

REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Nº 25

DIRETOR

Pedro Costa Gonçalves

DIRETORES-ADJUNTOS

Licínio Lopes Martins

Bernardo Azevedo

CONSELHO DE REDAÇÃO

Paulo Otero

Pedro Costa Gonçalves

Filipa Urbano Calvão

Licínio Lopes Martins

Bernardo Azevedo

Ana Raquel Moniz

SEDE DA REDAÇÃO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

Pátio da Universidade 3004-528 COIMBRA

CONSELHO CIENTÍFICO

Carlos Carvalho

Cláudia Viana

João Amaral e Almeida

Margarida Olazabal Cabral

Maria João Estorninho

Rodrigo Esteves de Oliveira

Rui Medeiros

Sérvulo Correia

Vasco Moura Ramos

Vieira de Andrade

Vital Moreira

CONSELHO CONSULTIVO

Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P.

Associação Nacional de Municípios Portugueses

PROPRIETÁRIO

CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação

Pátio da Universidade | 3004-545 Coimbra

Telf: 916 205 574 | E-mail: cedipre@fd.uc.pt

NIPC: 504736361

EDITOR

Edições Almedina SA

Rua Fernandes Tomás, 76-80 | 3000-167 Coimbra

www.almedina.net

DISTRIBUIÇÃO

Edições Almedina SA

Rua Fernandes Tomás, 76-80 | 3000-167 Coimbra

www.almedina.net

ISSN 2182-164X

Depósito Legal n.º 325 782/11

N.º de registo na ERC: 126035

Estatuto Editorial disponível em www.cedipre.fd.uc.pt

Número de tiragem:

Impressão e acabamento:

Data: Janeiro, 2021

revista de contratos públicos

Doutrina e Comentário

Regime de formação de contratos de concessão – a articulação entre o CCP e o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23.05)

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO

Professor Auxiliar da FDUL e Investigador do CIDP
Advogado

Resumo: O presente artigo versa o regime de formação dos contratos de concessão no direito português. Reconhecendo o carácter diversificado da figura e a possibilidade de distinguir, para efeitos de regime de formação, “concessões tradicionais” de “concessões PPP”, procede-se, primeiro, à determinação dos âmbitos de aplicação do Código dos Contratos Públicos (enquanto regime geral da contratação pública), e do regime jurídico das PPP (Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio), abordando, depois, as especificidades do regime de formação em cada caso.

Palavras-chave: *concessão, parceria público-privada (PPP), regime de formação do contrato, Código dos Contratos Públicos, Decreto-Lei n.º 111/2012.*

Abstract: *The article approaches the legal regime for the procurement of concessions in Portuguese law. The plural nature of concessions and the distinction between “traditional concessions” and “PPP concessions” is acknowledged. Therefore, the article proceeds, first, with the definition of the scope of the general procurement rules (Public Contracts Code) and the specific regime for PPP (Decree Law nr. 111/2012, of 23 May), and then focuses in the specific aspects of the procurement of concessions in each case.*

Keywords: *concession, public private partnership (PPP), procurement rules, Public Contracts Code, Decree Law nr. 111/2012*

1. Introdução e sequência

1. O ordenamento jurídico português apresenta, hoje, uma variedade assinalável de instrumentos que permitem a associação de particulares à

realização de atividades de interesse e natureza pública. Entre esses instrumentos, encontra-se o contrato de concessão. O destaque e relevância que apresenta em cada momento é, como se sabe, variável, mas as suas características específicas (complexidade, longa duração, encargos avultados, associação a infraestruturas e serviços essenciais para o funcionamento da sociedade e da economia) justificam que, por entre essa variação, se trate de um instrumento que sempre tem merecido uma posição especial no direito administrativo, ao ponto de ter influenciado (segundo alguns autores, em demasia) a estruturação e o regime de categorias gerais deste ramo do direito, desde logo, a categoria do contrato administrativo¹.

A concessão foi, entretanto, em tempos mais recentes, objeto de um processo que podemos considerar relativamente comum, e que consistiu na receção de figuras e modos de pensar diferentes da sua matriz inicial, que acabam por dar origem a realidades normativas não totalmente diferentes, mas também não totalmente coincidentes, com as realidades de partida². Foi o que sucedeu com a receção de figuras e modos de pensar provenientes do universo anglo-saxónico – as figuras da “parceria público-privada” e da metodologia de “project finance” – que, deslocadas dos seus espaços de origem para os direitos de matriz europeia continental, vieram ocupar um espaço no qual já existiam determinadas figuras jurídicas³, como a concessão, que assim se veem sujeitas a uma reutilização, reaproveitamento, sistematização e, também, evolução e reconfiguração⁴. Assim, a metodologia PPP contribuiu para

¹ Sobre este ponto, mais recentemente, e por todos, Mário Aroso de Almeida, *O Problema do Contrato Administrativo – no quadro normativo decorrente do Código dos Contratos Públicos* revisto, Coimbra: Almedina, 2018, *passim*, em especial, pp. 13-18, 30-31, 109 ss.

² No sentido de essa ser a razão pela qual surgem, atualmente, como categorias autónomas (pelo menos, nas fontes), as de “contrato administrativo” e de “contrato público”, veja-se Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 42 ss., 124 ss.

³ Claudio Contessa, “PPPC: Modelo generale”, in Maria Alessandra Sandulli/Rosanna De Nictolis (Orgs.), *Trattato sui Contratti Pubblici*, Vol. V, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 207-228, p. 207. Referindo-se à conciliação, no ordenamento português, das duas influências nesta matéria (francesa e anglo-saxónica), Bernardo Diniz de Ayala, “O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de *project finance*”, *Revista de Contratos Públicos*, (2), 2011, pp. 55 ss., p. 57.

⁴ Identificando a importância da figura das PPP na diversificação e autonomização de vários subtipos de concessões, diferentes, em diversos aspetos, das concessões “clássicas”, designadamente ao nível de fórmulas de remuneração e perfis de risco diferenciados, Lino

que, a par dos modelos clássicos de remuneração da concessão, decorrente apenas da exploração, surgissem modelos com fontes mais diversificadas de receita, como os pagamentos por disponibilidade feitos pelo concedente⁵; em outros sistemas, como o francês, desenvolvimentos relativos ao alargamento do objeto das concessões também se filiam, aparentemente, numa tentativa de reagir ao “modelo concorrente anglo-saxónico” das parcerias⁶.

Em termos operativos e muito visíveis, este movimento traduz-se no surgimento de diversos níveis regulatórios com relevância para a figura da concessão. A par de regras gerais aplicáveis aos contratos de concessão, surgem outras, que têm aplicação (em alguns casos, afastando as primeiras) a contratos de concessão com determinadas características e enquadramento, que colocam estes contratos sob a égide do regime das PPP⁷. Passa, assim, a poder falar-se em PPP como operações com certos traços distintivos dos

Torgal/João de Oliveira Geraldês, “Concessões de atividades públicas e direitos de exclusivo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, (IV), 2012, pp. 1095-1127 (aqui, 1102-1107).

⁵ Notando esta evolução, de forma muito clara, com exemplo no sector da saúde italiano, Veronica Vecchi, “Partnership Pubblico Privato: The Way Forward”, in AA/VV, *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano: Giuffrè, 2017, pp. 175-198, pp. 183-184; e com idêntica referência, a propósito do sector da Saúde mas também das concessões rodoviárias, Lino Torgal/João de Oliveira Geraldês, “Concessões de actividades públicas e direitos de exclusivo”, p. 1106.

⁶ Olivier Lafitte, “Les concessions multi-activités: le droit du XXI^e siècle!”, *Contrats Publics*, (173), 2017, pp. 66-69, refere-se a uma decisão do Conselho de Estado na qual se abandonou a ideia (tradicional no direito francês) segundo a qual uma concessão apenas pode ter por objeto uma atividade unitária (como a gestão e exploração de um único serviço público). O autor chega mesmo a afirmar, a partir desta novidade (que relaciona com o incremento da sustentabilidade financeira de projetos complexos), a existência de um “novo direito das concessões”, capaz de retomar o protagonismo que a concessão teria perdido face à metodologia PPP.

⁷ Sendo relevante notar que, entre nós, o tipo contratual mais comumente associado às PPP de tipo contratual é, precisamente, o contrato de concessão – notando-o, Mark Kirkby, “O diálogo concorrencial”, in Pedro Gonçalves (Coord.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 275-326, p. 282; João Canto e Castro, “A regulação das parcerias público-privadas no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, (4), 2012, pp. 177-201, p. 180; Pedro Leite Alves, “Reflexões sobre o regime legal das PPP”, *Revista de Contratos Públicos*, (6), 2012, pp. 5-20, p. 12; Nuno Cunha Rodrigues, “A experiência com parcerias público-privadas em Portugal”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, (1), 2015, pp. 177-189, p. 181.

“contratos administrativos tradicionais”⁸, sem que isso signifique, porém, uma distinção mutuamente excludente, já que as concessões continuam a ser o *instrumento de suporte* de muitas PPP (embora não o único). Antes, o que isto significa é que passam a existir duas categorias de concessões: as concessões “tradicionais”, e as concessões que constituem o suporte de uma PPP e que, por isso, ficam sujeitas ao respetivo regime, bastante diferenciado; ou, numa outra expressão com o mesmo sentido, já utilizada na doutrina, a concessão de obra ou de serviço assume, quando configure uma parceria público-privada, uma “versão mais sofisticada”⁹. Como é evidente, a abordagem destes temas, no contexto de um escrito como o presente, tem de permanecer precavida contra aspetos cientificamente irrelevantes: não se trata de identificar modalidades “superiores” ou “inferiores” de concessão, mas de constatar e compreender uma distinção que os ordenamentos têm vindo a consagrar¹⁰.

A realidade que descrevemos, e que hoje é indesmentível, quer no panorama português, quer em outros ordenamentos (como o italiano¹¹ ou o

⁸ A expressão é de Alexandra Leitão, “Parcerias Público-Públicas”, in Eduardo Paz Ferreira/Nuno Cunha Rodrigues (Coords.), *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 11-39, p. 12.

⁹ Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2020, p. 107. Lino Torgal/João de Oliveira Galdes, “Concessões de actividades públicas e direitos de exclusivo”, p. 1105, também apontam essa maior sofisticação, resultante do contributo do modelo de *project finance* para a identificação e alocação detalhada dos diferentes riscos e encargos do projeto entre as partes, algo que não estava presente nas concessões tradicionais.

¹⁰ De facto, o intérprete deve precaver-se para não ser envolvido em considerações de natureza ideológica, ou em interesses corporativos, que por vezes acompanham certos institutos. Neste caso, estudar o instituto das PPP não significa perfilhar a carga ideológica que ele muitas vezes traz consigo, a qual, a bem da objetividade, deve ser denunciada, porque é cientificamente irrelevante. Trazendo prevenções úteis a este respeito, veja-se Adriano Chaves Valente, “Financiamento e Execução de Projetos de Infraestrutura em Parceria Público-Privada”, in Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (Coord.), *O Novo Direito Administrativo Brasileiro. O Público e o Privado em Debate*, vol. 2, Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 97-149, 102-103.

¹¹ No direito italiano, esta evolução é especialmente visível nas opções plasmadas na lei: o *codice dei contratti pubblici* de 2016 (*d.lg.* de 18 de Abril de 2016, n.º 50, sucessivamente alterado) dedica a sua parte III (artigos 164 a 178) às concessões, e logo depois, na parte IV (artigos 179 a 199), regula as PPP (bem como outras figuras próximas, menos relevantes), mas de uma forma que assume, notoriamente, o paradigma concessório. Isto é bem evidente no artigo 179, n.ºs 1 e 2, já que dessas normas, como conclui a doutrina, se retira que as PPP

brasileiro¹²), merece, assim, ser objeto de estudo que a apreenda de forma global. É esse o objeto do presente trabalho, que se centra na delimitação do âmbito dos diferentes regimes aplicáveis às concessões, e, feita essa delimitação, na análise dos regimes de *formação* desses contratos – ou seja, não se abordam, aqui, a não ser lateralmente, questões referentes ao regime substantivo do contrato.

À relevância teórica das questões que aqui se pretende abordar, e que só por si justificaria esta abordagem, acresce o facto de ser hoje significativo o número de PPP, em resultado da reconfiguração do modelo económico do país nas últimas décadas¹³. Mesmo que figuras como as PPP tenham, entre nós e em outros países, sido associadas a certas “derivadas orçamentais” que

se regem, em princípio, pelo regime definido para as concessões – cf. Luca Geninatti Satè, “Artt. 179-181”, in Luca R. Perfetti (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici Commentato*, 2.^a ed., Milano: IPSOA/Wolters Kluwer Italia, 2017, pp. 1452 ss., p. 1452. O mesmo fundo comum se deteta no artigo 180, n.º 8, que elenca um conjunto de contratos que o legislador entende reconduzirem-se à noção de PPP e que incluem o “project finance” (tratado como tipo especial no direito italiano), a “concessão de construção e gestão”, a “concessão de serviços”, a “locação financeira de obras públicas”, o “contrato de disponibilidade” e “quaisquer outros modos de realização em parceria de obras ou serviços que apresentem as características” previstas no próprio artigo 180. A equivalência que o direito italiano aparentemente estabelece entre PPP e concessões é tão intensa, que alguma doutrina lhe aponta a crítica de ser uma equiparação excessiva, que perturba as diferenças específicas entre diferentes figuras – cf. Sandro Amoroso, “Regolazione e programmazione delle infrastrutture”, *Urbanistica e Appalti*, (1), 2019, pp. 46-50, p. 50.

¹² O artigo 2.º da Lei n.º 11.079, de 30 de Dezembro de 2004 (sucessivamente alterada), que regula as parcerias público-privadas, refere mesmo que “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. Por outro lado, estabelece-se uma diferença entre estas concessões patrocinadas e concessões administrativas (“concessões PPP”) e as “concessões comuns”, reguladas pela Lei n.º 8.987/95. Sobre isto, André Luiz Freire, “Comentários aos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei das PPPs”, in Augusto Neves dal Pozzo/Rafael Valim/Bruno Aurélio/André Luiz Freire (Coords.), *Parcerias Público-Privadas. Teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*, Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 15-50, pp. 23 ss. e 38 ss.; Cristiana Fortini/Gabriel Fajardo, “Um olhar histórico-constitucional sobre as concessões de serviço público e as parcerias público-privadas: surgimento e incentivo”, in Maria Sylvia Zanella di Pietro/Fabricio Motta (Coords.), *O Direito Administrativo – Nos 30 Anos da Constituição*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 213-226.

¹³ Nuno Cunha Rodrigues, “A experiência com PPP em Portugal”, p. 177.

Para uma indicação atualizada do universo das PPP em execução em Portugal, veja-se o último relatório trimestral da UTAP, de Agosto de 2020, disponível em https://www.utap.gov.pt/Publicacoes_utap/Boletim%20Trimestral%20PPP%201T2020_final.pdf.

fizeram com que tenha perdido algum do favor de que gozou inicialmente¹⁴, não é impossível que o esforço de recuperação económica no atual contexto de pandemia global (escrevemos neste atípico e trágico ano de 2020) se traduza num aumento do recurso a metodologias de natureza concessória e/ou à celebração de novas PPP em áreas que estão na primeira linha de prioridades, como a mobilidade, a transição energética, a saúde, o combate às alterações climáticas ou a habitação, partindo do princípio de que o investimento público direto não conseguirá dar resposta a todos os projetos a realizar. De facto, se a metodologia PPP tem sido utilizada, sobretudo, para preencher o “*gap* infraestrutural”¹⁵, a verdade é que os anos mais recentes criaram novas necessidades de infraestruturas, de perfil diferente do que até aqui sucedia em resultado de alteração de prioridades e de movimentos de mobilidade, de consumo e de trabalho das pessoas. Essa reconversão ou reorientação dificilmente prescindirá de novas instâncias de recurso a esta metodologia de captação de financiamento privado.

O presente estudo desenvolve-se em quatro partes. Depois desta Introdução (1), cumpre analisar o modo como hoje se delimita o campo de aplicação do regime geral de contratação pública (constante do Código dos Contratos Públicos), e do regime geral das parcerias público-privadas (constante do Decreto-Lei n.º 111/2012), notando a maior abrangência do primeiro face ao segundo (2). Em seguida, analisar-se-á o regime de contratação pública, propriamente dito, das concessões, no direito vigente, diferenciando entre o regime geral da contratação pública e as especificidades decorrentes da aplicação, a algumas concessões, do regime das PPP (3). Terminaremos com uma breve nota conclusiva (4).

Existe também um (autónimo) relatório trimestral de concessões (cuja última versão, reportada ao quarto trimestre de 2019, está disponível em https://www.utap.gov.pt/Publicacoes_utap/Boletim%20Trimestral%20Concess%C3%B5es%204T2019.pdf).

Note-se, porém, que se o relatório relativo às PPP pode dizer-se um relatório exaustivo sobre as parcerias sujeitas ao regime específico das PPP (que são as PPP estaduais ou de entidades estaduais), o relatório relativo às concessões não é, naturalmente, exaustivo no panorama global da administração pública portuguesa: basta dizer que dele estão excluídas todas as concessões celebradas pelas autarquias locais.

¹⁴ Sophie Nicinski, “La notion de marché de partenariat”, *Contrats Publics*, (159), 2015, pp. 24-29, p. 24.

¹⁵ Veronica Vecchi, “Partnership Pubblico Privato”, p. 175; Edoardo Ferrero, “Affidamento di concessioni e società di progetto”, *Urbanistica e Appalti*, (2), 2020, pp. 153-161, p. 153.