram viáveis através deste modelo, é a expressão máxima de um princípio basilar de toda a actuação administrativa: o princípio do interesse público. Convém ter presente que a adopção deste tipo contratual terá de ter sempre como horizonte o interesse público.

Uma vez esboçadas as principais problemáticas respeitantes a esta etapa, cumpre centrarmo-nos na fase pré-adjudicatória, reguladora, fundamentalmente pelo CCP, decorrente da expressa remissão do decreto-lei²¹. Deste modo, impõe-se precisar qual a tramitação adequada para esta figura contratual que convoca a experiência e os modos de gestão privada centrados na eficiência. Como sabemos, o projecto PPP envolve a

¹⁹ ART.º10 do Decreto-Lei n.º111/2012

²⁰ ART.º28 do Decreto-Lei n.º 112/2012

²¹ Art.º15 do Decreto-Lei n.º111/2012.

participação activa dos privados na feitura do projecto, pois que o financiamento exigível para estes projectos de grande dimensão económica requer capitais privados. Daí que, em jogo está o tipo de procedimento mais idóneo a fundamentar este espaço de consenso, de compatibilização de soluções, nomeadamente, no que respeita à repartição dos riscos. Assim, o procedimento que é avocado para a constituição das PPP é o diálogo concorrencial que se inicia com a fase de prévia qualificação²². Em traços gerais, este procedimento consubstancia-se num diálogo inter-partes com vista à apresentação de soluções com o intuito de encontrar um modo capaz de dar cumprimento às atribuições prosseguidas pela administração. Só na negociação deste diálogo é que as entidades adjudicantes aprovam um caderno de Encargos²³ e os candidatos já qualificados são convidados a apresentar uma proposta conforme ao caderno de encargos²⁴. É, digamos, um processo que implica não só a negociação entre todos os intervenientes no processo, mas também a procura de soluções técnicas para a concretização do projecto PPP. Por sua vez, o júri do procedimento elabora um relatório no qual se qualificam os concorrentes tendo em vista o diálogo concorrencial. Ultrapassado este *iter* procedimental, o júri elabora uma proposta de adjudicação. Segue-se a adjudicação²⁵ e, posteriormente, a elaboração do contrato. Saliente-se que, só se menciona o procedimento do diálogo concorrencial por ser justamente aquele que melhor se coaduna às especificidades inerentes a estes contratos. Nada impede que se privilegie outro tipo procedimental como o procedimento de negociação ou o concurso público. Sobre a escolha do procedimento, encontra-se liminarmente excluído o ajuste directo, em razão do valor que este contrato acalenta (alíneas a e b do n.º 5 do art.º 2 do Decreto-lei).

Finalmente, importa referir descritivamente qual os meios de que o estado se socorre para superintender estes contratos. Actualmente, existem dois tipos de controlo: controlo interno e externo.

O controlo interno é levado a cabo pelas entidades adjudicantes que se concretizam pelos poderes de conformação da relação contratual, de modo muito peculiar, os poderes de direcção, de fiscalização e de modificação unilateral ou pactuada. Aqui, a unidade técnica assume uma função capital ao proceder ao registo dos encargos financeiros

²² Art. 123 do CCP.

²³ Art.º 213 e 217 CCP.

²⁴ Art.º 213 CCP.

²⁵ Art.º 73 do CCP.

e submeter a sua apreciação ao membro do governo responsável pela área das finanças através de um relatório trimestral²⁶.

Sobre o controlo externo, é da estrita responsabilidade do Tribunal de Contas que se manifesta em três modalidades fiscalizadoras distintas: fiscalização prévia, concomitante e sucessiva.

A fiscalização prévia tem como imperativos indagar se “ actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidade directa estão conforme às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria”²⁷. Traduz-se num exame de legalidade formal que se consubstancia mediante a concessão ou recusa do visto. A recusa do visto produz ineficácia jurídica dos actos a ele adstritos e constituem fundamentos de recusa do visto: nulidade, encargos que não encontrem cabimento em verba orçamental própria bem como ilegalidades susceptíveis de alterar o respectivo resultado financeiro²⁸. Neste último caso, o tribunal pode, mediante decisão fundamentada, conceder o visto.

Por sua vez, a fiscalização concomitante consiste na realização de auditorias respeitantes aos procedimentos de actos administrativos que não se enquadrem no domínio da fiscalização prévia e ainda respeitantes à actividade financeira exercida antes do encerramento da respectiva gerência. Esta fiscalização reveste-se de suma vénia porque tais relatórios de auditoria podem dar origem a processos de efectivação de responsabilidades ou de multa.

Por ultimo, encontramos o processo de fiscalização sucessiva que se consubstancia, grosso modo, na aprovação de auditorias sobre a legalidade e a boa gestão financeira tendo por base determinados actos e, na apreciação da execução do orçamento de estado e das regiões autónomas em que se enquadram naturalmente os contratos em análise.

ANÁLISE DO RISCO

Ao longo deste trabalho que procurou contribuir para uma visão alargada deste esquema contratual, deparámo-nos sempre com uma questão problemática de suma

²⁶ Art.º26 do Decreto-Lei n.º 111/2012.

²⁷ Art.º45 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas

²⁸ Art 45 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas

importância que, perpassa todo o *iter* procedimental presente nestes contratos e que, inclusive, está patente ao longo da execução da relação contratual: a alocação de riscos.

No domínio civilístico, sabemos que, por força do princípio da consensualidade, a constituição ou a transferência de direitos reais sobre coisa determinada ocorre resultante do contrato, do acordo de vontades, ao que apraz dizer que no nosso ordenamento jurídico vigora o sistema de título. Naturalmente que os riscos inerentes à coisa seguem, via de regra, a força geradora da eficácia do contrato, e como tal passam a correr por conta do adquirente. Por seu turno, é hoje decididamente claro a existência de uma responsabilidade objectiva a par da responsabilidade clássica-subjectiva, fundada na culpa. Nas palavras do insigne Civilista Antunes Varela “quem utiliza em seu proveito coisas perigosas, quem introduz na empresa elementos cujo aproveitamento tem os seus riscos; numa palavra, quem cria ou mantém um risco em proveito próprio, deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, que deles colhe o seu principal benefício”. (*ubi imolumentum; ubi omus, ubi commudum, ubi incommudum*)²⁹

No domínio *ius* administrativo, as concessões clássicas que, em muito influenciaram as PPP, pressupunham uma transferência integral de riscos para a esfera da concessionária. No que concerne às PPP, que ora aqui se nos interessa, propugna-se um regime especial substancialmente diferente, quer dos demais contratos sob a égide do Direito privado, onde avulta o princípio da autonomia privada, quer dos contratos sob a alçada administrativa, a pressupor uma actuação comandada pelo interesse público imbuída das prerrogativas do “*ius imperium*”. Refere-se, concretamente à partilha de riscos consagrada no art.º7 do Decreto-lei n.º112/2012. Esta repartição de riscos constitui marco distintivo relativamente aos demais contratos.

Na verdade, a constituição desta figura contratual pressupõe activamente o envolvimento do parceiro privado numa fase embrionária do projecto. Sabemos, inclusivamente, que o propósito das PPP é a realização do interesse público. Ora, a mais das vezes, o interesse público, contende com a realização de obras públicas de grande envergadura económico-financeira, requerendo avultados investimentos que o estado, *a priori*, não consegue suportar sob pena de incumprir as constricções orçamentais impostas pela União Europeia. Daí, que a captação de investimento privado se revele fundamental para a concretização dos seus objectivos. Frequentemente, a decisão de lançamento das

²⁹Varela, João Antunes, “*Das Obrigações em Geral*”, Vol II, 10 edição, Pág.633

PPP aparece conjugada não só por imperativos de interesse público mas também por consideração de uma economia de meios pois, tal financiamento privado pode revelar-se essencial para o desenvolvimento da parceria. Por outro lado, o financiamento privado desemboca-se num processo complexo, a exigir diferentes intervenientes no esquema jurídico-financeiro, sendo o capital privado constituído por capitais próprios e alheios, resultantes de financiamento bancário, assente na modalidade de Project Finance. O project Finance traduz-se numa forma de financiamento bancário cuja única garantia assente nos cash flows estimados. Desta forma, a dívida é saldada através dos cash flows previstos, isto é, nos rendimentos esperados ao longo da vida da PPP. Neste contexto, podemos afirmar, com plenitude, a importância que o parceiro privado assume nesta fase preparatória das PPP. Por conseguinte, torna-se crucial estabelecer riscos partilhados, justamente de captar investimento privado e atrair a iniciativa privada para o envolvimento destes projectos. E, de facto, a criação de um regime de responsabilidades partilhadas, ainda que assinale uma transferência de riscos para o privado constitui-se de molde a fundamentar, num primeiro plano, o envolvimento das entidades privadas nesta união de entidades. Partilha de riscos significa aqui uma autorresponsabilização por parte das entidades públicas e privadas em função dos riscos por eles assumidos na feitura do contrato.

Paralelamente, o princípio da partilha de riscos revela-se fundamental no processo de constituição das PPP e coenvolve com variáveis como o *VfM*, o comparador público bem como a taxa de rentabilidade interna dos accionistas. Por isso, a alocação de riscos, concretizada na assunção de responsabilidade com a entidade mais capaz de o deter e suportar, requer um tratamento minucioso e pormenorizado de acordo com critérios de rigor e boa gestão financeira. O teste do comparador público propende a um juízo sobre se a adopção deste modelo se vislumbra mais vantajoso relativamente às demais formas de provisão de bens e serviços, susceptível de gerar mais ganhos para o estado. O que equivale a dizer maior *VfM*. Nesta medida, uma matriz perfeitamente equilibrada e sustentada aparece decididamente a fundamentar a opção pela PPP e, conseqüentemente, a afastar outras formas clássicas de provisão de bens e serviços. Por seu turno, a matriz de riscos influencia directamente a taxa interna de rentabilidade do que consagra uma estimativa de investimento, rendimentos e gastos que a PPP implica. Esta variável é encarada como uma expectativa de remuneração do capital investido e, como tal, exige-se uma estimativa tão consistente quanto possível, pressupondo uma análise criteriosa e

prospectiva dos riscos assumidos pelas entidades privadas para que a taxa prevista não venha, afinal, a sofrer uma diminuição não pretendida em virtude da materialização do risco³⁰.

Pelo exposto, bem se vê a decisiva influência que a partilha de riscos propende no contexto negocial. Assim, importa indagar que tipos de riscos são considerados na implementação de uma PPP e qual o princípio de alocação de riscos presente, por forma a minimizar os custos globais do projecto. No entanto, avenge-se, desde já, que não há uma única matriz de riscos para todos os contratos PPP, pois em cada contrato intervêm realidades diferentes e o desenvolvimento de um projecto de utilidade pública sempre terá características peculiares. Refere-se, concretamente, o risco da procura que, consoante a realidade subjacente a que observa, tanto pode ser transferido integralmente para o parceiro privado como pode ser assumido por ambas partes. Todavia, pela especial proximidade que alguns riscos contêm com as entidades contratantes, sempre será possível desenvolver uma matriz de riscos, atendendo ao princípio da partilha de riscos plasmado no art.º 7 do Decreto-lei n.º112/2012. Para isso, importa densificar e balizar a força inovadora deste princípio. Da definição legal das PPP, preconiza-se que a responsabilidade “pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associado, incumbe, no todo ou em parte, ao parceiro privado”³¹. Seguidamente, o art.º7 do Decreto-lei, ora em epígrafe, desenvolve esta característica, no entendimento de que tais riscos devem ser repartidos pelas partes, de acordo com a respectiva capacidade de gerir esses mesmos riscos. Quer dizer, procura-se atribuir uma fatia de determinado tipo de risco à parte, que numa perspectiva eficiente, de optimização de recursos, melhor estará em condições de o gerir ou mitigar. Numa palavra: acautela-se o risco. Como acentua Costa Cabral, o risco deve ser suportado pela parte que o consiga suportar melhor a um custo mais baixo³². Porém, e porque nos situamos perante um contrato a coexistir numa relação de complementaridade entre entes públicos e privados, a pressupor um álea económico-financeiro presente nestas actividades em benefício da colectividade, deve assinalar-se uma significativa transferência para o parceiro privado. Note-se, significativa, não integral. Como consequência, o legislador aduz que o” risco da insustentabilidade financeira por causa não imputável a

³⁰ Martins, António, Sobre o “*Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: uma Perspectiva Económica*”, Revista de Contratos Públicos, n.º3 pag 7 ss.

³¹ Art.º1 do Decreto-Lei n.º112/2012.

³² Cabral, Nazaré da Costa, “*As Parcerias Público Privadas*”, Cadernos IDEFF, n.º9, Almeda, 2009, P 85

incumprimento ou modificação unilateral do contraente público deve ser transferido para o cocontratante³³. Ressalve-se, ainda, que sendo grande parte do risco assumido pelo parceiro privado, nada impede que este o afecte a terceiros, designadamente a entidades bancárias e a seguradoras.

Finalmente podemos, com propriedade, esboçar uma matriz de riscos. A tarefa de identificação e de gestão dos riscos presentes nestes projectos, é precedida de uma análise sobre a quantificação e qualificação do risco. No que respeita à quantificação do risco, trata-se, em rigor, de saber quanto risco é transferido, ou seja, de estimar o impacto que o risco terá no caso de efectivamente vir a ocorrer. Trata-se, portanto, de uma análise fundamental para a viabilidade do projecto. Por seu turno, a qualificação do risco tem em vista a tarefa dos riscos existentes no projecto com o intuito de alocá-los à parte que melhor estará em condições de o deter e suportar. Embora a tarefa de quantificação seja preponderante para a eficiência pois que estima um valor para suportar o risco em questão, a tarefa de qualificação estabelece uma matriz de riscos que aqui se nos interessa. Assim, tal matriz de riscos far-se-á por referência a um conjunto de critérios de que ressalta a natureza do risco, qual a fonte donde promana o risco, a afectação do risco nos contratos PPP e o potencial efeito de ocorrência do risco³⁴. Nesta perspectiva, em função dos riscos envolvidos na parceria, é possível distribuí-los em riscos políticos, riscos económicos, disponibilidade do lugar, riscos de concepção, riscos de mercado ou de procura e, por fim riscos de força maior.

Relativamente aos riscos políticos que se estruturam em alterações legislativas ou que resultam de oposição política, por regra, deverão ser atribuídos ao Estado/Entidade Pública contratante.

Sobre os riscos económicos constituintes de alterações das taxas de juro, de câmbio e de inflação, estes não são controláveis, nem pela parte privada, nem pela parte pública, pelo que, normalmente, serão imputados a ambas as partes. O risco da disponibilidade do lugar tem que ver com o risco do terreno estar ou não disponível no tempo previsto. Seguramente, integram aquisições de terreno, licenças, alvarás, bem como expropriações. Regra geral, estes riscos serão assumidos pelo Contraente público, porquanto o Estado detém mais competência e mais recursos para lidar com este tipo de situações relacionadas com a propriedade objecto de parceria público-privada. Porém, no

³³ Art.º 7 Decreto-Lei n.º111/2012.

que respeita aos actos expropriativos, comunga-se a ideia de que tais riscos deveriam ser abraçados pelo parceiro privado. No sector rodoviário, as alterações unilaterais decorrentes, resultam de alterações do traçado bem como de atrasos na declaração de impacto ambiental, expõem o estado a encargos não previstos inicialmente, como é o caso da expropriação. Nesta perspectiva, o Tribunal de Contas, nos seus relatórios, sublinha a necessidade de o risco de expropriação passar para a esfera do concessionário, vale dizer, para parceiro privado, para, desta forma, impedir a materialização deste risco que onera o estado com mais encargos.

Por seu turno, os riscos de construção e concepção são, por inerência, entregues ao lado dos privados ainda que estes, os possam realocar às seguradoras. Compreende-se que estes riscos sejam transferidos para esta parte, porque é ao parceiro privado que lhe incumbe não só a construção das infra estruturas mas também a sua manutenção e, por consequência, tais riscos seriam objectivamente controláveis pelo contraente privado.

Outro risco de suma importância, exigente de particular reflexão e sensibilidade é o risco da procura ou de mercado. Como se referiu anteriormente, quer-se de um risco muito particular. Ou seja, existem casos em que o risco da procura é assumido inteiramente pelo parceiro privado. Outros há, em que o risco é partilhado pelos dois contraentes. Atente-se que as PPP se consubstanciam num modelo que também tem em mente incentivar os privados a envolverem-se neste tipo de projectos e que tal desiderato também passa pelo corolário de uma matriz de riscos perfeitamente delimitada de acordo com o princípio da partilha de riscos. O risco de procura partilhado pelos contraentes pode constituir factor de atracção para a adstrição dos privados a estes contratos tanto mais que a procura é influenciada por uma multiplicidade de factores sobre as quais pode intervir e, desta forma, aqui temos o risco da procura a fundamentar estes esquemas de associação e, consecutivamente, a viabilizar o projecto. Refira-se a este respeito, a situação de o contraente público assegurar um nível mínimo de receitas ao parceiro privado, garantindo uma parte do risco da procura ou, em determinado tipo de situações em que a expectativa do lucro do projecto acabe por não corresponder a realidade subjacente, situação que pode configurar uma nova partilha de riscos. Paralelamente, o risco da procura reveste-se de importância para contabilização orçamental. Com efeito, o Eurostat definiu regras para a contabilização *off balance* dos encargos do Estado com Parcerias Público Privadas. Para que os activos envolvidos nas Parcerias Público Privadas sejam considerados

infraestruturas privadas e, portanto, registadas —fora do balanço do Estado, devem ser observados os seguintes pressupostos:

O sector privado terá de assumir o risco de construção e, pelo menos, um dos dois seguintes riscos:

- o risco da disponibilidade
- o risco da procura

Assim, se o risco de construção é sustentado pelo Estado ou se o sector privado sustenta somente o risco de construção e nenhum dos outros dois riscos (os da procura e disponibilidade), então os activos envolvidos na parceria serão classificados como activos públicos. Bem se vê, a influência que o risco da procura exerce no domínio da orçamentação destes Projectos PPP.

Finalmente, encontram-se os riscos de força maior que, no limite, podem levar à resolução do contrato. Reconduzem-se aos riscos de insustentabilidade financeira que, como espelha o art.º7, devem ser tanto quanto possível, transferidos para a esfera privada. Naturalmente estão em causa também “actos de Deus” imprevistos e inesperados, daí que a transferência não será integral, ou seja, é possível que a materialização desses riscos seja assumida por ambas as partes.

Posto isto, cura-se de insofismável importância compreender as razões que estão na origem do surgimento das prerrogativas exorbitantes que se edificam no *Arret Societe des granits porphyroides des vosges*, no ano de 1912

PODERES DE CONFORMAÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

Os poderes de conformação da relação contratual e, sobretudo, o poder de modificação unilateral ou pactuada que, aparece frequentemente associado sob a capa de “renegociação dos contratos PPP”, são constituintes imanentes à função administrativa. Estas especificidades exorbitantes, não raras, às vezes são relegadas para segundo plano, porquanto, a doutrina assinala uma maior propensão para a fase de formação dos contratos³⁵.

Ao longo deste estudo, aludiu-se à mutação paradigmática da administração que deixa de prestar directamente bens e serviços e passa tão-somente a regular e ou a gerir

³⁵ Neste sentido, Gonçalves, Pedro Costa, “*A gestão de Contratos em Tempos de Crise*”, Estudos de Contratação Pública II, Coimbra Editora I, pág 17.

esses mesmos bens e serviços. Deste modo, como ensina Pedro Gonçalves, “o conceito de administração ou de gestão de contratos públicos reporta-se exactamente à fase posterior à formação (e à celebração) do contrato, quer dizer, ao desenvolvimento da relação jurídica emergente de um contrato público”³⁶. Ora, este desenvolvimento da relação jurídica emergente dos contratos públicos consubstancia-se com os poderes de conformação, em particular os poderes de direcção, de fiscalização e de modificação dos contratos. Pelo facto de nos situarmos perante um contrato exigente de particular especificidade pois que se trata de uma associação entre entidades públicas e privadas, cura-se de especial destaque compreender se esta figura contratual configura um contrato administrativo para, ulteriormente, perquirir se tais contratos estão ou não sujeitos à administrabilidade e correlativos poderes. A este despeito, é imperioso chamar à colação o regime jurídico das PPP, o Decreto-Lei n.º112/2012 e o CCP. O respectivo decreto estabelece que a escolha procedimental obedece ao regime dos contratos públicos³⁷. Por seu lado, advoga ainda que os contrato PPP podem assumir, entre outros, contratos de concessão de fornecimentos contínuo e de gestão, precisamente contratos que se encontram no disposto do CCP³⁸. Por sua vez, este código propende para um conjunto de indicadores que nos permitem concluir se estamos ou não perante um contrato administrativo, de que ressalta a condição de se tratar de contratos celebrados, pelo menos, por um contraente público, de estarem submetidos a um regime de direito público, bem como de contratos que, por força do presente código, sejam qualificados como contratos administrativos, designadamente, contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de concessão de obras públicas, de exploração de bens de domínio público, de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços. Posto isto, não resultam dúvidas de que os contratos PPP configuram contratos administrativos e, como tal, sujeitos aos poderes de conformação da relação contratual.

Na verdade, como explicam Esteves de Oliveira e Pedro Gonçalves, tais poderes encontram a sua fundamentação de ser na própria lógica da função administrativa³⁹. A função administrativa encontra-se univocamente comandada pelo interesse público,

³⁶ Gonçalves, Pedro Costa “*A gestão de Contratos em Tempos de Crise*”, Estudos de Contratação Pública II, Coimbra Editora I, pág 17 ss.

³⁷ Art.º16 Decreto-lei n.º112/2012.

³⁸ Art.º13 CCP.

³⁹ Neste sentido, Oliveira, Rodrigo Esteves de, “*O acto administrativo contratual*”, *Justiça Administrativa* n.º63 Maio/Junho, e, Gonçalves, Pedro Costa, “*A relação jurídica fundada em contrato administrativo*”, *Justiça Administrativa*” n.º64 julho/Agosto.

objecto de dignificação constitucional⁴⁰. Nas palavras de Esteves de Oliveira, o interesse público encarado aqui em sentido estrito, de conteúdo positivo, como “atribuição cometida por lei a uma entidade, por cuja satisfação esta ficará responsável perante a colectividade”⁴¹. Nesta perspectiva, é decididamente o princípio da prossecução do interesse público que legitima a autoridade pública no contrato administrativo. Ora, a função administrativa torna-se cristalina justamente com o poder de modificação unilateral do contraente público que impõe a sua *autoritas* no contexto do contrato administrativo.

Não obstante, existem especificidades decorrentes do contrato administrativo. Desde já, por se tratar de um contrato a exigir um acordo de vontades. De facto, é hoje unânime que a administração actua através do contrato. Assiste-se, como preconiza Pedro Gonçalves, a uma actuação sistémica da “ administração por contrato”. Como se intui, a actuação administrativa pautada no contrato, abre caminhos a praticas civilistas em homenagem ao princípio da consensualidade. De acordo com Esteves de Oliveira, não pode negar-se a evidência de que “há no contrato especificidades decorrentes do facto de ele, além de definir, em obediência à logica do pacto, os direitos e obrigações das partes, se traduzir, simultaneamente, num instrumento ou mecanismo voltado para a prossecução de interesses públicos, ou seja, por ele estar presente a lógica da função”⁴².

Em suma, a lógica da função, protelada com a protecção do interesse público, é conjugada com a lógica do pacto, a exigir a defesa dos direitos e obrigações das partes. Acrescente-se, numa relação de complementaridade, pois o interesse público coexiste com a defesa dos interesses legalmente protegidos dos particulares. Em ultimo reduto, o interesse público é salvaguardado no contrato administrativo pela harmonização destas duas lógicas.

Uma vez descritas as razões que legitimam o uso das prerrogativas a mando da administração, expressivas de um propósito que contende com a protecção do interesse público, compreende-se que uma actuação administrativa ancorada tão-somente na lógica da sua função pudesse conduzir a resultados indesejáveis, arbitrários e despóticos com efeitos potencialmente lesivos para os interesses legalmente protegidos dos particulares. Recorde-se que, as PPP são contratos administrativos e que, por isso mesmo, além de

⁴⁰ N.º1,art.º266 da CRP

⁴¹ Oliveira, Rodrigo esteves de, “*O acto administrativo contratual*”, Justiça Administrativa n.º63 Maio/Junho , pág. 4.

⁴² Oliveira, Rodrigo esteves de, “*O acto administrativo contratual*”, Justiça Administrativa n.º63 Maio/Junho , pág. 3 e 4.

serem administrativos, fundam-se indubitavelmente num acordo de vontade. Daí que estes poderes, nomeadamente, o poder de modificação do contrato, estão sujeitos a limites, designadamente, ao respeito pelo princípio da intangibilidade do objecto e ao princípio da concorrência.

Dado o respectivo enquadramento doutrinal envolvente destes poderes, é altura de nos determos sobre os caminhos que a modificação contratual impende. No entanto, por questões restritivas e pela índole do estudo, não será objecto de reflexão, os restantes poderes conformativos da relação contratual, muito particularmente os poderes de direcção e fiscalização que constituem o supedâneo indispensável para a firmação da aludida modificação.

PODER DE MODIFICAÇÃO CONTRATUAL

Destarte, torna-se agora curial descortinar o poder de modificação unilateral ou pactuado e respectivos considerandos, que impõem uma reflexão precisa e profunda sobre esta prerrogativa exorbitante renascida do Direito Administrativo Francês, em 1902 pelo Conseil d'Etat Francês.

A título preliminar, sempre se dirá que a modificação do contrato pode ocorrer por vontade das partes, por decisão negocial ou arbitral, na impossibilidade de tal acordo ocorrer por via negocial, e por acto administrativo revelador da modificação unilateral a cargo da administração⁴³. Por outro lado, e porque nos situamos perante contratos PPP, *ex vi* contratos administrativos, tal modificação far-se-á por referência aos imperativos do interesse público a consubstanciar-se na logica da função administrativa. Mas, o poder de modificação conhece limites sob pena de coibir os fundamentos que presidem ao seu exercício. Compreende-se que uma prerrogativa, expressora de uma supremacia jurídica face ao cocontratante se, utilizada despoticamente, desconhecida do seu peso e medida, produzida num campo de livre-arbítrio e desconsiderando as barreiras que ao mesmo tempo a limitam e fundamentam, seria fortemente perturbadora da racionalidade teleológica do contrato que, na sua génese, privilegia uma solidariedade entre as partes e, em última instância, poderia igualmente pôr em causa a sustentabilidade do contraente privado, perigando a satisfação das necessidades colectivas. Morreríamos, por isso, da cura e não da doença. Referimo-nos, concretamente, aos limites decorrentes do princípio da

⁴³ Art.311 CCP.

intangibilidade do objecto do contrato e ao inusitado princípio da concorrência que, pela especial relevância temática e corrente jurisprudencial europeia a que assistimos hoje, será tratado em sede própria. Paralelamente, propulsora da defesa do contrato e dos interesses dos terceiros, à modificação unilateral ou pactuada sempre acrescerá ao cocontratante uma “compensação directa segundo critério de equidade” ou direito “à reposição do equilíbrio financeiro”, a traduzir-se, entre outros, na prorrogação correctora da vigência do contrato, na revisão do preço ou ainda no dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato. É, sobretudo este, o *nomen iuris* do poder de modificação, que se procurará dilucidar daqui em diante.

No decurso deste estudo, sempre se advertiu a importância que esta prerrogativa assumia no contexto da conformação da relação contratual inerente às PPP. Acentuou-se a decisiva influência que a matriz de riscos detém no contrato PPP, de tal modo que materialização de riscos que excedem os próprios riscos contratuais origina, a mais das vezes, o poder de modificação. É hoje unânime que grande parte destes contratos foram objecto de modificações unilaterais ou pactuadas logo nos primeiros anos de vigência em que o estado não anteviu nem previu, nas negociações, determinadas matérias. Assim, pela estreita proximidade ao privado, tais matérias não deveriam ser acopladas ao estado e, por conseguinte, os referidos clausulados contratuais tiveram de ser modificados. Refira-se, a este propósito, as negociações de portagens introduzidas nas ex scuts em que, de tais renegociações, advieram compensações e reposições do equilíbrio financeiro de que resultam, a título exemplificativo, pagamentos por disponibilidade e a própria manutenção da taxa interna de rentabilidade inicial fixa em 11 por cento.

Por tudo isto, é de insofismável importância compreender a relevância do poder de modificação no contexto conformativo porque nos inquieta a preocupação de saber se tal poder se produz por referência à sempre imanente protecção do interesse público.

No plano comunitário, não se deixará de referir a profunda importância que os acórdãos jurisprudenciais assumem no aperfeiçoamento deste poder conformativo, mormente, o acórdão de Pessetext, pelo especial rigor com que densifica os interesses de terceiros resplandecentes deste poder a concretizar-se no princípio da concorrência e pelos fundamentos que norteiam tal poder. Atente-se, desde já, que o instituto de modificação contratual está cuidado para o seu exercício a título excepcional, quer dizer numa

excepcionalidade justificada. A excelência do contrato administrativo reside na estabilidade da relação contratual porque a relação jurídica que se afigura inicialmente e revelação demonstrativa de maior *VfM* e sua sucessiva modificação pode degradar, em absoluto este último. Ademais, o uso abusivo desta prerrogativa, além de ofensivo aos princípios modeladores deste instituto, perigaria com o valor de concorrência e oneraria os encargos do estado porque tais alterações fundamentam uma reposição do equilíbrio financeiro ou uma compensação. Do mesmo modo, reflectir-se-á sobre a racionalidade imposta pelas novas directivas de contratação pública europeia, sobretudo, pelo especial enfoque à nova directiva concessões que influenciará o regime jurídico das PPP, pelas orientações que impõem na aceção de uma modificação substancial e na consagração como causa de rescisão contratual a dita modificação substancial. Tal influência decisiva é aventada justamente porque grande parte dos modelos PPP existentes em Portugal, agregam-se à técnica concessória.

FUNDAMENTOS OBJECTIVOS DA MODIFICAÇÃO

Como atenta o disposto no art.º312, a modificação objectiva pode ocorrer de duas situações distintas, considerando as especificidades das causas que os emanam. A este propósito, filia-se o pensamento de Pedro Gonçalves que entende, por uma questão de clareza dogmática, a distinção taxativa entre “a figura do poder de modificação unilateral imposta pelo contraente público – em face da modificação por alteração das circunstâncias”⁴⁴. Na verdade, os fundamentos que presidem ao poder de modificação precedem, como se referiu, de causas distintas, ainda que a mecânica inerente a estes mesmos desembocam em soluções semelhantes. Numa primeira abordagem, a alteração das circunstâncias radica numa mudança “nos pressupostos físicos, económicos e jurídicos da execução do contrato”⁴⁵. Quer dizer, decorre de um facto alheio, externo às partes, “anormal e imprevisível” de tal monta que torna inexigível a manutenção da relação contratual tal como se afigura inicialmente. Daí, que a efectivação deste poder se concretize numa revisão financeira a impor uma alteração das condições contratuais,

⁴⁴ Gonçalves, Pedro Costa, “*A relação jurídica fundada em contrato administrativo*”, *Justiça Administrativa*” n.º64 julho/Agosto pag.40.

⁴⁵ Gomes, Carla Amado, “*A conformação da relação contratual no código dos contratos públicos*”, *Estudos de Contratação Pública I*, pág. 543.

acalentando portanto uma modificação do contrato e/ou uma compensação financeiro, segundo critérios de equidade.

Por sua vez, a modificação unilateral *strictu sensu* comandada pelo interesse público, desenvolve-se fruto de uma causa subjectiva incindivelmente associada, passe a redundância, ao imperativo do interesse público. Interesse público, denotando aqui uma análise e evolução, repercutindo-se com necessidades novas ou uma reponderação das circunstâncias já existentes que presidiram ao escopo contratual. Deste modo, o exercício deste poder singular, cria na esfera jurídica do co-contratante, uma reposição do equilíbrio financeiro pois que a nova consideração do interesse público ou a sua reponderação, recrudescem numa modificação unilateral que, com isso, perturba o equilíbrio contratual, originando os efeitos advenientes do art.º282. Atente-se, desde já, que esta razão subjectiva decorrente, quer de necessidades novas, quer de ponderação das já existentes, exige precisão. Estes factores que fundamentam a modificação por razões de interesse público, devem ser teleologicamente imputados de acordo com a imprevisão. Assim sendo, só são consideradas necessidades novas, aquelas que não eram previsíveis à data da formação e celebração do contrato. Já na ponderação das circunstâncias existentes, a modificação do contrato apenas ocorrerá se apenas essas circunstâncias não existiam nem eram previsíveis à data de formação e celebração do contrato. Por outro lado, este fundamento só pode ser invocado pelo contraente público, justamente por imposição do acto unilateral, demonstrando o *ius imperium* da administração face ao particular, ao passo que a alteração das circunstâncias pode ser acordada por ambas as partes ou mesmo invocada pelo co-contratante, restando ao contraente público a possibilidade de contestação.

MODIFICAÇÃO POR ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

O instituto da alteração das circunstâncias surgiu no Direito Administrativo, profusamente influenciado pela tradição civilista presente no art.º437 do Código Civil. Apesar do enquadramento legal que hoje se lhes assiste, certo é que antes do CCP, já o direito de exigir modificação por alteração das circunstâncias se vivenciava no domínio administrativo, por força da significância universal do artigo presente no Código Civil supra referenciado. Ora, é *indubio* que os contratos já celebrados devem ser pontualmente cumpridos. Nisto se reconduz a regra histórica do “*pacta sunt servanda*”. Se assim não fosse, tal seria perigoso para o comércio e tráfico jurídico bem como para a estabilidade da

relação contratual, porquanto, seria desrazoável que, uma das partes, mediante uma qualquer circunstância, se desvinculasse da relação contratual a que estava adstrita. Não obstante, é manifesto que, as partes, na formação do contrato, compreendem um conjunto de representações fácticas sobre a realidade e circunstâncias que os radicam e que, por isso mesmo, impendem e estão na origem da assunção do vínculo contratual. Quer dizer, as partes, na celebração do contrato, contam com um conjunto de circunstâncias que estão na base do contrato e têm expectativa que se protelam no tempo para a estabilidade da relação jurídica. Posto isto, assumem riscos que, na sua génese, propendem a uma vantagem, ainda que da sua materialização possam advir prejuízos. É justamente neste contexto que se enquadra a cláusula *rebus sic stantibus*. No entendimento de Sêrvulo Correia, Lino Torgal e Fernandez Sánchez tal cláusula, resume-se na ideia de que “cada obrigação contratual depende da manutenção substancial das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, sem a qual a regra *pacta sunt servanda* pode ser afastada”⁴⁶.

Como tal, perante uma alteração anormal e imprevisível, faculta-se às partes, o poder de modificação do contrato, em virtude do facto gerador motivador da modificação. De facto, o fundamento deste poder, temperado com o princípio da boa-fé, exprime-se pela constatação de que, mediante uma alteração anormal e imprevisível, a manutenção de certas cláusulas contratuais, poderiam pôr em causa a sustentabilidade da relação jurídica e, no que ao direito administrativo se nos interessa, ser contrário ao interesse público, concedendo o nosso ordenamento uma excepção que confirma a regra do *pacta sunt servanda*, pois que as partes, no âmbito da sua liberdade contratual, não aceitariam celebrar um contrato que dele não tivessem a possibilidade ínfima de se desvincularem, por mais gravosas e danosas que fossem as circunstâncias supervenientes que se lhe ocorressem.

Como se observou, a alínea a do art.312 do CCP, tem nele ínsita a teoria da imprevisão. De acordo com Marcello Caetano, esta é uma expressão de um princípio geral de Direito Administrativo⁴⁷. A imprevisão explica-se pela exigência cognoscível de um acontecimento imprevisível de um facto estranho à vontade das partes que se influi na realidade contratual e que, portanto, modifica as circunstâncias em que as partes fundaram

⁴⁶ Correia, Sêrvulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, “ *Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública*”, Estudos de Contratação Pública, Coimbra Editora, pág.167.

⁴⁷ Caetano, Marcello, “*Manual de Direito Administrativo*”, 2.ª Edição, Lisboa, Pág. 513

a sua decisão de contratar e que, consecutivamente, perturba a execução contratual tal qual como se estipulara inicialmente. Como denota o articulado em análise, a teoria da imprevisão adaptada à matriz axiológica do Direito Administrativo e, colmatada pelo princípio da boa-fé, assenta ainda na exigência de a alteração anormal e imprevisível ter que exceder os riscos assumidos e estipulados no contrato. Caso contrário, não podemos, falar, com propriedade de modificação tendo por base a aludida alteração das circunstâncias porque falha um dos seus requisitos fundamentais. Uma vez cumpridos os requisitos do articulado em questão, o co-contratante terá a “modificação do contrato ou a uma compensação financeira segundo critérios de equidade”⁴⁸.

Descartado o primeiro fundamento previsto no art.º 312, reflectindo sobre os considerandos e pressupostos para a existência de uma alteração das circunstâncias sem, todavia, beliscar, nos limites descorrentes deste poder, crê-se de relevância para o presente estudo, aludir a uma questão controversa, a saber, sobre se a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, pensada para uma fase posterior à formação do contrato, pode valer igualmente para a fase pré-contratual. Esta problemática surge na sequência da recusa de um visto prévio pelo Tribunal de Contas no seu acórdão n.º160/09, a propósito da celebração de um contrato levada a cabo pela sub-concedente Estradas de Portugal, com vista à concepção, construção, manutenção, exploração, requalificação e alargamento da rede ferroviária do litoral oeste, em regime PPP. Centrando-se no cerne da questão, constata-se que, as versões finais da segunda fase do concurso eram, afinal, menos atractivas e vantajosas que as versões finais. Em rigor, tais propostas, pela depreciação apresentada, nem seriam chamadas à segunda fase de concurso. Sustentou a sub-concedente que, a depreciação das propostas finais resultaram do advento da crise financeira e internacional e, por conseguinte, alegavam alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias, reclamando à aplicação deste instituto à fase pré-contratual. Por seu lado, o tribunal de contas funda-se no entendimento jurisprudencial e doutrinal de que a aplicação deste instituto esta vocacionada para fase posterior à celebração do contrato, quer dizer, para a execução da relação contratual. É, em absoluto, esta problemática complexa que se procurará responder, através do confronto das teses que desembocam em soluções conflituantes entre si.

⁴⁸ Art.º314 do CCP

Para tanto, é imperioso trazer à colação os ensinamentos doutrinários dos insígnis administrativistas Sérvulo Correia, Lino Torgal Pedro e Fernández Sánchez, para quem a aplicação deste instituto é possível na fase pré-contratual. Os aludidos autores, começam por acentuar a decisiva influência que a teoria da imprevisão exerce no domínio *ius* administrativo, convocando uma interpretação teleológica de acordo com os princípios gerais que fundamentam o espírito do nosso ordenamento jurídico para o caso *sub judice*. De seguida, entendem que o prazo supletivo de manutenção das propostas, a consubstanciar o princípio da intangibilidade das propostas, findo do qual, a administração esta adstrita a concluir o procedimento com o acto de adjudicação, não esta aderente com a realidade dos contratos PPP, pois estes procedimentos, pelas suas especificidades, prolongam-se por vários anos⁴⁹. Como tal, propende para uma consideração do princípio da boa-fé no art.º65 do CCP para precisamente desvincular o cumprimento da obrigação de manutenção da proposta no caso de a adjudicação reincidir sobre essa mesma proposta. Nesta perspectiva, o mesmo autor, defende que, a questão decidenda não se subsume nos quadros do regime geral da contratação pública, porquanto nos deparamos perante um “vácuo intra sistemático”, não configurando uma causa de não-adjudicação, porque tais pressupostos na decisão de contratar, imanente aos imperativos do interesse público, dizem apenas respeito à entidade adjudicante e não ao presumível co-contratante e, no que ora a questão se nos afigura, tais pressupostos de decisão de contratar se mantêm e que, em ultimo reduto, tais propostas seriam sempre susceptíveis de adjudicação pelo que a revogação de contratar não tem aplicação nesta *vexata questio*⁵⁰. Deste modo, a solução oferecida pelo legislado far-se-á por referência à aplicação do instituto excepcional da alteração das circunstâncias. Tal aplicação que, afirme-se, não resulta de previsão de norma legal expressa, é solucionada com apelo à matriz axiológica do nosso ordenamento jurídico, a deixa antever uma aplicação com base numa racionalidade analógica, pela referência à clausula *rebus sic stantibus* e boa fé. Segundo os autores, estes pressupostos que, influem na construção edificante da alteração das circunstâncias, permitem a sua aplicação numa anterior à celebração do contrato. De acordo com os mesmos, não estando em questão uma causa de não adjudicação e, se não se aplicando o instituto de alteração

⁴⁹ Art.º65 do CCP, Correia, Sérvulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, “ *Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública*”, Estudos de Contratação Pública, Coimbra Editora, pág. 191.

⁵⁰ Art.º74 do CCP.

das circunstâncias nesta fase, sempre teria de se concluir pela obrigação de manutenção das versões iniciais que, uma vez perfeito o contrato, não configurariam uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias supervenientes já que a administração já que a administração detinha em si condições suficientes para aferir da viabilidade económica do contraente privado. Posto que, o contraente privado teria de resolver o contrato, sob pena de se encontrar numa situação económica difícil e incumprir o contrato ou, ao invés, as partes actuariam sob o poder de modificação unilateral em face das circunstâncias, desvirtuando a sua *recta ratio* pois que tais circunstâncias já eram cognoscíveis na fase pré-contratual pelas partes⁵¹.

Concluindo, os insubstituíveis autores preconizam uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias a concretizar-se uma partilha de prejuízos pela administração, pois que sua resolução não seria de molde ao interesse público, instado que esta na manutenção da relação contratual.

A *contrário sensu*, o tribunal de contas funda-se numa posição antagónica fase a tese supra referenciada. Entende que este acto de adjudicação violou indubitavelmente uma regra concursal, nomeadamente, o art.º 28 do progresso do concurso, a que a administração se tinha auto vinculado. Na verdade, esta regra impedia justamente a escolha das propostas finais em condições menos vantajosas e atractivas que as versões iniciais. Compreende-se a *recta ratio* que preside ao espírito desta regra, estipulada no programa de concurso que, no essencial encontra hoje o seu conteúdo normativo no art.º152 do CCP: ela visa, primacialmente, a maximização da satisfação do interesse público, sem descurar o princípio da concorrência, a fundamentar-se na igualdade e na não-discriminação pois que, se assim não fosse, estariam a admitir-se que, num primeiro plano, os candidatos apresentassem propostas iniciais atractivas para a administração e, num segunda plano, uma vez qualificados, os concorrentes seleccionados apresentariam propostas finais menos atractivas que as iniciais. A comprovar-se esta perspectiva, equivaleria a conceder um benefício ao contraente privado, fortemente contrário ao princípio da concorrência e da igualdade que deve ser recusado pelo nosso ordenamento jurídico. Ademais, tal regra concursal que foi estipulada livremente pela entidade pública adjudicante, não pode vir

⁵¹ Correia, Servulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, “ *Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública*”, Estudos de Contratação Pública, Coimbra Editora, pág.

agora a ser modificada durante a fase negocial. De facto, se a entidade pública adjudicante adopta uma regra de conteúdo mais exigente que, até então, nem havia sido prevista no CCP, por força do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, deve sujeitar-se a essas regras a que ela próprio se auto-vincolou. Quer dizer, o Tribunal de Contas filia-se no entendimento de Rebelo de Sousa, ao aduzir que “a Administração pode escolher, mas não pode modificar as regras do jogo a que obedece essa escolha”⁵². Paralelamente, cura-se do entendimento de Olazabal Cabral de que, “uma vez estabelecidas as regras concursais, tais não podem ser derogadas por ofensa ao princípio da necessária estabilidade das regras concursais, a privilegiar uma tutela das posições subjectivas dos concorrentes”⁵³. Mais que isso, o tribunal defende que a derrogação desta regra pode inquinar o procedimento adjudicatório, configurando uma invalidade jurídico-administrativa.

Relativamente à hipotética aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, o tribunal defende a sua aplicação excepcional a um âmbito perfeitamente delimitado, a circunscrever-se no decurso da execução da relação contratual. Significa, portanto, uma interpretação enunciativa, na ideia de que seria desvirtual a sua aplicação no, momento pré-contratual, pois que este instituto está vocacionado para o pós celebração do contrato. Abrir mão desta característica e aplica-lo a uma fase inicial da formação do contrato constituiria uma afronta grave ao princípio da concorrência, a refractar-se nos princípios da igualdade e da não discriminação, como inclusivamente este privilégio seria perturbador da segurança e certeza jurídica. Conclui, entendendo que, não nos encontramos perante uma lacuna jurídica e que o regime geral da contratação pública oferece uma resposta cabal a esta problemática. Sustenta, na esteira de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira que, o princípio da imodificabilidade do programa do concurso supra referenciado não significa que a administração está sempre obrigada à conclusão do procedimento a culminar com o termo de adjudicação. Pelo contrário, tal princípio “não significa que a administração não possa anular, retirar, ou desistir do procedimento, invocando para tanto uma causa de não adjudicação,” conforme já actualmente decorre do CCP, nomeadamente no art.º79⁵⁴.

⁵² Sousa, Marcelo Rebelo de, “*O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lex Edições Jurídicas, 1994, pág 71

⁵³ Cabral, margarida Olazabal, “*Concurso Público nos contratos Administrativos*”, Almedina, 1997, pag82

⁵⁴ Oliveira, Mário Esteves de e, Oliveira, Rodrigo Esteves de, *Concursos e outros Procedimentos de adjudicação Administrativa, das fontes às garantias*, Almedina, 1998, pag 136

Após a recusa de visto aos contrato inicial desta PPP, o Tribunal de Contas, em sede de recurso, acabou por o conceder, resultante de modificações nele introduzidas, justamente porque a crise internacional não tinha aderência com a taxa interna de rentabilidade do adjudicatário que, 2 fase, se apresentava superior.

De *data venio*, afigura-se que a alteração das circunstâncias só tem aplicação própria no momento pós celebração do contrato, isto é, após *termino* do procedimento a culminar com o acto de adjudicação. O princípio da intangibilidade das propostas, a projectar-se na estabilidade das regras do procedimento, assim o exige. A aplicação deste instituto que, constitui já de si uma válvula de escape, á fase embrionária pré-contratual, não seria de molde à protecção do interesse público e, fundamentalmente, seria contrária aos imperativos da concorrência e da não discriminação. Relembre-se que os contratos PPP são contratos a exigir uma pluralidade de intervenientes na consecução de o projecto. Quer dizer, são contratos exigentes de uma estreita colaboração com os parceiros privados em que estes, ao *animus* que lhes é naturalmente inerente e legitimado pela expectativa de remuneração, também não lhe são alheias preocupações em ordem à prossecução da satisfação do interesse público que, digamos assim, é o fulcro originário deste contrato. Pelo que, numa hipotética invocação de uma causa de não adjudicação, resultante da frustração da decisão de contratar, em que tais pressupostos só podem ter que ver com o interesse público, intervêm considerações relacionadas com o Value for Money e o princípio do comparador público que podem inviabilizar o contrato e concluir-se por outro tipo de provisão de bens e serviços face às condições aprestadas pela parte privada. Como se prevê, estas variáveis são profusamente influenciadas pelo comportamento da parte privada na implementação do projecto PPP, daí que, nos pressupostos da decisão de contratar confluem, ao imperativo da protecção do interesse publico, a própria viabilidade financeira do projecto de que subjaz a sustentabilidade do parceiro privado para que, no futuro, a administração não seja chamada a suportar encargos, desta feita, prejudicando, passe a redundância, a protecção do interesse público. Por outro lado, a intangibilidade das propostas deve sobrepor-se ao princípio do “favor do procedimento” porque tal princípio é expressão do princípio da concorrência. Este, além de se irradiar como limite à modificação do contrato *latu sensu*, aparece sempre a fundamentar um determinado tipo de procedimento. Este princípio, que cada vez mais se vai afirmando nas doughtas directrizes

comunitárias, adquire consagração legal logo no n.º1 do art.º4 do CCP⁵⁵. Assim, ora aparece a proibir certas condutas como impõe outras, ao que se projecta num objectivo claro da contratação pública de tal monta que, segundo Esteves de Oliveira, “ é a ela (a concorrência) que estes procedimentos se dirigem e é no aproveitamento das respectivas potencialidade que se baseia o sue lançamento”⁵⁶.

Finalmente, a aplicação deste instituto no decurso do procedimento concursal, seria nefasta ao princípio da segurança e tráfego jurídicos. Uma sua aludida aplicação, seria expressão de um racionalismo tecnológico e torpedeador das regras estabilizadoras do direito. Equivaleria a fazer passar tábua rasa sobre os princípios da contratação pública, nomeadamente, o princípio da igualdade e da não discriminação justamente porque no caso sub judice, tal hipotética aplicação, corresponderia a um prémio ou, se se preferir, um privilegio não justificado relativamente aos demais candidato. Alias, faria perpassar na ordem jurídica, projecções arbitrais em função de ditas exigências, subvertendo regras, pondo em causa, o estado de direito democrático. Ao que cumpre dizer-se que, nestes casos, a opção pelo um novo procedimento adjudicatório, revelar-se-á mais harmoniosa e ajustada no nosso ordenamento jurídico.

MODIFICAÇÃO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO

Analisadas as profundas implicações subjacentes, à modificação por alterações das circunstâncias, é altura de nos determos sobre o segundo fundamento que, prescreve, a dita a modificação *strictu sensu*: modificação unilateral por razões de interesse público. Não exige o propósito perquirir sobre a análise deste fundamento, uma vez que se já antecipou os passos constituídos deste poder, a exigir uma reposição do equilíbrio financeiro. O que verdadeiramente será alvo de atenção especial são as consequências que do exercício deste poder resulta a reposição do equilíbrio financeiro. Ora, a modificação unilateral exprime-se por acto administrativo, distinguindo-se dos demais modos de modificação objectiva do contrato. Neste sentido, vislumbra-se que o acto administrativo associado ao poder de modificação unilateral, quando as razões invocadas se prendem com o interesse público, é demonstrativo da função administrativa desta índole contratual.

⁵⁵ Directiva 2004/18/CE e Directiva 2009/17CE

⁵⁶ Oliveira, Rodrigo Esteves de, “*Princípios gerais de contratação Pública*”, Estudos da Contratação Pública I, pág. 65.

Assim, este poder de modificação unilateral investe no co-contratante o direito de reposição do equilíbrio financeiro. Esta reposição resulta do dito poder de modificação unilateral que, do seu exercício, torna a execução do contrato mais onerosa para o co-contratante. Note-se que esta prerrogativa é exercida já que a entidade pública mantém interesse na manutenção da relação contratual. Mas, a alavanca motivadora desta modificação reside no interesse público, ou melhor, nas palavras de Lopes Martins, num sempre “risco administrativo” associado a estes contratos⁵⁷. Ao contrário do que se vislumbra na alteração das circunstâncias, cujos circunstancialismos anormais e imprevisíveis acabaram por exceder os riscos previstos no contrato, potenciando a modificação, aqui o fundamento desta motivação é sobre se o contrato esta em conformidade com a evolução do interesse publico, a concretizar-se em novas circunstâncias de interesse público, ou ainda, na reponderação das circunstâncias já existentes.

Posteriormente, para que haja direito à reposição do equilíbrio financeiro, é necessário que se verifiquem, cumulativamente, os pressupostos descritos no n.º2 do art.º282 do CPP, designadamente: que o facto gerador do desequilíbrio não seja suportável pelo co-contratante, atenta a matriz de riscos prevista no contrato, que tal facto altere os pressupostos do valor das prestações a que o co-contratante esta adstrito e que, por fim, tais pressupostos fossem cognoscíveis pelo contraente público. Fundados os pressupostos que originam o direito de reposição equilíbrio financeiro, o legislador aduz um conjunto de medidas sobre as quais tal reposição se traduz, nomeadamente a “prorrogação correctora, a revisão de preços ou a sua assunção e o dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos”⁵⁸. A este respeito duas precisões se colocam. O legislador, ao estabelecer um regime excepcionalíssimo, admite que os contraentes possam materializar e regular estes direitos ao abrigo da sua liberdade contratual, abrindo caminhos para a discricionariedade. Acresce ainda que, estas consequências ligadas ao poder de modificação por razões de interesse público, também podem ser susceptíveis de aplicação à alteração das circunstâncias justamente porque a lei assemelha a mesma produção de efeitos a estes dois fundamentos, quando a alteração das circunstâncias seja invocada pelo contraente pública.

⁵⁷ Martins, Licínio Lopes, Estudos de contratação pública III, Coimbra Editores, 2010, pag339

⁵⁸ Art.º282 do CCP.

LIMITES À MODIFICABILIDADE DOS CONTRATOS

Referidos os fundamentos que norteiam a modificação objectiva deste tipo de contratos-modificação em face de alterações anormais e imprevisíveis e modificações imbricadas por razões de interesse público, é de salutar pertinência referir os seus limites para a correcta compreensão deste poder. Para tanto, é imperioso uma reflexão sobre os acórdãos do tribunal de justiça da união europeia, sobretudo, o Acórdão de Pressetex pois que estes densificam e precisam os princípios da intangibilidade do objecto e da concorrência. Estes dois princípios possibilitam-nos a compreensão da matriz comunitária, representam a barreira intransponível entre, por um lado a modificação de um contrato e, por outro, a adjudicação de um novo contrato camuflado, com base na pretensa modificação contratual. Destarte, desrespeitados tais limites, poder-se-á dizer que, estamos perante um novo contrato, violador do espírito da contratação pública que acalenta uma concorrência livre, esclarecida, pública e transparente e que, como tal, sujeito às vias de impugnação administrativa.

O princípio da intangibilidade do objecto compreende a primeira parte do enunciado do nº1 do art.º313: “ a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto”. Quer dizer, tal modificação terá de sujeitar-se ao objecto contratualmente previsto. Como adverte o Insigne Administrativista Freitas do Amaral, “a administração pode mudar o contrato, mas não pode mudar de contrato”⁵⁹. Cura-se agora de delimitar o limite em epígrafe. A este respeito, recorde-se a jurisprudência europeia para quem “ a modificação de contratos não pode permitir a sua reconstrução em termos de eles deixarem de corresponder às condições fundamentais ou essenciais que estiveram na base da sua escolha”⁶⁰ e, muito particularmente, o acórdão de Pressetext que, sem prejuízo importância dos demais, representa uma inovação porque se ocupa tendencialmente de aspectos adstritos à execução contratual, nomeadamente, à modificação de contratos.

Sumariamente, foi submetido ao tribunal de Justiça, um pedido de reenvio prejudicial a propósito de sete questões apresentadas pelo tribunal austríaco. A título expositivo, o estado austríaco celebrou um contrato de fornecimento com a principal

⁵⁹ Amaral, Freitas do, Curso de Direito Administrativo vol II, Pag 620

⁶⁰Nisto se mostra consentânea o Acórdão de 29 Abril de 2004 (comissão/CAS sushi di Fruta) acórdão de pressetex e Acórdão de 5 de Outubro de 2000, Comissão/França,

agência de imprensa austríaca, de que constava, entre outros clausulados, o serviço OTS. Em dois mil, a agência de imprensa austríaca constitui uma filial que detinha a cem por cento-APA-OTS que, justamente atribuía a cargo desta, o serviço OTS. Ainda em dois mil e um, o contrato foi objecto de modificações com o intuito de converter a remuneração contratual fixa em xelins para euros. Ora, uma empresa concorrente, a aludida Pressetext, propôs uma acção no tribunal, considerando que tais modificações eram representativas de facto, de novos contratos e, portanto, de novos contratos adjudicados, violadores de regras concursais.

É em absoluto, destas questões que o tribunal trata, fundamentando a sua decisão com base num critério útil, intimamente relacionado com a alteração substancial. Prefigurando-se uma alteração substancial, então não estamos perante uma modificação contratual mas sim, mediante um novo contrato, reclamando, por consequência, um novo procedimento adjudicatório. De seguida, no acórdão Pressetext, existe uma alteração substancial quando as modificações nele introduzidas apresentam “características substancialmente diferentes do contrato essencial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato”⁶¹. Paralelamente, segue o entendimento Jurisprudencial do acórdão da Comissão/CAS Sushi di Frutta, na ideia de que as entidades adjudicante gozam de possibilidade de adaptação do contrato inicial, contanto que tal modificação se mostre conforme ao ordenamento jurídico e não se arrogue numa alteração substancial. Da leitura do acórdão, o tribunal acabou por concluir que, tais questões não corresponderiam a alterações substanciais. Em rigor, estar-se-ia perante uma “reorganização interna do cocontratante” e não perante uma mudança do cocontratante capaz de perturbar a contratação público-comunitária e motivando novo procedimento adjudicatório. Por seu lado, a alteração do preço, ainda que condição essencial, não modifica o equilíbrio financeiro a favor do co-contratante, sendo encarada apenas como simples operação de ajustamento por causa decorrente da inclusão da moeda única.

Nesta perspectiva, o acórdão de pressetext, constitui pendor marcante na contratação pública comunitária e influenciou, decididamente, o conteúdo normativo presente no art.º313. Com efeito, como defende Tiago Duarte, a respeito da recusa de um visto prévio a um acordo que visava a modificação quanto à recolha e transportes de

⁶¹ Gonçalves, Pedro Costa, “Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato”, Justiça Administrativa n.º73 (Janeiro/Fevereiro),2008, pág. 14.

resíduos sólidos urbanos do Município de Sintra, “modificação que altera algum elemento que esteve na base do procedimento pré-contratual “ não é, por si só, *conditio sine qua non*, para impedir a modificação objectiva do contrato⁶². Pelo contrário, só a modificação descaracterizadora e desvirtuadora do contrato é que é limitativa do poder de modificação e, consecutivamente, a iniciar novo procedimento adjudicatório. Trata-se de realidades distintas e a modificação que altere alguns dos elementos de base do procedimento apresenta uma amplitude superior à modificação unilateral substancial, tornando, de resto, o exercício deste poder de difícil aplicação. O ilustre autor propende ainda que, no que concerne à modificação por razões de interesse público, afigurar-se-ia de difícil deslumbramento, uma modificação que não cotejasse com os parâmetros base que estiveram na base do procedimento.

Na verdade, o princípio aqui objectivado no normativo em questão, não está isento de dúvidas na praxis actual, pelo que a sua referência terá de ser interpretada teleologicamente, mobilizando para tanto a “norma-problema” para o concreto “caso-concreto”. Casos há em que, a prorrogação correctora se apresenta como resultante da sua reposição do equilíbrio financeiro como noutras, em que contraria o espírito concorrencial da contratação e, nessa medida, o limite à modificação dos contratos impede a efectivação do poder de modificação contratual seja ela unilateral ou pactuada. Tudo residirá, afinal, na interpretação da concreta questão em análise, sempre mais rica e de inúmeras particularidades que a densificação legal acompanhada pela doutrina lhes reconhece.

Finalmente, com propriedade referir o princípio da concorrência como limite a modificação contratual. A intangibilidade do objecto, de fundamental respeito para o exercício da modificação, acalenta e é fruto de uma compreensão clássica de Direito Administrativo que via no contrato administrativo apenas um negócio entre as partes, isolado da concorrência. Como tal, apenas interessava regular o exercício do poder de modificação unilateral, surgindo o princípio da intangibilidade do objecto como seu contra peso, isto é, como “protecção dos interesses do co-contratante”⁶³. No que concerne à modificação pactuada, esta não era objecto de tratamento especial, em parte, porque, além de ressaltar num acordo de vontades dos contraentes, a intangibilidade do objecto estava

⁶² Duarte, Tiago, “ *Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: O tribunal de Contas e os Limites à modificação dos contratos*”, Revista de Contratos Públicos, n.º3 pág 38.

⁶³ Gonçalves, Pedro Costa, “*Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*”, Justiça Administrativa n.º73 (Janeiro/Fevereiro),2008, pág. 14.

vocacionada para o poder de modificação unilateral. Ou seja, tal limite estava rigorosamente pensado para o conteúdo relacional *inter partes*, no caso de a entidade pública contratante dispor do poder de modificação unilateral.

Actualmente, esta compreensão clássica considerar-se ultrapassada. Os limites modificativos não mais se compaginam, unicamente, com os interesses do contraente privado. Neste sentido, os limites estendem-se a terceiros decorrentes do valor concorrencial que, como se referiu, cada vez mais se vai afirmando nos princípios comunitários e que adquire consagração legal na segunda parte do nº1 do art.º312. interessa também aqui privilegiar a concorrência para impedir situações de desigualdade e discriminatórias dos potenciais candidatos. Deste modo, para além da observância do “fim do contrato”, é in dúvida o respeito pelo inominável “fim da protecção da concorrência”⁶⁴. Contudo, o princípio da protecção da concorrência não deve ser absolutizado sob pena de contrariar o princípio constitucional da protecção do interesse público, neutralizando assim a missão administrativa. Estamos perante o princípio da concorrência na sua dimensão natural, a exigir o respeito pela concorrência mas acima de tudo, promovendo-a. Claro está que tal limite se não for respeitado, *in limine*, poderá resultar num novo procedimento adjudicatório.

Paralelamente, não pode deixar de se salutar o enquadramento legal dado pela directiva 2014/23/EU referente à modificação contratual. Pende para a definição de uma modificação substancial como uma alteração que torne a concessão materialmente diferente da concessão e, seguidamente, adjectiva um conjunto de conjunturas configuradoras desta modificação que a seguir se mencionam: condições que, se tivessem surgido no procedimento inicial da concessão, permitiriam a admissão de novos candidatos, condições que alterem o equilíbrio económico a favor da concessionária não previstas no contrato inicial e condições que alarguem o âmbito global da concessão.

Ressalta neste deambular de casos de modificação substancial, a expressa comunhão em torno do respeito pela concorrência. Alias, uma modificação nestes termos implica, novo procedimento adjudicatório e pode configurar causa de rescisão contratual. Por sua vez, esta directiva faz depender o exercício desta prerrogativa à sua existência

⁶⁴ Gonçalves, Pedro Costa, “Acórdão Priesstext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato”, Justiça Administrativa n.º73 (Janeiro/Fevereiro),2008, pág. 15.

prevista no contrato inicial bem como ao domínio da imprevisão, de resto linha uniforme aos sucessivos acórdãos jurisprudenciais. Por seu turno, a realização de obras e serviços adicionais não previstos no contrato inicial, não indicia motivo suficiente para a abertura de novo procedimento adjudicatório se tal mudança de concessionário acarrete” duplicação de custos” e “seja altamente inconveniente” para a entidade adjudicante. Paralelamente, a cessão de concessionário sem recurso a novo procedimento adjudicatório vivifica-se em moldes precisos e limitados. Para tanto, ela pode ser efectuada nas seguintes circunstâncias: necessário é, que tal mudança esteja prevista no contrato inicial; se se operar uma transmissão total ou parcial de posição concessionário fruto de operações de reestruturação e tal mudança não afecte a relação jurídica subjacente nem incorra em modificações substanciais nos termos da presente directiva; por fim o circunstancialismo de a autoridade adjudicante assumir as obrigações do concessionário para com os seu subcontratantes, desde que tal posição esteja prevista no plano legislativo nacional do estado-membro em questão.

Neste contexto, pode afirmar-se, com plenitude de sentido, a importância que o princípio da concorrência assume na contratação pública europeia. Este passa a ancorar como princípio basilar de toda a contratação em detrimento da protecção do interesse. Deste modo, pela decisiva marca que imprime na modificação contratual, em particular, na sacção de alterações substanciais no quadro rescisório, ter-se-á de se proceder a uma transposição para o nosso ordenamento jurídico das suas disposições iminentes que actualizarão o regime concessório no CCP e, reflexamente exigiram uma reforma no regime especial regulador das PPP. Por outro lado, o cunho que confere à modificação contratual, limitando-o, deixa antever que o espírito europeu privilegia a estabilidade da relação contratual, numa quase presunção de estabilidade dos contratos, Esta constatação, exigira uma reflexão cuidada e profunda sobre o exercício desta faculdade, tanto mais que, no nosso ordenamento jurídico, as modificações unilaterais aparecem como regra, logos nos primeiros anos de vigência dos contratos.

Natural é que a transposição desta directiva, a singularizar o valor da concorrência concilie, de igual medida, a protecção do interesse público pois que o regime jurídico PPP que, inevitavelmente sofrerá a força irradiante desta directiva, surge, para a consecução destes projectos por reverência ao interesse publico. Pretende-se, portanto, que a sua

transposição fundamental para o desenvolvimento destes contratos não perturbe o interesse público em detrimento da concorrência.

ARTICULAÇÃO DO PODER DE MODIFICAÇÃO COM AS ENTIDADES FINANCIADORAS: PROJECT FINANCE

Em rigor, ao longo deste estudo, sempre se salientou a exigência de avultados investimentos para a realização de projectos PPP, recursos esses que o sector público, a mais das vezes não dispõe. Daí a captação de investimento privado para a concreção dos seus desideratos e a transferência significativa de riscos do contrato para o parceiro privado.

É nesta perspectiva que surge o *Project Finance*, de tradição anglo-saxónica que constitui uma fonte de financiamento de um projecto público, mormente, as PPP que ora aqui se nos interessa, cuja única garantia reside nos *cash flows* estimados, vale dizer, pela capacidade do projecto gerar lucro suficiente para reembolsar e remunerar à taxa estabelecida, o capital mutuado pelas entidades bancárias. Desta forma, estabelece-se uma conexão íntima entre o contrato principal, objecto de PPP e o contrato dos capitais mutuados entre as entidades privadas e entidades bancárias/financiadoras. Assim, tendo como horizonte a rentabilidade do projecto principal, as entidades financiadoras procuram gerar lucro através da realização de mútuos com margens atractivas e também através da cobrança de serviços de assessoria.

Assinale-se que a realização destes projectos pressupõe como requisito a existência de financiamento bancário sem a qual estes projectos não se satisfazem. E como tal, a pressão por parte das entidades bancárias para com as entidades público contratantes e os contraentes privados, e, por demais, evidente. Nisto se mostra concordante, a introdução de portagens nas *ex scuts* e os aludidos pagamentos por disponibilidade, em que, fruto das negociações chegadas, o estado concedente aceitou manter a taxa interna de rentabilidade dos accionistas inicial fixa em onze por cento, ao passo que as negociações conduziram a um menor perfil de agravamento de riscos para o parceiro privado, cuja taxa interna de rentabilidade dos accionistas impunha uma redução para 9 por cento fruto dos pagamentos por disponibilidade. Esta negociação foi precedida de imposições pelas entidades financiadoras o que demonstra a fundamental existência destas para o desenvolvimento destes projectos.

Para consecução dos seus objectivos, esta técnica de financiamento exige a constituição de uma sociedade veículo justamente para beneficiar de autonomia patrimonial e assim evitar a intersecção de riscos.

Assim, resultante da crescente importância desta técnica face aos projectos PPP, sentiu-se a necessidade de regulamentar esta forma de financiamento privado dotada para fins públicos, particularmente pela exigente conformação de regras impostas pelo princípio da concorrência com as garantias exigidas pelas entidades financiadoras, instadas que estão em controlar a actuação do mutuário como o co-contratante no âmbito destes contratos.

Sem prejuízo dos demais instrumentos de protecção a mando das entidades financeiras que colocam na esfera do mutuário obrigações de *facere* e de *non facere* bem como obrigações de notificação e informação, essenciais para a monitorização do contrato PPP, assim como direitos de *step in step out* em previstos em situações de incumprimento grave pelo co-contratante para situações de sequestro e resolução-sanção, sempre se sobressaíra, pela especial pertinência com o tópico supra referenciado, os acordos endocontratuais e a potencial ocorrência de *events of default* no uso da prerrogativa modificativa unilateral do contrato.

Os acordos endocontratuais plasmados no art.º310 do CCP, conferem a possibilidade de o contraente público e o co-contratante, celebrarem acordos pelos quais substituam a prática, por aquele, de actos administrativos em matéria de execução do contrato ou que tenham por objecto a definição consensual de parte ou da totalidade do conteúdo de tais actos. Trata-se de um acordo que como esclarece Diniz de Ayala, concede ao contraente público a possibilidade de “manter a relação contratual pacífica, com redução do risco de litigiosidade”⁶⁵. Deste modo, a existência de tal contrato, permite, ao contraente público, utilizar a via consensual, em vez de impor unilateralmente uma modificação do contrato, sendo que os efeitos advenientes configuraram uma modificação objectiva por acordo das partes. Por seu lado, perante a não existência de acordo, ao contraente público não preclui a possibilidade de lançar mão do poder de modificação unilateral.

Este acordo assume-se de relevância em sede de modificação contratual justamente porque, como acordo que é, está sujeito às disposições iminentes do n.º3 do ar.º287 do CCP, na medida em que faz depender a eficácia modificativa ao consentimento

⁶⁵ Ayala, Bernardo Diniz de, “ *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo*, *Revista de Contratos Públicos*”, n.º2 (Maio-Agosto), pag 67

de terceiros de que se enquadram as entidades financiadoras. Assim, não obstante a manutenção pacífica da relação jurídica por via de acordo endocontratual, a verdade é que, dado o enquadramento legal, a produção de efeitos modificativos está dependente do consentimento por terceiros (entidades financiadoras). Esta dimensão permite sufragar a importância que as entidades financiadoras exercem no contexto de conformação da relação contratual porquanto a rentabilidade do projecto depende das quantidades mutuadas, daí a conexão íntima dos contratos de financiamento com o contrato administrativo.

Por seu turno, como instrumento de protecção das entidades financiadoras vislumbra-se a ocorrência do *event of default* traduzível num esquema de repartição de riscos entre as entidades financiadoras e o mutuário/co-contratante. Na *praxis*, a lista de *events of default* consubstancia-se numa forma de alocação de riscos ao mutuário/co-contratante e sua concretização cria na esfera jurídica das entidades financiadoras um conjunto de consequências que podem ser utilizados discricionariamente e que as protegem dos impactos negativos resultantes da sua produção. Ora, a mais das vezes, as entidades financiadoras assumem riscos do projecto mas associam a hipotética verificação a um conjunto de medidas que, digamos, as tornam imunes da sua materialização.

A lista de possíveis *events of default* é da mais variada índole. Apresenta um leque alargado de perturbações com origens e efeitos distintos mas cujo laço genético a todos eles é comum: podem perturbar a equação económica dos contratos de financiamento. Abrange, seguramente, situações de incumprimento imputável ao mutuário/co-contratante mas, de igual modo, compreende um conjunto de situações sobre as quais, em nada influi, o comportamento do mutuário/co-contratante. Este último compreende decididamente a modificação unilateral por razões de interesse público. Como se intui, quer-se de um poder sob qual o co-contratante não contém nem dispõe. Nessa medida, na senda de Diniz de Ayala, esta prerrogativa configura tipicamente um “potencial *evento of default*”⁶⁶. Potencial pois que a sua possível ocorrência, é susceptível de ser sanada resultante do direito de reposição do equilíbrio financeiro, cuja indemnização atende ao valor das prestações a que as partes se obrigaram inicialmente, curando-se aqui de uma interpretação extensiva precisamente para impedir que o mutuário co-contratante fique entre a espada e parede, resultante da modificação unilateral por razões de interesse

⁶⁶ Ayala, Bernardo Diniz de, “ *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo*, *Revista de Contratos Públicos*”, n.º2 (Maio-Agosto), pag 69

público e pela ocorrência de encargos e penalizações aduzidas no contrato de financiamento pela ocorrência de *event of default*.

A ocorrência destes eventos potencia justamente um conjunto de mecanismos para protecção destas entidades. Tal exercício é da inteira discricionariedade das aludidas entidades que são livres de os exercerem ou não e que, inclusive, podem cumular várias sanções face à mesma circunstância o que inequivocamente demonstra a posição de supremacia das entidades financiadores no contexto negocial. A este respeito, sublinha-se a inteira concordância com Canto e Castro, que entende que o “legislador deveria ter limitado o poder, fundamentalmente, discricionário, dos bancos financiadores na gestão dos seus contratos de financiamento.⁶⁷”. Na verdade, tal regulação invariavelmente conduziria a um reforço negocial por parte do estado e seguramente criaria projectos mais equilibrados sob ponto de vista de sustentabilidade e solvabilidade do parceiro privado. Aumentaria a eficiência destes contractos e impedia arrojados financiamentos porque a sua regulação potenciaría algum afastamento das entidades financiadoras na pressão adstringente na consecução e na execução da relação contratual. Ademais, estas consequências, que, não asseguram qualquer proporcionalidade, afiguram-se dúbias face à protecção do interesse público.

Destacam-se, entre outras, as seguintes reacções face à ocorrência de um evento of default: cobrança de juros de mora a partir da data em que tal evento se sucedeu, a nomeação de peritos e administradores a fim de garantir que o projecto é bem gerido, execução de garantia prestadas pelo mutuário e seus accionistas, exercício do direito step in que nas palavras de Pedro Gonçalves, “visa confortar a situação jurídica das instituições que suportam o financiamento do co-contratante”, e, por fim, a declaração de vencimento antecipado das obrigações do mutuário no âmbito dos contratos de financiamento, com o intuito de este proceder ao pagamento de todos os montantes que tenham sido desembolsados ao abrigo deste tipo de contratos⁶⁸.

Bem se vê a decisiva influencia que tais consequências podem relevar na esfera jurídica do mutuário/co-contratante, contendendo com a sua situação económico-financeira de tal monta que tais reacções podem por em causa a sustentabilidade do contrato

⁶⁷ Castro, João Canto “A Regulação das Parcerias Público-Privadas no Código Dos Contratos Públicos”, Revista de Contratos Públicos n.º4, janeiro Abril, 2012 pag 200

⁶⁸ Gonçalves, Pedro Costa, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Justiça Administrativa*” n.º64 julho/Agosto pag.46.

administrativo, daí o indelével cuidado que as entidades financiadoras devem assumir na produção destes efeitos e, ulteriormente, a exigência de regulação e limitação destas medidas supra referenciadas.

PARTILHA DE BENEFÍCIOS

Referidos os considerandos nucleares da modificação contratual e seus considerandos laterais, crê-se de insofismável importância expor, para compreensão da fenomenologia global da relação contratual, o regime da partilha de benefícios imposto pelo Decreto-Lei n.º111/2012. Dir-se-á, por maioria de razão, que tal regime, pela intersecção com o regime geral do CCP, já se impunha, justamente, às PPP. Mas, a sua dignificação neste novo Decreto-Lei, reveste um propósito claro: impedir absolutamente a concretização de benefícios-sombra. Tais benefícios, definíveis como benefícios não estipulados contratualmente, mas que acrescentam ganhos para o parceiro privado, sem qualquer contrapartida para o estado.

Este facto é notoriamente visível nos relatórios de auditoria do Tribunal de Contas que apontam, como indiciários de benefícios-sombra, designadamente, taxas de inflação reais superiores às que se encontram previstas no caso base, receitas acessórias não previstas no caso base assim como impostos reais inferiores ao caso base. Neste contexto, é apropriado aplaudir-se a clarificação imposta pelo presente Decreto-Lei.

Este regime, plasmado nos art.º45 e 21º do Decreto-lei, preconiza uma distribuição de benefícios, cuja regulamentação substancial é da incumbência do CCP. Aplica-se a todas as parcerias realizadas pelas entidades a que se refere o n.º2 do art.º2. De acordo com o art.º341 o parceiro público só terá direito à partilha de benefícios “sempre que ocorrer um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o co-contratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas”. Restabelece-se aqui um regime excepcionalíssimo, cuja *recta ratio* se compreende pois que a partilha de benefícios afigura-se de indiscutível atractividade para o parceiro privado, fundamentando a captação e interesse no envolvimento pela parte privada na implementação destes projectos. Por sua vez, este regime incentiva os parceiros privados a uma gestão diligente e eficiente porque de uma correta gestão podem lograr proveitos.

Destarte, o parceiro público terá de demonstrar a existência de um acréscimo anormal e imprevisível de benefícios financeiros do co-contratante. Ao mesmo tempo, terá

de provar que esse acréscimo não se deve a uma gestão eficiente e diligente de oportunidades criadas pelo parceiro privado. Caso não se prove a justa existência, o parceiro público não terá direito à partilha de benefícios.

RECOMENDAÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS E SUAS IMPLICAÇÕES NO DECRETO-LEI N.º111/2012: POSSÍVEL SUPRESSÃO?

Na verdade, expostos os quadros dogmáticos em que se consubstanciam as PPP, cujo presente estudo procurou entrelaçar como momentos capitais a alocação de riscos e a modificação de contratos, cura-se agora de perquirir sobre a *praxis* negocial deste modelo PPP. Em rigor, a génese desta figura contratual alternativa de provisão de bens e serviços, apresenta, *a priori*, vantagens de inegável dimensão. É seguramente um modelo que capta investimento privado para a prossecução de fins públicos, acrescentando ganhos de eficiência e um meio de o estado almejar infra estruturas de grande utilidade pública que, de outra forma não conseguiria alcançar, se recorresse à provisão de bens e serviços tradicional.

Não obstante, a consecução deste contrato e sua execução nem sempre objectivam e respeitam a aplicação de princípios imanentes ao regime jurídico das PPP, nem a *recta ratio* dos institutos que o compõem. É, em absoluto, esta dimensão prática que se procurará captar e dilucidar doravante. Ao mesmo tempo, cientes de que a prática é sensivelmente mais densa e rica que a teorização de critérios-norma, tornar-se-á fundamental encarar se tais erros/omissões, na feitura destes contratos foram colmatados pelo Decreto-lei n.º111/2012, perspectivando o caminho que se trilhará numa hipotética alteração e numa nova completude negocial pelo estado Concedente. No entanto, como adverte o Tribunal de Contas, “as alterações legislativas demonstrativas de aprendizagem não são por si só suficientes para uma justa estratégia integrada de riscos”, pelo que tal processo far-se-á por referência à pluralidade de intervenientes no processo PPP, pela constância de sentido estratégico e consciência do interesse público.

Para tanto, são imperiosas as recomendações do Tribunal de Contas, nomeadamente os relatórios de auditoria do Tribunal de Contas n.º 10/2008, n.º 15/2012, n.º 18/2013, restritos, respectivamente às PPP no sector rodoviário e no sector da

saúde. Com a mesma preeminência, as novas directivas de Contratação Pública Europeia, em particular, as directivas Concessão 2014/24/EU, pelo novo sentido que imprimem à modificação contratual.

Sem preocupações de exaustividade, perante a leitura impressiva dos relatórios supra referenciados, é possível aventar um conjunto de críticas que são transversais a todos os esquemas PPP e que atravessam a fase pré contratual até a própria relação contratual firmada.

Um dos aspectos merecedores de atenção é exactamente a ausência de comparador público na implementação de projectos PPP justificativos de *VfM*⁶⁹. A opção por este modelo é encarada, primeiramente como uma forma de financiamento e não como uma vantagem de projecto relativamente a outras formas de provisão de bens e serviços. Como se intui, tal entendimento revela-se redutor e poderá conduzir a um estreitamento do leque de opções de provisão de bens e serviços públicos aparecendo a PPP em primeira mão face à atractividade do investimento privado. Ora, o comparador público constitui o primeiro passo para a construção de uma matriz de riscos equilibrada. Embora a existência de riscos cingidos nas PPP sejam mais visíveis nestes do que na contratação tradicional, tais riscos não deixam de estar presentes nesta última. Por seu lado, a visibilidade destes mesmos riscos contribui para uma análise de custos benefícios a longo prazo. Permite aferir da sustentabilidade geracional destes contratos e possibilita um controlo efectivo dos encargos dos mesmos. No que contende com esta problemática, a E.P.S.A. sustentou, em sede de contraditório, no primitivo relatório de auditoria do Tribunal de Contas no sector rodoviário, a impossibilidade de se propender ao juízo do comparador público na medida em que a mesma não desenvolve projectos desta índole, vale dizer, a construção de auto-estradas por recurso à sua gestão directa desde os anos setenta⁷⁰. Contudo, tal não impede a configuração de um comparador público através da quantificação dos encargos estimados, caso se recorresse aos moldes de contratação pública tradicional, nomeadamente, a empreitada de obras públicas e perquirir, como ponto de partida, se tal opção é, em concreto, vantajosa para os interesses públicos. Ademais, a verificação do

⁶⁹ Neste sentido, relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º 10/2008 pág,40; relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º15/2012 pág, 21.

⁷⁰ Relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º 10/2008 pág,41

comparador público acrescentaria ganhos de eficiência ao domínio público e consolidaria aprendizagem de inegável importância para futuros contratos.

No que concerne ao sector da saúde, vislumbra-se a existência de comparador público ainda que tal comparação encontre limitações e condicionalismos próprios, pelo facto do estado ser pioneiro neste sector com este tipo de contratação⁷¹. Tal modelo PPP estrutura-se em torno da criação de infra-estruturas hospitalares e gestão dessas mesmas, a cargo de diferentes parceiros privados. O estudo de comparação com outras unidades hospitalares integradas no serviço nacional de saúde encontra-se numa fase inicial pela circunstância de o estado, nas unidades de saúde directamente geridas por si, ter de proceder a actualizações constantes dos contratos-programa no sentido de ajustar o volume da procura para aumentar a eficiência e, consecutivamente, diminuir os seus custos, ao passo que nas unidades em PPP, tal procura é imposta ou negociada pelo estado com os respectivos parceiros, daí a especial dificuldade na comparação destes modelos. Por seu lado, as variáveis em questão, nomeadamente, a qualidade do serviço são factores a ter em conta no estudo de comparação. Neste quadro, o decreto-lei n.º 111/2012, é determinante. Exige como pressuposto fundante de uma PPP, a configuração de um comparador público para a correta construção e compreensão deste modelo pelo que, em homenagem a este e às recomendações do Tribunal de Contas, qualquer implementação de PPP ter-se-á de preceder a um rigoroso estudo de comparação, demonstrativo de *VfM*, como *conditio sine qua non*, para a viabilização deste modelo.

Outro aspecto relevante enunciado pelo tribunal prende-se com a excessiva contratualização de consultores externos com dispêndio no erário público e a ausência de um sistema de reporte público⁷². Tais factos potenciaram assimetrias de informação e prejudicavam a exacta assunção de responsabilidade pela entidade Pública contratante com evidentes repercussões na monitorização do desempenho financeiro das concessionárias. Esta perspectiva é, de resto, unânime e consensual pelos intervenientes no processo PPP em sede de contraditório visível nos relatórios referidos anteriormente. Do mesmo modo, a gestão do *outsourcing* preconiza uma dependência excessiva de recursos humanos não contribuindo para a apologia do *know how*, para as aludidas *lessons learned*, fundamentais para a concertação de estratégias e para correcções futuras de erros do passado. Numa

⁷¹Relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º 18/2013 pág, 49

⁷²Relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º 10/2008 pág,24 e seguintes e pág 39

palavra: reforçar a competência negocial da entidade pública. A este propósito não pode deixar de se salientar a criação da unidade técnica de Acompanhamento das PPP bem como a criação de um sistema público de reporte, disponível em sítio da internet. A actuação desta entidade, dotada de autonomia administrativa, exercida no acompanhamento destes projectos e na progressiva conciliação de uma estratégia uniforme com as entidades intervenientes e fiscalizadoras, permitirá ao estado adquirir lições de aprendizagem. Tais propósitos concorrem, indubitavelmente, para acrescentar publicidade e transparência a estes projectos. Por seu lado, a sua disponibilidade permite criar uma consciência mais fundada acerca das características, finalidades e encargos com as PPP para a sociedade civil, há muito defraudada com o resultado destes contratos.

Por sua vez, estas falhas não favorecem uma adequada monitorização do desempenho dos parceiros privados e na própria execução contratual culminando, na maioria dos casos, em processos de renegociação das PPP. Aqui chegamos à problemática da modificação contratual. Este prisma deve ser reflectido criteriosamente, especialmente pelo realce dado à estabilidade da relação contratual quer pelas instâncias europeias, quer no plano nacional. Quer dizer, não se trata de uma prerrogativa estanque. Pelo contrário, exige, para o seu correcto exercício o conhecimento e a observância de uma matriz de riscos equilibrada e sustentada, em homenagem ao princípio da partilha de riscos e à efectiva transferência de risco. Ademais, este processo de renegociação que, insiste-se, de excepcional aplicação, obriga ao respeito inquebrantável dos limites modificativos pois que a sua negociação é efectuada sem a concorrência de outros candidatos.

Como adverte o Tribunal de Contas nos seus relatórios, a ocorrência de alterações unilaterais fundantes de processos de renegociação, ocorre nos primeiros anos de vigência. Esta vivência é uma realidade premente no sector rodoviário. Tal objecção é demonstrativa de uma ausência de comparador público e de uma adequada matriz de riscos e, sucessivas alterações unilaterais, mormente, no sector rodoviário, sem concorrência e, em presença regime de ajuste directo, podem conduzir a um desgaste do *VfM* almejado no caso base inicial⁷³.

No primitivo relatório n.º 10/2008, parte dos processos de reequilíbrio financeiros resultam de modificações unilaterais relacionadas com alterações legislativas, alterações de projecto e por fim, da não obtenção da declaração de impacte ambiental. Sobre este último,

⁷³ Relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º 10/2008 pág,44 e 52 e seguintes

aludiu-se à sua obtenção em momento prévio ao lançamento o que constitui uma alteração merecedora de elogio. Todas estas circunstâncias, sublinhe-se, não foram precedidas de prévia quantificação de encargos que naturalmente frustram propósitos de continuidade de gestão sustentada ao longo do ciclo da PPP. Por seu lado, a imposição de alterações unilaterais, exige particular acuidade na medida em que o estado, não só fica exposto a encargos directamente resultantes da obra como, adicionalmente, a outros riscos que terá de suportar. Ao mesmo tempo, os processos de reposição de equilíbrio financeiro atendem aos respectivos casos base iniciais, com o intuito de equilibrar a situação económico-financeiro do contrato. Sucede porém que o perfil de risco inicial é substancialmente mais elevado do que na fase execução da relação contratual. Como se intui, as concessionárias acabam por renegociar os seus contratos de financiamento, obtendo taxas mais favoráveis. Contudo, os casos base pelo qual são aferidos os montantes de reequilíbrio financeiro continuam a ser os iniciais. Cura-se aqui, como anota o Tribunal de Contas, numa mudança paradigmática pautada pela condução de processos de reposição do equilíbrio financeiro que tenham como referência os casos base actualizados, posição da qual se sufraga.

Sobre este ponto merecedor de especial ênfase, em que desemboca todo o arquétipo respeitante à modificação de contratos, deve aduzir-se uma consideração atinente sobre o novo modelo de financiamento do sector rodoviário e a renegociação de contratos nas ex scuts. Em síntese, tal modelo procurou uma aproximação de todos os contratos ao princípio utilizador-pagador. Preconizou-se a passagem das Estradas de Portugal, entidade pública empresarial, para sociedade anónima de capitais públicos e, por outro lado, assinalou-se a criação da contribuição do serviço rodoviário a constituir receita própria desta entidade. Tal receita é de referência dúbia na medida em que constitui um imposto e não satisfaz os requisitos do SEC 95, nomeadamente o facto de não cobrir cinquenta por cento dos seus custos de produção, sendo considerada não mercantil. O seu desígnio prende-se, unicamente, com constrições orçamentais dada a necessidade de retirar esta empresa da consolidação orçamental, para que a dívida não integrasse o apuramento do défice e da dívida pública. A comprovar-se tal constatação, o apuramento global do estado com os encargos previstos e vindouros, afigurar-se-á de difícil monitorização e acompanhamento precisamente pela desorçamentação desta empresa do âmbito das contas nacionais. Por seu lado, esta contribuição do sector rodoviário a constituir receita própria, tem como objectivo cobrir os pagamentos que se efectuam por disponibilidade do serviço

prestado às concessionárias ainda que não os consiga cumprir já que tais pagamentos são superior à aludida receita desta empresa que viu a sua dívida aumentar de 50 para 2000 milhões entre 2005 e 2010⁷⁴.

Neste contexto reformador, procedeu-se, em 2010, à renegociação das ex scuts com vista à introdução de portagens reais. O que se procurará explicar é se tal processo respeitou os limites modificativos contratuais. Este processo decorreu num plano negocial desfavorável para o estado concedente, fruto da crise financeira vigente, aproveitado habilmente pelas concessionárias que concluíram processos de reequilíbrio financeiro pendentes e aumentaram o seu volume de negócios, especialmente pela prestação de cobrança de portagens em regime de ajuste directo. A este propósito, as concessionárias alegaram para tanto, a existência de um direito de prestação de cobrança de portagens, indissociável do objecto concessório. Do mesmo quadrante, assinala-se a transferência para o parceiro público do risco da procura, que passa a beneficiar das receitas de portagem, em troca de pagamentos por disponibilidade, conferindo às concessionárias uma renda. Ora, perante esta forma de remuneração, seria expectável uma diminuição do perfil do risco inerente ao projecto decorrente da alteração do preço que recuasse a taxa interna de rentabilidade dos accionistas respectivamente de 11 para 9 por cento, como se vislumbra, de resto, no programa de subconcessões da EP,SA. Ora, era exigível que, face a uma negociação que conduziu a um menor perfil do risco nestes contratos, através da remuneração por disponibilidade, neutralizando o risco da procura em favor do parceiro privado, lhe sobreviesse uma redução das taxas internas de rentabilidade dos accionistas⁷⁵. Não obstante, tais taxas mantiveram-se inalteradas, exceptuando-se a concessão Norte, cuja taxa desceu de 11 para 5 por cento. Por outro lado, a renegociação teve como pano de fundo os casos base, nas situações em que as projecções de tráfego estavam acima do tráfego real (caso das concessões Costa da Prata e Grande Porto) e alinhados ao tráfego real nas situações em que este apresentava uma situação mais favorável em relação ao do caso base (Concessão Norte Litoral). Deste contexto negocial, as concessionárias acabaram por sair beneficiadas.

Simultaneamente, este processo de renegociação não foi objecto de uma partilha de benefícios. Já se anteviu a importância supra enunciada de uma partilha de benefícios

⁷⁴Relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º15/2012 pág. 26 e ss.

⁷⁵Relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º15/2012 pág. 54 e ss.

susceptível de impedir a ocorrência de benefícios sombra e, conseqüentemente, equilibrar a balança negocial destes contratos.

Finalmente, a questão que ora se coloca é se tais negociações respeitaram os limites modificativos. Crê-se, na existência de uma alteração substancial a concretizar-se na exacta substituição do risco de tráfego pelo risco da disponibilidade⁷⁶. A assunção do risco de tráfego pelo estado concedente, em troca de pagamentos por disponibilidade, permitiu anular, na praxis, o risco da procura, outrora partilhado, conferindo às concessionárias uma renda praticamente garantida. Tal modificação, se prefigurasse no contrato inicial, permitiria a abertura de potenciais concorrentes pelo que contende com o princípio da concorrência. Ademais, a alteração do preço pode subsumir-se, como atende a jurisprudência do Tribunal da União Europeia, numa alteração substancial. Esta modificação, a permitir a reconstrução dos contratos nos termos expostos, indicia novos contratos reclamando, por conseguinte, novos procedimentos adjudicatórios. De outro modo, atente-se à nova directiva Concessões que consagra, justamente, a alteração do equilíbrio económico da concessão a favor da concessionária, como alteração substancial e exigindo ulterior acto adjudicatório. Nisto se mostra consentânea a posição defendida pelo Tribunal de Contas na justa identificação destas negociações, de uma alteração substancial impeditiva da aludida modificação, exigindo novo procedimento adjudicatório.

Pelo exposto, cumpre constatar-se que a modificação contratual resulta, com valor de verdade, num ineficiente planeamento das PPP. No sentido desta nova directiva, nas recomendações do Tribunal de Contas, a modificação contratual não pode ser regra como se atenta na nossa realidade contratual. Pelo contrário, a sua aplicação conhece limites e deve ser utilizada excepcionalmente sob pena de coibir o *VfM* exigível nestes contratos. A estabilidade contratual assim o impõe.

No que respeita ao decreto-lei n.º111/2009, este regime preceitua, no art.º20, a prévia quantificação e qualificação dos efeitos financeiros estimados com o exercício deste poder. Mais, entende o n.º2 do referido artigo, a exigência de tal prerrogativa carecer de concordância dos membros responsáveis pela área das finanças se, de tal faculdade advier um acréscimo de encargo, salvo se o valor não exceder “1 milhão de euros brutos ou em termos acumulados 10 milhões de euros brutos, em valores actualizados”. Tal preceito

⁷⁶ Relatório de auditoria do Tribunal de Contas n.º15/2012 pág, 57

registra-se com valia, na medida em que faz depender da concordância dos ministros utilização desta prerrogativa e permite adquirir consciência dos encargos a assumir.

Em jeito conclusão, a temática sobre a modificação contratual deve ser objecto de reforma. Equivale a dizer: pela consagração da alteração substancial como indicativo de causa rescisória e pela densificação daquilo que constitui alteração materialmente diferente da do contrato inicial.

Ao mesmo tempo, as recomendações do tribunal de contas que há muito apontam para esta comunhão de propósitos com a União, impõem uma reflexão profunda a saber sobre se a sua contribuição para a moldura destes contratos e sua presença firme no contexto negocial não fundamentariam a criação de PPP melhores no futuro, conhecedora das condições e exigências de bancabilidade destes projectos.

CONCLUSÃO

O presente estudo académico procurou contribuir para uma visão alargada sobre este tema contratual de indelével sensibilidade e complexidade, quer pela pluralidade de intervenientes, quer pela relação familiar entre as PPP e os esquemas de financiamento privado destes projectos públicos, com particular destaque para o *project finance*.

Paralelamente, acentuou-se a decisiva influência da jurisprudência do Tribunal da União Europeia, que reflexamente se impõe às parcerias e que, em muito, dignificam e densificam os limites modificativos contratuais. Pese embora o facto de existirem mecanismos de *soft law* reguladores desta figura, tal não obsta, nem impede a tomada oficial da posição no que concerne a estes contratos, pela força expansiva dos princípios de Direito Comunitário subjacentes. Crê-se, aliás, que, fruto do desenvolvimento assistido em homenagem às novas Directivas de Contratação Pública, não se fará esperar uma regulamentação conformadora das parcerias público-privadas sob a égide do Direito Europeu. Não obstante, pela especial proximidade destes contratos com o modelo concessório, a Directiva 2014/23/EU influirá o regime jurídico das PPP, bem como o CCP, particularmente, pelo novo paradigma que impõe na conformação da relação contratual. Nesta perspectiva, a transposição destas directivas reformará quer o regime especial, quer o regime geral dos contratos PPP e conduzirá a uma afirmação plena do princípio da concorrência no momento pré-adjudicatório bem como na execução da relação contratual. Contudo, tal processo desenvolver-se-á, atendendo aos comandos da protecção do interesse

público que, no que concerne às PPP, as fundamenta, as conduz e, de ultima *ratio*, as rescinde.

Constata-se, de grosso modo, a técnica concessória como instrumento primordial da concretização destes contratos no nosso país. Por sua vez, a génese desta figura, a privilegiar a consecução do interesse público, através da associação entre entes públicos e entes privados, deve ser o núcleo caracterizador deste contrato. As restrições orçamentais e o conseqüente financiamento privado destes projectos devem conformar a moldura das PPP, e não fundamentar a adopção deste tipo contratual porque tal desiderato seria contraproducente e, inevitavelmente, acabaria por afunilar os métodos de contratação pública resumindo-os apenas a um, pela atractividade inicial inerente à captação do investimento privado. Seria desvirtuar a *recta ratio* do comparador público que constitui o primeiro passo fundante na construção de uma PPP e deve ser criteriosamente definido. Só através do crivo deste momento constituinte, se conseguirá almejar a tão aclamada contratação auto sustentada, sem necessidade de encargos adicionais e não contemplados no contrato. A importância deste comparador, demonstrativo de *VfM*, deve ser observado como requisito fundamental, supedâneo indispensável para a construção, desenvolvimento destes projectos.

Do mesmo modo, sustenta-se, como momento capital, a adopção de uma matriz de riscos perfeitamente equilibrada sob ponto de vista da sua alocação à entidade com mais competência para o sustentar e suportar a sua materialização, observados os requisitos consagrados no art.º7 do Decreto-Lei n.º111/2012. Todavia, sempre com a marca de água plasmada nestes contratos: transferência significativa de riscos para os parceiros privados. Compreende-se a relevância que esta matriz assume ao longo do ciclo de vida de uma PPP e, no seu envolvimento com inúmeras variáveis, como a taxa interna de rentabilidade dos accionistas. Sobre este ponto, saliente-se o risco da procura que, ora é partilhado pelos contraentes público e privado, ora é assumido, na íntegra, pelo contraente privado. Cura-se de um risco fundante dos contratos PPP porque, na maioria das vezes, a transferência deste, em sede de modificação contratual pode, conduzir a alterações substanciais do contrato, daí o rigor e cuidado na alocação deste risco em momento próprio. *À priori*, pela optimização de recursos e pelo domínio de eficiência característicos dos privados e sua monitorização e “preparação no terreno”, deve ser assumido pelo parceiro privado. Mas recorde-se, que o projecto PPP também visa incentivar os parceiros privados no

envolvimento dos negócios desta índole que passa, em absoluto, pelo estabelecimento de uma matriz de riscos atractiva. É, sobretudo esta dialéctica que o estado terá que ter em mente nesta feitura negocial, tendo sempre como horizonte a realidade contratual subjacente e a sua capacidade de monitorização enquanto detentor deste risco.

Sobre o poder de modificação contratual, já se sugeriram as implicações futuras que aí se anteveem. Na verdade, a *praxis* negocial demonstra que, a modificação contratual pode constituir factor indiciário de um ineficiente planeamento destes contratos, tanto mais que, este processo ocorre nos inícios de vigência contratual. É adequada, a prévia quantificação dos encargos previstos nas alterações contratuais como atenta o disposto no decreto-lei. Pese embora o esforço deste decreto, sobressai a necessidade de uma reforma que desenvolva as traves mestras deste instituto que passa, indiscutivelmente, pela transposição da Directiva relativa aos contratos de concessão, mormente, a sua densificação daquilo que se entende por alteração substancial e na limitação conformadora deste poder. A consagração da alteração substancial como causa rescisória, também merece aplauso e denota percepção daquilo que administração pode fazer: mudar o contrato mas não mudar de contrato. Por sua vez, revela-se conforme com as exigências do princípio da concorrência, implicando se, for caso disso, novo procedimento adjudicatório. Estas considerações são reveladoras de um intento claro: promover um exercício desta prerrogativa em moldes limitativos e excepcionais. Deste modo, a nova configuração desta faculdade exigida pela nova directiva, permitirá, inclusivamente, um maior rigor e detalhe no planeamento e estruturação das PPP, e privilegiará, de forma prospectiva, uma matriz de riscos mais eficiente e concertada, fundamentando a estabilidade da relação contratual. Este novo modelo marcará, sem sombra de dúvidas, o paradigma negocial vigente e influenciará consideravelmente a feitura do contrato.

Relativamente às técnicas de financiamento concertadas no *project finance*, conclui-se a tremenda importância que assume na configuração de uma PPP. Pela necessidade de financiamentos avultados, os projectos PPP recorrem a entidades financiadoras. Assim, a ligação entre o contrato administrativo e os contratos de financiamento assenta numa relação de quase dependência e subordinação. As entidades financiadoras consideram o seu investimento reembolsado e remunerado através da rentabilidade do projecto e, desta configuração, interessa-lhes a continuidade da relação jurídica tal como se afigurou inicialmente. Como tal, perante uma modificação contratual

e, nomeadamente, de uma alteração unilateral, importar salvaguardar os capitais mutuados, propulsores de lucros, accionando, para o exposto, um conjunto de possíveis medidas penalizadoras sob égide dos aludidos *events of default*, designativos de, determinado tipo de ocorrências que podem ser influenciadas ou não pelo comportamento do co-contratante/mutuário.

Ocorrências essas, que o co-contratante/mutuário ora controla, ora não controla como resulta de resto com a modificação unilateral por razões de interesse público. Importa asseverar que, apesar da reposição de equilíbrio financeiro implicar a reposição das prestações a que as partes se obrigaram inicialmente e, nessa medida, permitir a salvaguarda dos direitos e interesses das entidades financiadoras, o conjunto de reacções penalizadoras a mando das entidades financiadoras é amplíssimo e absolutamente discricionário. Estas reacções podem seguramente por em causa a situação económico-financeira do contraente privado, que podem, em último reduto, frustrar a sustentabilidade do contrato administrativo. Como se não bastasse, alia-se a esta apreciação complexa, a posição de supremacia das entidades financiadoras, dotadas de capacidade técnica e negocial e caracterizadas pela sua exigência e inflexibilidade. A este propósito, sustenta-se a exigência de regulamentação destas hipotéticas consequências atributivas dos contratos de financiamento através de um seu exercício concertado e proporcional. Alias, esta regulamentação reforçaria a componente negocial do estado e impedia a consecução de projectos arrojados. E, no âmbito da modificação contratual, o comportamento das entidades financiadoras sempre seria mais cauteloso e comedido e não tanto inflexível.

No que diz respeito à partilha benefícios consagrada no art.º45 e detalhada, procedimentalmente pelo ar.º21 do Decreto-lei 111/2012, apresenta uma consideração digna de registo. Este regime que fundamenta uma partilha de benefícios e incentiva o parceiro privado a uma gestão diligente, procurará colmatar benefícios-sombra, aproveitados pelos parceiros privados. Embora já estivesse previsto pelo CCP, a sua dignificação neste regime especial, denota a percepção e importância que o legislador aduz a estas matérias. Assim, nos processos de equilíbrio financeiro devem ser contemplados factos susceptíveis de possibilitar uma repartição de benefícios, o que constitui uma determinação e uma lição de aprendizagem há muito apontadas pelo Tribunal de Contas.

Por tudo isto, crê-se que estes factos e todas as possíveis soluções ora elencadas, influenciadas, quer pela nova directiva, quer pelas recomendações do tribunal de contas,

sem descurar a evolução legislativa que para já se centra no Decreto atrás referido, contribuíram para uma afirmação plena do Estado no papel conformativo destes contratos.

BIBLIOGRAFIA

- Amaral, Freitas do, *Curso de Direito Administrativo* vol II.
- Ayala, Bernardo Diniz de, “ *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo, Revista de Contratos Públicos*”, n.º2 (Maio-Agosto)
- Azevedo, Maria Eduarda, “*As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de Governação de Uma Nova Geração Publica*”, Almedina,2009.
- Bronze, Fernando Pinto, “*Lições de Introdução ao Direito*”, Coimbra Editora, 2010
- Cabral, margarida Olazabal, “*Concurso Público nos contratos Administrativos*”, Almedina, 1997
- Cabral, Nazaré da Costa, “*As Parcerias Público-Privadas*”, Cadernos IDEFF, nº9, Almedina, 2009.
- Campos, Diogo Duarte, “*A escolha do parceiro privado nas parcerias Público-Privadas*”, Coimbra Editora, Abril 2010.
- Campos, Diogo Duarte, “*Parcerias Público-Privadas institucionais e duplo(triplo) concurso*”, Estudos de Contratação Pública II, Coimbra editores, 2009
- Castro, João Canto “*A Regulação das Parcerias Público-Privadas no Código Dos Contratos Públicos*”, Revista de Contratos Públicos nº4, janeiro Abril, 2012.
- Duarte, Tiago, “ *Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: O tribunal de Contas e os Limites à modificação dos contratos*”, Revista de Contratos Públicos, n.º3.
- Gonçalves, Pedro Costa, “*A gestão de Contratos em Tempos de Crise*”, Estudos de Contratação Pública II, Coimbra Editora I
- Gonçalves, Pedro Costa, “*A concessão de serviços públicos*”, Almedina, Coimbra 1999.
- Gonçalves, Pedro Costa, “*A relação jurídica fundada em contrato administrativo*”, *Justiça Administrativa*” n.º64 julho/Agosto.
- Gonçalves, Pedro Costa, “*Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*”, *Justiça Administrativa* n.º73 (Janeiro/Fevereiro),2008.

- Gonçalves, Pedro e Oliveira, Rodrigo Esteves, “*Associações municipais de distribuição de electricidade*”, Colecção de Direito Público e regulação nº1, Coimbra Editora, 2001.
- Gomes, Carla Amado, “*A conformação da relação contratual no código dos contratos públicos*”, Estudos de Contratação Pública I.
- Martins, Licínio Lopes, Estudos de contratação pública III, Coimbra Editores, 2010.
- Oliveira, Rodrigo Esteves de, “*Princípios gerais de contratação Pública*”, Estudos da Contratação Pública I
- Oliveira, Rodrigo esteves de, “*O acto administrativo contratual*”, Justiça Administrativa n.º63 Maio/Junho
- Oliveira, Mário Esteves de e Oliveira, Rodrigo Esteves de, em *Concursos e outros Procedimentos de adjudicação Administrativa, das fontes às garantias*, Almedina, 1998,
- Pombeiro, António, *As PPP/PFI – Parcerias Público Privadas e sua Auditoria*, Colecção Auditoria, Áreas e Editora , Lisboa, 2003.
- Varela, João Antunes, “*Das Obrigações em Geral*”, Vol II, 10 edição
- Sousa, Marcelo de Rebelo, “*O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lex Edições Jurídicas, 1994
- Sérvulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, “*Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública*”, Estudos de Contratação Pública, Coimbra Editora Vieira, Pedro Siza, “*O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas*”, Estudos da Contratação Pública-I, Coimbra Editora, 2008
- Vieira, Pedro Siza, “*O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas*”, Estudos da Contratação Pública-I, Coimbra Editora, 2008.

JURISPRUDÊNCIA

- Decreto-lei n.º 111/2012.
- Código dos Contratos Públicos.
- Código dos Contratos Públicos Anotado
- Constituição da República Portuguesa
- Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
- Código do Processo e Procedimento Administrativo.
- Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas 2004.
- Comunicação Interpretativa sobre Parcerias Público-Privadas .
- Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE.
- Directiva 2014/24/EU
- Directiva2004/18/CE
- Directiva2014/25/EU
- Acórdão de 29 Abril de 2004 (comissão/CAS sushi di Fruta).
- Acórdão de pressetex e Acórdão de 5 de Outubro de 2000.
- Acórdão Comissão/França.
- Acórdão Pressetext.
- Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas n.º 10/2008.
- Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas n.º 15/2012
- Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas n.º 18/2013
- Acórdão do Tribunal de Contas n.º160/09