

O NOVO REGIME DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: VISÃO GERAL

Mark Kirkby / Gisela Andrade (www.contrataçãopública.pt 23/05/2012)

Foi recentemente publicado no *Diário da República* o Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, que, concretizando compromissos assumidos no Memorando de Entendimento celebrado com a «Troika» («MoU»), veio introduzir modificações significativas no regime jurídico aplicável à preparação, lançamento, execução e alteração de parcerias público-privadas («PPP») de âmbito estadual, até agora regulado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho. Importa dar conta das linhas mestras no novo regime.

Alargamento do âmbito de aplicação

Uma primeira nota para assinalar o alargamento do âmbito subjetivo de aplicação do regime, passando a incluir-se na definição de “parceiros públicos” sujeitos ao diploma todas as empresas públicas [artigo 2.º, n.º 2, alínea d)] e não apenas as entidades públicas empresárias (“EPE”) como sucedia até aqui. O âmbito subjetivo foi ainda alargado às entidades constituídas pelo Estado, entidades públicas estaduais, fundos e serviços autónomos ou empresas públicas com vista à satisfação de necessidades de interesse geral [artigo 2.º, n.º 2, alínea e)]. É notório o propósito do legislador em delimitar as entidades abrangidas traçando um paralelo com a noção comunitária de «organismo de direito público», constante do artigo 2.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, por “necessidades de interesse geral” deve entender-se as atividades que beneficiam diretamente a coletividade, por oposição aos interesses individuais ou de grupo.

Prevê-se, no entanto, no artigo 24.º um regime especial para as empresas públicas com carácter comercial e industrial que lancem PPP sem apoios/financiamentos ou garantias, direta ou indiretamente, prestadas pelo Estado, cujos custos daí decorrentes não sejam suscetíveis de afetar, direta ou indiretamente, a dívida pública, e cujas contas não sejam consolidadas com as do sector público administrativo. Para este efeito, esclarece o n.º 4 do referido preceito que se considera que a empresa pública tem carácter comercial ou industrial quando a sua

atividade económica se submete à lógica do mercado e da livre concorrência, à semelhança da definição dada pelo artigo 2.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos, a propósito dos «organismos de direito público».

Também o âmbito objetivo de aplicação do diploma, que identifica os instrumentos através dos quais se podem instituir PPP, é alargado às subconcessões de obras públicas e de serviços públicos (artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b)].

Em sentido inverso, passam a estar especificamente excluídos do referido âmbito objetivo de aplicação as (i) concessões de sistemas multimunicipais de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos, e as (ii) concessões atribuídas pelo Estado, através de diploma legal, a entidades de natureza pública ou de capitais exclusivamente públicos [artigo 2.º, n.º 5, alíneas b) e c)].

Por último, importa notar que, apesar de terem sido mantidos os limiares de «encargo bruto para o sector público» e de «montante de investimento envolvido» a partir dos quais as parcerias estão sujeitas ao regime legal aprovado, para efeitos da avaliação dos «montantes de investimento» passam agora a ser também considerados os custos de manutenção, de conservação, de reparação e de substituição de bens afetos à parceria (artigo 2.º, n.º 6), já que a não contabilização destes elementos era muitas vezes um expediente de subtração das PPP ao regime anteriormente vigente.

Controlo reforçado das decisões do parceiro público, quer na fase de lançamento quer na fase de execução, sob o ponto de vista da comportabilidade orçamental e relação custo-benefício

Outra das grandes novidades do novo regime prende-se com as exigências adicionais que são impostas ao lançamento e modificação das PPP, tendo em vista um maior controlo dos efeitos financeiros e orçamentais decorrentes desta modalidade de contratação, em linha com as diretrizes constantes do MoU.

Neste âmbito, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, para além dos pressupostos que já se previam para o lançamento de uma PPP, passa agora a ser também necessário um conjunto de outros requisitos, dos quais se parecem destacar os estudos dos impactes orçamentais previsíveis [alínea b)], as análises de sensibilidade em termos

de procura e de evolução macroeconómica [alínea b)], as análises custo-benefício [alínea f)] e a elaboração de uma matriz de partilha de riscos [alínea n)]:

Note-se, a este respeito, que o controlo financeiro e orçamental não se limita ao lançamento de uma PPP, estendendo-se também às fases de execução e modificação dos contratos que as instituem. Assim, prevê-se no artigo 20.º, n.º 1, a obrigatoriedade de, previamente a qualquer decisão unilateral do parceiro público que seja suscetível de fundamentar um pedido de reposição do equilíbrio financeiro do contrato em causa, se estimarem os efeitos financeiros decorrentes dessa determinação e verificar a correspondente comportabilidade orçamental.

Por outro lado, manteve-se a obrigatoriedade de os ministros responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa se pronunciarem favoravelmente sobre decisões públicas que impliquem um acréscimo de encargos para o sector público superior em termos anuais a € 1.000.000,00, ou em termos acumulados a € 10.000.000, valores atualizados, mas passando a exigir-se esse despacho prévio também para os casos das decisões que comportem uma redução de encargos para o parceiro privado (artigo 20.º, n.º 2).

Criação da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos

Com o propósito de reforço dos mecanismos de controlo orçamental e financeiro é criada na dependência direta do Ministério das Finanças uma nova Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (artigo 34.º), dotada de autonomia administrativa (sem autonomia financeira), que passa a assumir de forma centralizada tarefas que anteriormente eram confiadas a diversas entidades do sector público ao nível do acompanhamento na preparação, desenvolvimento e execução de processos e contratos de parceria (artigo 35.º).

Tal como resulta do preâmbulo do referido diploma, a criação desta entidade tem em vista dotar o Estado de uma unidade técnica profissional e especializada em matérias jurídico-financeiras, que tem como principal missão participar na preparação, desenvolvimento, execução e no acompanhamento global de processos de PPP, prestando o necessário apoio técnico especializado ao Governo e a outras entidades públicas.

Ao mesmo tempo que fica assegurada uma gestão pública coordenada e centralizada dos processos de parcerias, o funcionamento da unidade técnica

pretende reduzir os encargos orçamentais com o recurso a consultadoria externa, prevendo-se ainda a possibilidade de os parceiros públicos poderem solicitar o seu apoio técnico na gestão de contratos e de grandes projetos que não sejam necessariamente enquadráveis no conceito de PPP (artigo 36.º).

A importância da Unidade Técnica e, por via indireta, do próprio Ministério das Finanças, no quadro das PPP está ainda patente no facto de caber àquela entidade designar o presidente e a maioria dos membros que compõem a «equipa de projeto» a quem compete preparar o lançamento de cada PPP (artigos 9.º e 10.º), quando no regime anterior os Ministros das Finanças e da tutela sectorial designavam, cada um deles, metade dos membros que iriam compor a respetiva equipa, nomeando conjuntamente o coordenador. O mesmo se passa com a designação dos membros dos júris dos procedimentos de formação dos contratos que instituem as parcerias (artigo 17.º) e com as comissões de negociação que sejam constituídas com vista à reposição do equilíbrio financeiro ou à renegociação dos contratos de PPP (artigos 21.º e 22.º).

A Unidade Técnica assume ainda um papel central ao nível do controlo da execução dos contratos de PPP, estando incumbida de informar o membro do Governo responsável pela área das finanças da situação económico-financeira dos contratos de parcerias e da sua evolução, bem como de identificar situações suscetíveis de contribuir para um eventual agravamento do esforço financeiro do sector público [artigo 35.º, n.º 2, alíneas l) e m)].

Outras alterações

Para além das principais alterações introduzidas no regime das PPP acima enunciadas, podem ainda destacar-se as seguintes:

Adaptação do regime das PPP ao Código dos Contratos Públicos, ficando resolvida (pelo menos aparentemente) a questão da articulação entre ambos os regimes, que havia gerado alguma controvérsia aquando da publicação do Código (artigos 2.º, n.º 7, 15.º, n.º 1 e 45.º);

Admite-se que os interessados possam concorrer sem que as suas propostas estejam acompanhadas de pacotes de financiamento, como sucedia até aqui, através da apresentação das engagement letters (artigo 15.º, n.º 2).. Esta parece ser uma alteração dramática e inteiramente inovadora, por via do qual o sector

público pode separar a componente de financiamento e colocá-la à concorrência, já depois de ter adjudicado uma determinada proposta. Ficou, porém, por regular de que forma é que tal poderá acontecer;

Obrigatoriedade de publicação de diversos documentos respeitantes às PPP numa plataforma da Unidade Técnica, pretendendo-se com isso, tal como indica o preâmbulo, que os processos sejam mais transparentes (artigo 33.º);

As entidades que prestam serviços à Unidade Técnica ou ao parceiro público ficam impedidas, no âmbito do mesmo projeto, de prestar serviços ao parceiro privado ou a entidades que se apresentem como concorrentes, sob pena de tal poder constituir fundamento de exclusão de candidatura ou proposta apresentadas no âmbito do procedimento tendente à adjudicação da parceria (artigo 43.º).