



COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 30.4.2004
COM(2004) 327 final

LIVRO VERDE

**SOBRE AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E O DIREITO COMUNITÁRIO EM
MATÉRIA DE CONTRATOS PÚBLICOS E CONCESSÕES**

(apresentado pela Comissão)

ÍNDICE

1.	<i>A evolução da parceria públicoprivada: factos e desafios</i>	3
1.1.	O fenómeno da “parceria público-privada”	3
1.2.	O desafio do mercado interno: assegurar o desenvolvimento das PPP em condições de concorrência efectiva e de clareza jurídica.....	5
1.3.	Objecto específico e plano do presente Livro Verde	8
2.	<i>A PPP puramente contratual e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões</i>	9
2.1.	Fase de selecção do parceiro privado.....	10
2.1.1.	Parceria de tipo puramente contratual: acto de adjudicação qualificado de contrato público.....	10
2.1.2.	Parceria de tipo puramente contratual: acto de adjudicação qualificado de concessão	11
2.2.	Questões específicas relativas à selecção de um operador económico no âmbito de uma PPP de iniciativa privada.....	14
2.3.	Fase posterior à selecção do parceiro privado.....	15
2.3.1.	Enquadramento contratual do projecto	15
2.3.2.	Subcontratação de certas tarefas	18
3.	<i>A PPP institucionalizada e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões</i>	19
3.1.	Constituição de uma parceria implicando a criação de uma entidade <i>ad hoc</i> em que participam conjuntamente os sectores público e privado.....	19
3.2.	Controlo de uma entidade pública por um operador privado.....	21
4.	<i>Observações finais</i>	23

1. A EVOLUÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: FACTOS E DESAFIOS

1.1. O fenómeno da “parceria público-privada”

1. As parcerias público-privadas (a seguir designadas pela sigla PPP) não se encontram definidas a nível comunitário. É uma expressão que se refere, em geral, a formas de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço.
2. De um modo geral, as PPP caracterizam-se pelos seguintes elementos:
 - A duração relativamente longa da relação, que implica a cooperação entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado sobre diferentes aspectos de um projecto a realizar.
 - O modo de financiamento do projecto, assegurado em parte pelo sector privado, por vezes através de complexas montagens jurídico-financeiras envolvendo os diversos intervenientes. Aos financiamentos privados podem, todavia, acrescentar-se financiamentos públicos, por vezes de montantes assaz significativos.
 - O papel importante do agente económico, que participa em diferentes fases do projecto (concepção, realização, aplicação, financiamento). O parceiro do sector público concentra-se essencialmente na definição dos objectivos a atingir em termos de interesse público, de qualidade dos serviços propostos, de política dos preços, e assegura o controlo do cumprimento destes objectivos.
 - A distribuição dos riscos entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado, para o qual são transferidos os riscos habitualmente suportados pelo sector público. Contudo, as PPP não implicam necessariamente que o parceiro do sector privado assuma todos os riscos, ou a parte mais importante dos riscos decorrentes da operação. A distribuição precisa dos riscos efectuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir.
3. Na última década, o fenómeno PPP desenvolveu-se em numerosos domínios da competência do sector público. O recurso acrescido às operações de PPP explica-se por diferentes factores. Dadas as restrições orçamentais com que se confrontam os Estados-Membros, ele corresponde a uma necessidade de financiamentos privados no sector público. Explica-se igualmente pela vontade de beneficiar da experiência e dos modos de funcionamento do sector privado no âmbito da vida pública. O desenvolvimento das PPP insere-se ainda na evolução geral do papel do Estado na esfera económica, passando do papel de operador directo para o de organizador, de regulador e de fiscalizador..
4. As autoridades públicas dos Estados-Membros recorrem, com frequência, à constituição de PPP para realizar projectos de infra-estruturas, sobretudo no sector dos transportes, da saúde pública, da educação e da segurança pública. No plano europeu, reconheceu-se que o recurso às PPP podia contribuir para a realização das redes transeuropeias de transportes, as quais acusam um importante atraso devido,

entre outros aspectos, à insuficiência dos investimentos¹. No âmbito da Iniciativa para o Crescimento, o Conselho aprovou uma série de medidas tendo em vista aumentar os investimentos nas infra-estruturas da rede transeuropeia e no domínio da inovação, da investigação e do desenvolvimento, designadamente através da constituição de PPP².

5. Se bem que a cooperação entre o sector público e o sector privado seja susceptível de proporcionar vantagens microeconómicas que permitem realizar um projecto com a melhor relação qualidade/preço, preservando simultaneamente os objectivos de interesse público, o recurso às PPP não pode, de modo algum, ser apresentado como a solução milagrosa para o sector público que se vê confrontado com restrições de carácter orçamental³. A experiência mostra que, para cada projecto, há que avaliar se a opção de parceria apresenta uma mais-valia real em relação a outras opções, tais como a celebração de contratos mais tradicionais⁴.
6. A Comissão verifica, com interesse, que alguns Estados-Membros e países em vias de adesão criaram instrumentos de coordenação e de promoção das PPP, com o objectivo, entre outros, de divulgar “boas práticas” em matéria de PPP, tanto a nível nacional como à escala europeia. Estes instrumentos visam tornar a experiência adquirida mutuamente acessível e desta forma, aconselhar os utilizadores sobre as diferentes formas de PPP e as suas diversas fases, tais como, a concepção, a escolha do parceiro privado, a melhor repartição de riscos, a selecção adequada das cláusulas contratuais ou a integração de financiamentos comunitários (veja-se o exemplo do grupo de trabalho no Reino Unido, na Itália, etc.).
7. As autoridades públicas recorrem igualmente a estruturas de parceria com o sector privado para assegurar a gestão de serviços públicos, por exemplo, a nível local. Deste modo, cada vez com maior frequência se confiam serviços públicos relativos à gestão de resíduos ou à distribuição de água ou de energia a empresas, sejam elas públicas, privadas ou mistas. O Livro Verde sobre serviços de interesse geral recorda, nesta perspectiva, que quando uma autoridade pública decide conceder a gestão de um serviço a terceiros deve respeitar as regras em matéria de contratos públicos e concessões, ainda que o serviço em causa seja considerado como de interesse geral⁵. De resto, o Parlamento Europeu reconheceu que o respeito destas regras “pode constituir um instrumento eficaz para obviar a restrições da

¹ Ver a comunicação da Comissão de 23 de Abril de 2003 intitulada “Desenvolver a rede transeuropeia de transportes: Financiamentos inovadores. Interoperabilidade da teleportagem”, COM (2003) 132, e o relatório do Grupo de Alto Nível sobre a Rede Transeuropeia de Transportes, de 27 de Junho de 2003.

² Conclusões da Presidência, Conselho Europeu de Bruxelas de 12 de Dezembro de 2003.

³ O Serviço de Estatística das Comunidades Europeias aprovou, em 11 de Fevereiro de 2004 (cf. comunicado de imprensa STAT/04/18) uma decisão relativa ao tratamento contabilístico nas contas nacionais dos contratos subscritos pelas unidades públicas no âmbito de parcerias com as unidades privadas. A decisão especifica o impacto sobre o défice/excedente público e a dívida pública. O Eurostat recomenda que os activos ligados a uma parceria público-privada sejam classificados como activos não públicos e que não sejam, por conseguinte, registados no balanço das administrações públicas se se verificarem as duas condições seguintes: 1. o parceiro privado suporta o risco de construção e 2. o parceiro privado suporta, no mínimo, um destes dois riscos: o da disponibilidade ou o risco associado à procura.

⁴ Ver a comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu “Finanças Públicas na UEM – 2003”, publicada igualmente na European Economy n.º 3/2003 (COM (2003) 283 final).

⁵ COM (2003) 270 final. Podem consultar-se o texto do Livro Verde e as contribuições aferentes em http://europa.eu.int/comm.secretariat_general/services_general_interest.

concorrência inadequadas, permitindo simultaneamente às entidades públicas definirem elas próprias e fiscalizarem as condições inerentes à qualidade, à disponibilidade, às normas sociais e aos preceitos ambientais.”⁶

1.2 O desafio do mercado interno: assegurar o desenvolvimento das PPP em condições de concorrência efectiva e de clareza jurídica.

8. O presente Livro Verde analisa o fenómeno das PPP em relação ao direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões. O direito comunitário não prevê um regime específico que englobe as PPP. Contudo, qualquer acto, seja contratual ou unilateral, pelo qual uma entidade pública confia a prestação de uma actividade económica a um terceiro deve ser examinado à luz das regras e dos princípios do Tratado, nomeadamente em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre prestação de serviços (artigos 43.º e 49.º do Tratado CE)⁷. Entre esses princípios incluem-se os da transparência, da igualdade de tratamento, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo⁸. Além disso, aos casos abrangidos pelas directivas relativas à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos aplicam-se disposições pormenorizadas⁹¹⁰. Estas directivas têm por objectivo "a protecção dos interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro que desejem propor bens ou serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro e, para isso, excluir simultaneamente o risco de que seja dada preferência aos concorrentes nacionais nas adjudicações de empreitadas e a possibilidade de a entidade adjudicante se deixar guiar por

⁶ Resolução do Parlamento Europeu sobre o Livro Verde sobre serviços de interesse geral, aprovada em 14 de Janeiro de 2004.

⁷ As regras relativas ao mercado interno, incluindo as regras e os princípios em matéria de contratos públicos e concessões, são aplicáveis a qualquer actividade de carácter económico, ou seja a qualquer actividade que consista em prestar serviços, fornecer bens ou efectuar obras num mercado, ainda que esses serviços, bens ou obras tenham em vista assegurar um “serviço público”, como definido pelos Estados-Membros.

⁸ Ver a comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário, JO C 121 de 29 de Abril de 2000.

⁹ Ou seja, as Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE, relativas à coordenação dos processos de adjudicação de, respectivamente, contratos públicos de serviços, contratos públicos de fornecimentos, empreitadas de obras públicas, e contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. Estas directivas serão substituídas pela Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços e a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, a publicar em breve no JO. A versão [provisória] das novas directivas pode ser consultada no sítio web http://www.europarl.eu.int/code/concluded/default_2003_en.htm.

¹⁰ Acrescente-se que, em certos sectores, por exemplo o sector dos transportes, a criação de PPP pode encontrar-se sujeita a legislação sectorial específica. Ver o Regulamento (CEE) n.º 2408/92 do Conselho relativo ao acesso das transportadoras aéreas comunitárias às rotas aéreas intracomunitárias, o Regulamento (CEE) n.º 3577/92 do Conselho relativo à aplicação do princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos internos nos Estados-Membros, o Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável, alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91, e a proposta alterada de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações de serviço público e adjudicação de contratos de serviço público no sector do transporte de passageiros por via férrea, estrada e via navegável interior (COM(2002) 107 final).

considerações que não sejam económicas”¹¹. A aplicação das disposições pormenorizadas destas directivas circunscreve-se, todavia, a determinadas hipóteses e diz sobretudo respeito à fase de adjudicação dos contratos.

9. O regime aplicável à selecção de um parceiro privado depende, em primeiro lugar, da qualificação da relação contratual que este estabelece com a entidade adjudicante adjudicante¹². De acordo com o direito comunitário derivado, qualquer contrato a título oneroso celebrado por escrito entre uma entidade adjudicante e um operador, na medida em que tenha por objecto a execução de uma obra ou a prestação de um serviço é qualificado de "contrato público" de empreitada de obras ou serviços. A "concessão" é definida como um contrato que apresenta as mesmas características que as de um contrato público com excepção de que a contrapartida das obras ou dos serviços efectuados consiste quer unicamente no direito de exploração da obra ou do serviço quer nesse direito acompanhado de um preço.
10. A apreciação dos elementos destas definições, de acordo com o Tribunal de Justiça, deve fazer-se de maneira a assegurar que o efeito útil da directiva em causa não seja posto em causa¹³. Por exemplo, o formalismo que reveste a noção de contrato em direito nacional não poderá ser invocado para privar as directivas do seu efeito útil. De igual modo, o carácter oneroso do contrato em causa não implica obrigatoriamente o pagamento directo de um preço pelo parceiro público, mas pode decorrer de qualquer outra forma de contrapartida económica recebida pelo parceiro privado.
11. Os contratos qualificados de contratos públicos de empreitada de obras ou de serviços, definidos como prioritários¹⁴, encontram-se sujeitos às disposições pormenorizadas das directivas comunitárias. As concessões de obras e os contratos públicos de serviços considerados “não prioritários” são regidos apenas por algumas disposições dispersas do direito derivado. Por último, certas operações, e entre elas as concessões de serviços, não são abrangidas por qualquer enquadramento de direito derivado. O mesmo se verifica no que toca à adjudicação de tarefas por via de um acto unilateral.
12. O quadro regulamentar que rege a escolha do parceiro privado tem sido, assim, objecto de uma coordenação comunitária com vários níveis e graus de intensidade, deixando persistir, no plano nacional, grande divergência de abordagens, se bem que qualquer operação que implique a adjudicação de uma tarefa a um terceiro seja

¹¹ Processos apensos C-285/99 e C -286/99, *Impresa Lombardini/ANAS*, acórdão de 27 de Novembro de 2001, n.º 36 e, neste sentido, processo C-380/98, *University of Cambridge*, Colect. p. I-8035 e processo C-19/00, *SIAC Construction*, Colect. p. I-7725.

¹² Nas operações de PPP, os parceiros públicos são em primeiro lugar as autoridades nacionais, regionais ou locais. Podem igualmente ser organismos de direito público, criados para levar a cabo tarefas de interesse geral sob o controlo do Estado, ou operadores de rede. Numa preocupação de simplificação, no presente documento a expressão "organismo adjudicante" designará o conjunto destes organismos. Deste modo, abrange as "entidades adjudicantes" na acepção das Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE e 2004/18/CE e as entidades adjudicantes que são os "poderes públicos" e as "empresas públicas" na acepção das Directivas 93/38/CEE e 2004/17/CE.

¹³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2001, processo C-399/98, *Scala*, Colect. I -5409, ver n.ºs 53 a 55.

¹⁴ Ou seja aqueles cuja lista consta do anexo I A da Directiva 92/50/CEE ou do anexo XVI A da Directiva 93/38/CEE.

regida pela base mínima de princípios decorrente dos artigos 43.º a 49.º do Tratado CE.

13. A Comissão já tomou iniciativas em relação às PPP no domínio do direito dos contratos públicos. Em 2000 publicou uma comunicação interpretativa sobre as concessões em direito comunitário dos contratos públicos¹⁵, na qual precisou, com base nas regras e nos princípios do Tratado e do direito derivado aplicável, o conceito de “concessão” em direito comunitário, bem como as obrigações que incumbem às autoridades públicas quando da escolha dos agentes económicos a que atribuem as concessões. Refira-se igualmente que as novas directivas do Parlamento Europeu e do Conselho que visam modernizar e simplificar o quadro legislativo comunitário prevêm um processo de adjudicação inovador, concebido especialmente para responder às especificidades da adjudicação de “contratos particularmente complexos” e, por conseguinte, de certas formas de PPP. Este novo processo, designado “diálogo concorrencial”, permite que as autoridades públicas dialoguem com as empresas candidatas, de modo a identificar as soluções mais adequadas às suas necessidades.
14. Não obstante, vários representantes dos meios interessados consideram que as regras comunitárias aplicáveis à selecção das empresas que irão cooperar com as autoridades públicas no âmbito de uma PPP, bem como o seu alcance sobre as relações contratuais que regulam a execução da parceria, não são suficientemente claras e que há falta de homogeneidade entre os diferentes Estados-Membros. Esta situação implicaria, para os operadores comunitários, incertezas susceptíveis de constituir um real obstáculo à criação ou ao êxito das PPP, em detrimento do financiamento de importantes infra-estruturas e do desenvolvimento de serviços públicos de qualidade.
15. O Parlamento Europeu convidou a Comissão a examinar a possibilidade de adoptar uma proposta de directiva tendo por objectivo regulamentar de maneira homogénea o sector das concessões e outras formas de PPP¹⁶. O Comité Económico e Social Europeu considerou igualmente que se impunha uma iniciativa legislativa¹⁷.
16. Neste sentido, a Comissão anunciou, na sua estratégia do mercado interno 2003-2006¹⁸, que publicaria um Livro Verde sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões, com o objectivo de lançar o debate sobre a melhor maneira de assegurar que as PPP se possam desenvolver num contexto de concorrência eficaz e de clareza jurídica. A publicação de um Livro Verde figura igualmente entre as acções previstas no âmbito da iniciativa europeia para o

¹⁵ Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário. JO C 121 de 29 de Abril de 2000.

¹⁶ Parecer do Parlamento Europeu, em primeira leitura, sobre a proposta da Comissão COM (2000) 275 de 10.05.2002.

¹⁷ Parecer do CESE, JO C 14 de 16.1.2001, relator P. Levaux, ponto 4.1.3 e parecer do CESE, JO C 193 de 10.7.2001, relator Bo Green, ponto 3.5.

¹⁸ Estratégia do Mercado Interno, Prioridades 2003-2006, COM (2003) 238 final.

crescimento¹⁹. Por último, responde a determinados pedidos formulados por ocasião da consulta pública relativa ao Livro Verde sobre serviços de interesse geral²⁰.

1.3. Objecto específico e plano do presente Livro Verde

17. O objectivo aqui enunciado é lançar o debate sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões ao fenómeno das PPP. O debate assim entabulado incide sobre as regras que devem ser aplicadas quando se decide confiar uma missão ou uma tarefa a um terceiro. Situa-se a jusante da decisão económica e organizativa efectuada por uma autoridade local ou nacional, e não deve ser entendido como uma apreciação geral sobre a decisão de “externalizar” ou não a gestão dos serviços públicos, decisão essa que incumbe às autoridades públicas. Com efeito, o direito comunitário dos contratos públicos e das concessões é neutro quanto à decisão dos Estados-Membros de assegurar um serviço público pelos seus próprios serviços ou confiá-lo a um terceiro.
18. Mais precisamente, o presente Livro Verde tem por finalidade apresentar o alcance das regras comunitárias aplicáveis à fase de selecção do parceiro privado e à fase posterior, com o objectivo de detectar eventuais incertezas e de analisar se o quadro comunitário é adequado aos imperativos e às características específicas das PPP. Serão delineadas pistas de reflexão para uma eventual intervenção comunitária. Dado que o presente Livro Verde tem em vista iniciar uma consulta, não se predeterminou qualquer opção de intervenção comunitária. Os instrumentos disponíveis para melhorar a abertura das operações de PPP à concorrência num enquadramento jurídico claro são, com efeito, muito diversos: instrumentos legislativos, comunicações interpretativas, acções para uma melhor coordenação das práticas nacionais ou intercâmbio de boas práticas entre Estados-Membros.
19. Se bem que este texto se concentre sobre questões relacionadas com o direito em matéria de contratos públicos e concessões, não deixa de ser oportuno recordar que a Comissão já tomou, em outros domínios, medidas para eliminar os obstáculos susceptíveis de impedir a constituição de PPP. Assim, foram recentemente objecto de clarificação as regras relativas ao tratamento contabilístico, nas contas nacionais, dos contratos celebrados pelas entidades públicas no âmbito de parcerias com entidades privadas²¹. De referir ainda que a criação do estatuto da sociedade europeia virá facilitar a constituição de PPP transeuropeias²².
20. Para fins da análise a realizar no presente documento, propõe-se o estabelecimento de uma distinção entre:
 - As PPP de tipo puramente contratual, em que a parceria entre os sectores público e privado assenta em relações exclusivamente convencionais, e

¹⁹ Comunicação da Comissão “Iniciativa europeia para o crescimento: investir em redes e no conhecimento com vista ao crescimento e ao emprego”, COM (2003) 690 final, de 11 de Novembro de 2003. Este relatório foi aprovado pelo Conselho Europeu de Bruxelas de 12 de Dezembro de 2003.

²⁰ Cf. Relatório dos resultados da consulta relativa ao Livro Verde sobre os serviços de interesse geral, ver nota de rodapé 5.

²¹ Ver nota de rodapé 3.

²² Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001.

- As PPP de tipo institucionalizado, implicando a cooperação entre os sectores público e privado numa entidade distinta.

Esta distinção baseia-se no facto de a diversidade das práticas referentes às PPP que se verificam nos Estados-Membros poder estar ligada a dois grandes modelos. Cada um desses modelos implica questões específicas de aplicação do direito comunitário dos contratos públicos e das concessões, merecendo um exame separado, que será objecto dos capítulos seguintes²³.

2. A PPP PURAMENTE CONTRATUAL E O DIREITO COMUNITÁRIO EM MATÉRIA DE CONTRATOS PÚBLICOS E CONCESSÕES

21. A PPP de tipo puramente contratual visa uma parceria que se baseia unicamente em relações contratuais entre os diferentes agentes. Abrange configurações diversas que atribuem uma ou várias tarefas, mais ou menos vastas, ao parceiro privado, que incluem a concepção, o financiamento, a realização, a renovação, ou a exploração de uma obra ou de um serviço.
22. Neste quadro, um dos modelos mais conhecidos, frequentemente designado "modelo concessivo"²⁴, caracteriza-se pela relação directa entre o parceiro privado e o utente final: o parceiro privado presta um serviço ao público, "em vez do" parceiro público, mas sob o controlo deste. Caracteriza-se igualmente pelo modo de remuneração do co-contratante, que consiste em taxas cobradas aos utentes do serviço, eventualmente acompanhadas de subvenções por parte dos poderes públicos.
23. Noutros modelos, o parceiro privado é incumbido da realização e gestão de infra-estruturas para a administração pública (por exemplo, escolas, hospitais, centros penitenciários, infra-estruturas de transporte). O exemplo mais característico neste contexto é a fórmula do tipo PFI²⁵. Neste modelo, a remuneração do parceiro privado assume a forma, não de taxas cobradas aos utentes da obra ou do serviço, mas de pagamentos regulares efectuados pelo parceiro público. Esses pagamentos podem ser fixos, mas podem igualmente ser calculados de maneiras variáveis, em função, por exemplo, da disponibilidade da obra ou dos serviços associados, ou mesmo da frequência de utilização da obra.²⁶

1. Que tipos de PPP puramente contratual conhece? São objecto de um enquadramento específico (legislativo ou outro) no seu país?

²³ A distinção, assim, estabelecida não tem em conta as qualificações jurídicas dadas em direito nacional e em nada afecta a qualificação em direito comunitário destes tipos de montagens jurídico-financeiras ou de contratos. A análise que se segue, tem por único objectivo distinguir, entre si, as montagens jurídico-financeiras habitualmente qualificadas de PPP, de molde a ajudar a determinar, subsequentemente, quais as regras do direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões a aplicar.

²⁴ Há que referir que a qualificação dada pelo direito nacional ou pelas partes não tem nenhuma incidência na qualificação jurídica destes contratos para fins da aplicação do direito comunitário dos contratos públicos e das concessões.

²⁵ A sigla PFI refere-se a "Private Finance Initiative", um programa do Governo britânico que permite a modernização das infra-estruturas públicas mediante recurso ao financiamento privado. O mesmo modelo é utilizado em outros Estados-Membros, embora, por vezes, com variantes significativas. A PFI inspirou, por exemplo, o desenvolvimento do "Betreibermodell" na Alemanha.

²⁶ Cf. o caso das "portagens virtuais", utilizadas no âmbito de projectos de auto-estrada, nomeadamente no Reino Unido, Portugal, Espanha e Finlândia.

2.1. Fase de selecção do parceiro privado

2.1.1. *Parceria de tipo puramente contratual: acto de adjudicação qualificado de contrato público*

24. O regime aplicável à adjudicação de contratos de empreitadas de obras públicas, ou de contratos públicos de serviços definidos como prioritários²⁷, decorre das disposições das directivas comunitárias que fixam regras pormenorizadas, nomeadamente em matéria de publicidade e participação. Quando a autoridade pública é uma entidade adjudicante que actua ao abrigo das directivas clássicas²⁸ deve normalmente, neste contexto, recorrer aos concursos públicos ou limitados para seleccionar o parceiro privado. A título de excepção, e sob certas condições, é possível o recurso ao processo por negociação. Nesta perspectiva, a Comissão recorda o âmbito de aplicação limitado da derrogação prevista no n.º 2 do artigo 7.º da Directiva 93/37/CEE, que prevê o recurso ao procedimento negociado quando o contrato incide sobre "obras cuja natureza ou condicionalismos não permitam uma fixação prévia e global dos preços". Esta derrogação abrange unicamente situações excepcionais nas quais pesam *a priori* incertezas sobre a natureza ou a extensão das obras a efectuar, e não tem em vista as situações nas quais as incertezas resultam de outras causas, como a dificuldade de fixar previamente os preços devido à complexidade da estrutura jurídica e financeira organizada²⁹.
25. A partir da adopção da Directiva 2004/18/CE, poderá aplicar-se o novo processo denominado "diálogo concorrencial" a contratos que se revelem particularmente complexos³⁰. O processo de diálogo concorrencial será iniciado sempre que o organismo adjudicante não se encontrar, objectivamente, em condições de definir os meios técnicos que podem responder às suas necessidades e aos seus objectivos, bem como nos casos em que o organismo adjudicante não se encontra, objectivamente, em condições de organizar a estrutura jurídica e/ou financeira de um projecto. Este novo processo permitirá aos organismos adjudicantes entabular com os candidatos um diálogo cujo objecto será o desenvolvimento de soluções aptas a responder a essas necessidades. No termo do diálogo, os candidatos serão convidados a submeter a respectiva proposta final com base na(s) solução(ões) identificada(s) no diálogo. As propostas devem compreender todos os elementos exigidos e necessários à realização do projecto. Os organismos adjudicantes avaliam as propostas em função de critérios de adjudicação previamente estabelecidos. O concorrente que apresentou a proposta economicamente mais vantajosa pode ser solicitado no sentido de clarificar aspectos da sua proposta ou confirmar os compromissos nela referidos, na condição de não alterar os elementos substanciais da proposta ou do anúncio de concurso, falsear a concorrência ou acarretar discriminações.

²⁷ Ou seja aqueles cuja lista consta do anexo I A da Directiva 92/50/CEE ou do anexo XVI A da Directiva 93/38/CEE.

²⁸ Ou seja, as Directivas 93/37/CEE, 92/50/CEE e 2004/18/CE.

²⁹ Por exemplo, quando as obras são efectuados numa zona geologicamente instável ou arqueológica e que, por esta razão, a respectiva extensão é imprevisível aquando do lançamento do processo. No n.º 2 do artigo 11.º da Directiva 92/50/CEE e no n.º 1, alínea b), do artigo 30.º Directiva 2004/18/CE está prevista uma derrogação semelhante.

³⁰ Artigo 29.º da Directiva 2004/18/CE.

26. O diálogo concorrencial deverá permitir a flexibilidade necessária às discussões com o candidato de todos os aspectos do contrato na fase inicial, velando simultaneamente para que estas discussões sejam efectuadas no respeito dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento e não colidam com os direitos que o Tratado confere aos agentes económicos. Assenta na ideia de que devem sempre ser salvaguardados métodos estruturados de selecção, na medida em que contribuem para a objectividade e a integridade do processo que culmina na escolha de um operador. Assim se garante a boa utilização dos dinheiros públicos, se diminuem os riscos de práticas pouco transparentes e se reforça a segurança jurídica necessária a tais projectos.
27. Há ainda que salientar que as novas directivas reforçam o interesse, para os organismos adjudicantes, de formular as especificações técnicas em termos de desempenhos ou de exigências funcionais. Assim, as novas disposições permitirão aos organismos adjudicantes alargar as possibilidades de tomar em consideração soluções inovadoras, na fase de adjudicação, independentemente do processo aplicado³¹.

2. No entender da Comissão, a transposição para o direito nacional do processo de diálogo concorrencial permitirá às partes em causa disporem de um procedimento particularmente adaptado à adjudicação dos contratos qualificados de contratos públicos quando da constituição de PPP de tipo puramente contratual, preservando, simultaneamente, os direitos fundamentais dos operadores económicos. Concorde com este ponto de vista? Em caso de resposta negativa, indicar porquê.
3. No que diz respeito a estes contratos, existem na sua opinião outros pontos além dos relativos à escolha do processo de adjudicação, susceptíveis de colocar problemas em relação ao direito comunitário em matéria de contratos públicos? Em caso afirmativo, quais e por que motivos?

2.1.2. *Parceria de tipo puramente contratual: acto de adjudicação qualificado de concessão*

28. São poucas as disposições de direito derivado que coordenam os processos de adjudicação de contratos qualificados de concessões em direito comunitário. No que se refere às concessões de obras públicas, apenas se aplicam determinadas obrigações de publicidade, devendo assegurar a abertura do concurso para os operadores interessados, e uma obrigação relativa ao prazo mínimo de recepção das candidaturas³². O modo como o parceiro privado é, em seguida, seleccionado é deixado à livre escolha dos organismos adjudicantes, que devem, no entanto, respeitar os princípios e as regras do Tratado.
29. Quanto ao regime aplicável na fase de adjudicação das concessões de serviços, apenas se fixa por referência aos princípios que decorrem dos artigos 43.º e 49.º do Tratado, nomeadamente os princípios da transparência, da igualdade de tratamento, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo³³. No seu acórdão *Telaustria*, o

³¹ Artigo 23.º da Directiva 2004/18/CE e artigo 34.º da Directiva 2004/17/CE.

³² Ver n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 93/37/CEE, e artigos 56.º a 59.º da Directiva 2004/18/CE.

³³ Se bem que a Comissão tenha proposto a inclusão das concessões de serviços na Directiva 92/50/CEE, o Conselho decidiu excluí-las do âmbito de aplicação desse diploma durante o processo legislativo.

Tribunal de Justiça indicou a esse respeito que “[esta] obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor de todos os potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação”³⁴.

30. A Comissão considera que o regime que decorre das disposições pertinentes do Tratado pode ser resumido nas obrigações seguintes: estabelecimento de regras aplicáveis à selecção do parceiro privado, publicidade adequada relativa à intenção de atribuir uma concessão e às regras que presidem à selecção, de molde a permitir o controlo da imparcialidade ao longo de todo o processo, situação de concorrência efectiva dos operadores potencialmente interessados e/ou em condições de assegurar o cumprimento das tarefas em questão, respeito do princípio da igualdade de tratamento dos participantes ao longo de todo o processo, adjudicação com base em critérios objectivos e não discriminatórios.
31. Deste modo, o direito comunitário aplicável no âmbito da adjudicação de concessões deriva essencialmente de obrigações de carácter geral que não implicam qualquer coordenação das legislações dos Estados-Membros. Acrescente-se que, embora disponham dessa possibilidade, poucos são os Estados-Membros que se dotaram de legislação interna com o objectivo de enquadrar de maneira geral e pormenorizada a fase de adjudicação das concessões de empreitadas de obras públicas ou de serviços³⁵. Assim sendo, as regras aplicáveis à selecção de um concessionário por um organismo adjudicante são, em grande parte, próprias a determinado caso.
32. Esta situação pode colocar problemas aos operadores comunitários. A ausência de coordenação das legislações nacionais constitui, com efeito, um obstáculo a uma verdadeira abertura comunitária das operações em causa, em especial quando estas operações se efectuam a nível transnacional. A insegurança jurídica associada à inexistência de regras claras e coordenadas poderia, além disso, ser de molde a aumentar os custos ligados ao estabelecimento de tais operações.
33. Alega-se ainda que os objectivos do mercado interno correm o risco de não ser atingidos em certas situações, devido à ausência de concorrência efectiva no mercado. A Comissão recorda, neste contexto, que as directivas “contratos públicos” visam não apenas assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos operadores económicos, mas impõem igualmente que um número mínimo de candidatos seja convidado a participar nos processos, quer se trate de concursos públicos, concursos limitados, processos por negociação ou diálogos concorrenciais³⁶. Há igualmente que avaliar se a aplicação efectiva destas

³⁴ Processo C-324/98. Ver igualmente despacho de 30 de Maio de 2002, processo C -358/00, *Deutsche Bibliothek*, Colect. I-4685. Estes princípios aplicam-se também a outros actos estatais que confiam determinada prestação económica a um terceiro, como por exemplo os contratos excluídos do âmbito de aplicação das directivas porque o seu montante não excede os limites estabelecidos no direito derivado (Despacho do Tribunal de Justiça de 3 de Dezembro de 2001, processo C -59/00, *Vestergaard*, Colect. I-9505), ou os serviço ditos não prioritários.

³⁵ Todavia, a Espanha (Lei de 23 de Maio de 2003 sobre as concessões de obras públicas), a Itália (Lei Merloni de 1994, alterada) e a França (Lei Sapin de 1993) dotaram-se de tais legislações.

³⁶ Artigo 19.º da Directiva 93/36/CEE, artigo 22.º da Directiva 93/37/CEE, artigo 27.º da Directiva 92/50/CEE e artigo 31.º da Directiva 93/38/CEE. Ver igualmente o artigo 44.º da Directiva 2004/18/CE e o artigo 54.º da Directiva 2004/17/CE.

disposições é suficiente, ou se são necessárias outras medidas para facilitar o desenvolvimento de um enquadramento mais competitivo.

34. A Comissão constatou, por outro lado, no contexto dos processos por infracção já instruídos, que nem sempre é fácil determinar, na origem, se o contrato objecto do processo é um contrato público ou uma concessão. De facto, para os contratos qualificados de concessões no lançamento do processo, a distribuição dos riscos e dos benefícios pode ser objecto de negociações no decurso do processo. No seguimento destas negociações, pode ocorrer que o contrato em causa deva afinal ser qualificado de “contrato público”; esta requalificação implica, com frequência, que se ponha em causa a legalidade do processo de adjudicação escolhido pela entidade adjudicante. Segundo os pontos de vista explicitados pelas partes em causa, esta situação faz pesar sobre estas operações uma insegurança jurídica que em muito prejudica o seu desenvolvimento.
35. Neste contexto, a Comissão poderia propor uma acção legislativa com o objectivo de coordenar os processos de adjudicação das concessões na União Europeia, vindo este novo diploma associar-se aos textos existentes em matéria de adjudicação de contratos públicos. Deveria então determinar-se o regime pormenorizado a aplicar à adjudicação de concessões.
36. Seria igualmente oportuno analisar se existem razões objectivas para submeter a adjudicação de concessões a um regime diferente do existente para a adjudicação de outras PPP contratuais. Nesta perspectiva, há que referir que o critério do direito de exploração e o seu corolário, a transferência dos riscos inerentes à exploração, distinguem os contratos públicos das concessões. Caso se confirme a ocorrência frequente, no âmbito da adjudicação de determinadas PPP de tipo puramente contratual, de insegurança jurídica, decorrente da dificuldade de identificar *a priori* a distribuição dos riscos de exploração entre os parceiros, a Comissão poderá prever um regime idêntico para a adjudicação de todas as PPP contratuais, quer sejam qualificadas de contratos públicos ou de concessões.

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">4. Já organizou, participou, ou desejou organizar ou participar num processo de adjudicação de concessões, na União? Qual a sua experiência?5. Considera que o quadro jurídico comunitário actual é suficientemente preciso para assegurar a participação concreta e efectiva de sociedades ou associações não-nacionais nos processos de adjudicação de concessões? Considera que neste contexto se verifica habitualmente uma verdadeira concorrência ?6. Considera desejável uma iniciativa legislativa comunitária, tendo como objectivo enquadrar o processo de adjudicação de concessões?7. De modo mais geral, se considera necessário que a Comissão proponha uma nova acção legislativa, entende existirem razões objectivas para que esse acto abranja todas as PPP de tipo contratual, quer sejam qualificadas de contratos públicos ou de concessões, de modo a submetê-las a regimes de adjudicação idênticos? |
|--|

2.2. Questões específicas relativas à selecção de um operador económico no âmbito de uma PPP de iniciativa privada

37. Desenvolveram-se recentemente, em determinados Estados-Membros, certas práticas tendentes a proporcionar ao sector privado a oportunidade de tomar a iniciativa de uma operação PPP³⁷. Nas configurações deste tipo, os operadores económicos formulam uma proposta pormenorizada do projecto, em geral no domínio da construção e da gestão de infra-estruturas, eventualmente a convite da administração.
38. Estas práticas permitem sondar, numa fase precoce, a vontade dos operadores económicos de investir em determinados projectos. Permitem igualmente incitá-los a desenvolver ou a aplicar soluções técnicas inovadoras, adaptadas às necessidades específicas da entidade adjudicante.
39. O facto de um projecto de utilidade pública ter a sua origem numa iniciativa privada não altera a natureza dos contratos celebrados entre as entidades adjudicantes e os operadores económicos. Se esses contratos tiverem por objecto prestações abrangidas pelo direito derivado, e forem celebrados a título oneroso, devem ser qualificados quer de contrato público, quer de concessão, e seguir o regime de adjudicação pertinente.
40. Revela-se, deste modo, oportuno diligenciar para que os processos utilizados neste âmbito não venham a privar os operadores económicos europeus dos direitos que lhes confere o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões. Em particular, a Comissão considera que, no mínimo, o acesso de todos os operadores europeus a este tipo de projecto deve ser assegurado, por exemplo, por meio de publicidade adequada do convite para apresentar um projecto. Seguidamente, se a autoridade pública pretender executar o projecto apresentado, deve organizar um concurso aberto a todos os operadores económicos potencialmente interessados pelo desenvolvimento do projecto aprovado, oferecendo todas as garantias de imparcialidade da selecção.
41. Para que o sistema conserve um aspecto atractivo, os Estados-Membros procuram, por vezes, propiciar a antecipação. Recorreu-se à possibilidade de recompensar o iniciador do projecto, por exemplo indemnizando-o pela sua iniciativa fora do processo concorrencial posterior. Pretendeu-se igualmente atribuir a quem toma a iniciativa determinadas vantagens que seriam concretizadas por ocasião do concurso para o desenvolvimento do projecto seleccionado. Tais soluções merecem um exame atento, de modo a evitar que as vantagens concorrenciais dadas ao iniciador do projecto colidam com a igualdade de tratamento dos candidatos.

³⁷ Em determinados Estados-Membros, a iniciativa privada é objecto de um enquadramento específico (ver, em Itália, a Lei Merloni B, de 18 de Novembro de 1998 e, em Espanha, o regulamento dos serviços das autarquias locais de 1955 e a Lei 13/2003 sobre as concessões de obras, de 23 de Maio de 2003). Em outros Estados-Membros, as PPP de iniciativa privada desenvolvem-se igualmente na prática.

8. De acordo com a sua experiência, considera assegurado o acesso dos operadores não-nacionais às fórmulas de PPP de iniciativa privada? Em particular, quando existe um convite das entidades adjudicantes para apresentar uma iniciativa, esse convite é, de um modo geral, objecto de publicidade adequada permitindo a informação dos operadores interessados? Organizou-se um processo de selecção verdadeiramente concorrencial para garantir a execução do projecto aprovado?
9. Em seu entender, qual seria a melhor fórmula para incentivar o desenvolvimento de PPP de iniciativa privada na União Europeia, respeitando simultaneamente os princípios da transparência, não discriminação e igualdade de tratamento?

2.3. Fase posterior à selecção do parceiro privado

42. O direito derivado em matéria de contratos públicos e concessões tem principalmente em vista a fase de adjudicação de um contrato. Em contrapartida, a fase posterior à selecção do parceiro privado não é, de um modo global, objecto do direito derivado. Todavia, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência que decorrem do Tratado opõem-se, geralmente, a qualquer intervenção do parceiro público após a selecção de um parceiro privado, na medida em que tal intervenção poria em causa a igualdade de tratamento entre operadores económicos³⁸.
43. O carácter frequentemente complexo da montagem jurídico-financeira em causa, o lapso de tempo que se pode escoar entre a selecção do parceiro privado e a assinatura do contrato, a duração relativamente longa dos projectos e, por último, o recurso frequente a mecanismos de subcontratação, tornam por vezes delicada a aplicação destas regras e princípios. Dois aspectos são abordados em seguida: o enquadramento contratual da PPP e a subcontratação.

2.3.1. Enquadramento contratual do projecto

44. As disposições contratuais que regulam a fase de constituição das PPP são, em primeiro lugar, da competência do direito nacional. No entanto, as cláusulas contratuais devem igualmente respeitar as regras comunitárias pertinentes, designadamente os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. O que implica, entre outros aspectos, que os documentos de consulta indiquem claramente as condições e as modalidades de execução dos contratos, para que os diferentes candidatos à parceria as possam interpretar de modo idêntico e contemplá-las devidamente na elaboração das respectivas propostas. Além disso, estas condições e modalidades de execução não devem ter uma incidência discriminatória, directa ou indirecta, ou obstruir, de forma injustificada, a livre prestação de serviços ou a liberdade de estabelecimento³⁹.
45. O êxito das PPP depende, em grande parte, do carácter completo do enquadramento contratual do projecto, e da determinação otimizada dos elementos que regularão a sua aplicação. É crucial uma avaliação adequada e a melhor repartição possível dos

³⁸ Ver processo C-87/94, *Comissão/Bélgica (acórdão Bus Wallons)*, acórdão de 25 de Abril de 1994, n.º 54. Ver igualmente o processo C-243/89, *Comissão/Dinamarca (acórdão Storebaelt)*, acórdão de 22 de Junho de 1992.

³⁹ Processo C-19/00, *SIAC Constructions*, acórdão de 18 de Outubro de 2001, n.ºs 41-45; processo C-31/87, *Gebroeders Beentje/Países Baixos*, acórdão de 20 de Setembro de 1988, n.ºs 29-37. Ver igualmente o artigo 26.º da Directiva 2004/18/CE e o artigo 38.º da Directiva 2004/17/CE.

riscos entre os sectores público e privado, em função da respectiva capacidade para assumir tais riscos. Afigura-se igualmente importante prever mecanismos que permitam avaliar regularmente o desempenho do titular da PPP. Neste sentido, o princípio da transparência exige que os elementos que permitem estabelecer a avaliação e a repartição dos riscos, tal como a avaliação do desempenho, sejam comunicados nos documentos de consulta, a fim de permitir aos concorrentes tê-los em conta quando da elaboração das suas propostas.

46. O período em que o parceiro privado assumirá a exploração de uma obra ou de um serviço deve ser estabelecido em função da necessidade de garantir o equilíbrio económico e financeiro de um projecto. A duração da relação de parceria deve, sobretudo, ser fixada de modo a não restringir ou limitar a livre concorrência para lá do necessário à garantia de amortização dos investimentos e a uma remuneração razoável dos capitais investidos. Uma duração excessiva é susceptível de ser censurada com base nos princípios que regulam o mercado interno⁴⁰ ou nas disposições do Tratado em matéria de concorrência⁴¹. Do mesmo modo, o princípio da transparência exige que os elementos que permitem estabelecer a duração sejam comunicados nos documentos de consulta, de molde a permitir aos candidatos ter em conta esse dado quando da elaboração das suas propostas.
47. Dado que assentam numa prestação que se prolonga no tempo, as relações das PPP devem poder evoluir, para se adaptarem às mudanças do enquadramento macroeconómico ou tecnológico, bem como às necessidades de interesse geral. De modo geral, o direito comunitário em matéria de contratos públicos não se opõe à possibilidade de ter estas evoluções em conta, na medida em que para esse efeito se respeitem os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Assim, os documentos de consulta, transmitidos aos proponentes ou candidatos no processo de selecção, podem prever cláusulas de ajustamento automático, como cláusulas de indexação de preços, ou estabelecer as circunstâncias em que será possível rever as tarifas cobradas. Podem igualmente prever cláusulas de revisão, na medida em que estas identifiquem precisamente as circunstâncias e as condições em que se poderão introduzir ajustamentos na relação contratual. No entanto, será sempre necessário que estas cláusulas sejam suficientemente claras para permitir que os operadores económicos as interpretem do mesmo modo na fase de selecção do parceiro.
48. Em certas operações, as instituições financeiras reservam-se o direito de se substituírem ao gestor do projecto, ou de designarem um novo gestor, quando os fluxos financeiros gerados pelo projecto descem abaixo de determinado nível. A aplicação destas cláusulas, que pertencem à categoria das cláusulas ditas “de step-in”, pode implicar a mudança do parceiro privado do organismo adjudicante sem lançamento de concurso. Tais operações merecem especial atenção para asseverar a respectiva compatibilidade com o direito comunitário dos contratos públicos e das concessões.
49. De um modo geral, as modificações que ocorrem no decurso de uma PPP, quando não são enquadradas nos documentos contratuais, têm frequentemente por efeito pôr

⁴⁰ Ver a Comunicação interpretativa sobre as concessões, em especial o ponto 3.1.3.

⁴¹ Artigos 81.º, 82.º e n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE.

em causa o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos⁴². Estas modificações não enquadradas apenas são aceitáveis quando se tornam necessárias devido a um acontecimento imprevisível, ou quando são justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública⁴³. Acrescente-se que qualquer modificação substancial que abranja o objecto do contrato deve ser equiparada à celebração de um novo contrato, implicando um novo concurso⁴⁴.

50. Por último, há que referir que o direito derivado especifica as situações excepcionais em que é permitida uma adjudicação directa, e sem lançamento de concurso, de obras ou serviços complementares, que não figuram no projecto inicialmente previsto nem no primeiro contrato celebrado⁴⁵. Estas excepções devem ser interpretadas de forma restritiva. Por exemplo, não visam o prolongamento da duração de uma concessão de auto-estrada já existente, com o objectivo de cobrir os custos das obras para a realização de um novo troço. Com efeito, a prática que consiste em acumular, num único concessionário, actividades “rentáveis” e “não rentáveis” não pode conduzir a uma situação em que uma nova actividade é adjudicada a um concessionário existente sem lançamento de concurso.

10. Qual a sua experiência da fase posterior à selecção do parceiro privado nas operações de PPP contratuais?
11. Conhece casos em que as condições de execução - incluídas as cláusulas de adaptação no tempo - tiveram incidência discriminatória ou constituíram um obstáculo injustificado à livre prestação de serviços ou à liberdade de estabelecimento? Em caso afirmativo, poderá descrever o tipo de problema encontrado?
12. Tem conhecimento de práticas ou mecanismos de avaliação de propostas com incidências discriminatórias?
13. Partilha a assunção da Comissão segundo a qual certas configurações do tipo “step-in” podem colocar problemas em termos de transparência e igualdade de tratamento? Conhece outras “cláusulas-tipo” cuja aplicação seja susceptível de colocar problemas semelhantes?
14. Considera necessário clarificar a nível comunitário determinados aspectos do quadro contratual das PPP? Em caso afirmativo, sobre que aspecto (s) dever incidir esse esclarecimento?

⁴² Ver processo C-337/98, *Comissão/França*, acórdão de 5 de Outubro de 2000, n.ºs 44 e seguintes. O direito comunitário opõe-se igualmente a modificações ocorridas durante a fase de desenvolvimento do contrato, após a selecção final do candidato aprovado. As novas disposições que regulam o diálogo concorrencial prevêm a esse respeito que ao candidato seleccionado se solicitará “que clarifique aspectos da sua proposta ou confirme os compromissos nela constantes, na condição de tal não ter por efeito alterar elementos substanciais da proposta ou do anúncio de concurso, falsear a concorrência ou acarretar discriminações”.

⁴³ Artigo 46.º do Tratado.

⁴⁴ Processo C-337/98, *Comissão/França*, acórdão de 5 de Outubro de 2000, n.ºs 44 e seguintes. A comunicação interpretativa sobre as concessões precisa a esse respeito que a prolongação de uma concessão existente para além do prazo originalmente fixado deve ser equiparada a uma nova concessão a favor do mesmo concessionário.

⁴⁵ Ver o n.º 3, alínea e), do artigo 11.º da Directiva 92/50/CEE, n.º 3, alínea d), do artigo 7.º da Directiva 93/37/CEE e o n.º 2, alínea f) do artigo 20.º da Directiva 93/38/CEE. A nova Directiva 2004/18/CE prevê uma excepção semelhante para as concessões de obras, ver artigo 61.

2.3.2. Subcontratação de certas tarefas

51. De acordo com a experiência da Comissão, a aplicação das regras relativas à subcontratação ocasiona, por vezes, incertezas ou interrogações no contexto da constituição de PPP. Determinadas partes alegam, por exemplo, que as relações contratuais entre a empresa do projecto, que será a adjudicatária do contrato ou da concessão, e os seus accionistas suscitam diversas questões jurídicas. A esse respeito, a Comissão recorda que, quando a empresa do projecto é ela própria o organismo adjudicante, deve adjudicar os respectivos contratos públicos ou contratos de concessão no âmbito de um concurso, tenham esses contratos sido ou não celebrados com os seus próprios accionistas. A situação só poderá ser diferente se as prestações confiadas pela empresa do projecto aos seus accionistas já tiverem sido objecto de um concurso pelo parceiro público, a montante da constituição da empresa do projecto⁴⁶. Em contrapartida, quando a empresa do projecto não é o organismo adjudicante, pode, em princípio, celebrar contratos com terceiros, sejam estes os seus próprios accionistas ou não. A título de excepção, quando a empresa do projecto é um “concessionário de obras”, são aplicáveis certas regras de publicidade para a adjudicação de contratos de empreitadas que excedam cinco milhões de euros, com excepção, contudo, dos contratos celebrados com empresas que se agruparam para obter a concessão ou suas empresas associadas⁴⁷.
52. Os parceiros privados podem, em princípio, subcontratar uma parte ou a totalidade de um contrato público ou de uma concessão. Todavia, há que salientar que, no âmbito da adjudicação de contratos públicos, pode ser pedido aos proponentes que indiquem na respectiva proposta a parte do contrato que tencionam subcontratar com terceiros⁴⁸. Para as concessões de obras cujo valor exceda cinco milhões de euros, a entidade adjudicante pode ainda impor ao concessionário que confie a terceiros contratos que representem uma percentagem mínima de 30% do valor global das obras que são objecto da concessão⁴⁹.

15. No contexto das operações de PPP, tem conhecimento de problemas específicos que se coloquem em matéria de subcontratação? Quais?
16. O fenómeno das PPP de tipo contratual, implicando a transferência de um conjunto de tarefas para um único parceiro privado, justifica, em sua opinião, que se criem regras mais pormenorizadas e/ou de um âmbito de aplicação mais amplo no que se refere à subcontratação?
17. De modo mais geral, considera que deveria ser tomada uma iniciativa complementar, a nível comunitário, para clarificar, ou adaptar, as regras relativas à subcontratação?

⁴⁶ O artigo 13.º da Directiva 93/38/CEE prevê uma derrogação quando contratos de subcontratação de serviços são atribuídos por uma entidade adjudicante, operador de rede, a uma empresa associada. O artigo 23.º da Directiva 2004/17/CE torna esta excepção extensível aos contratos de subcontratação de fornecimentos ou obras.

⁴⁷ N.º 4 do artigo 3.º da Directiva 93/37/CEE e artigos 63.º a 65.º da Directiva 2004/18/CE. Estes últimos artigos aumentam o montante supracitado para 6 242 000 euros.

⁴⁸ Artigo 17.º da Directiva 93/36/CEE, artigo 20.º da Directiva 93/37/CEE, artigo 25.º da Directiva 92/50/CEE, artigo 27.º da Directiva 93/38/CEE. Ver igualmente o artigo 25.º da Directiva 2004/18/CE e o artigo 37.º da Directiva 2004/17/2004.

⁴⁹ N.º 2 do artigo 3.º 2 da Directiva 93/37/CEE. Ver igualmente o artigo 60.º da Directiva 2004/18/CE.

3. A PPP INSTITUCIONALIZADA E O DIREITO COMUNITÁRIO EM MATÉRIA DE CONTRATOS PÚBLICOS E CONCESSÕES

53. Na aceção do presente Livro Verde, as operações de PPP de tipo institucionalizado implicam a criação de uma entidade detida conjuntamente pelo parceiro público e o parceiro privado⁵⁰. À entidade comum incumbe, então, garantir a entrega de uma obra ou a prestação de um serviço em benefício do público. Nos Estados-Membros, as autoridades públicas recorrem por vezes a estas estruturas, designadamente para a gestão de serviços públicos a nível local (por exemplo, para os serviços de abastecimento de água, ou recolha de resíduos).
54. A cooperação directa entre o parceiro público e o parceiro privado no quadro de uma entidade dotada de personalidade jurídica permite ao parceiro público manter um nível de controlo relativamente elevado sobre o desenrolar das operações, que pode adaptar ao longo do tempo, em função das circunstâncias, através da sua presença entre os accionistas e nos órgãos de decisão da entidade comum. Permite igualmente ao parceiro público desenvolver a sua experiência própria da exploração do serviço em causa, com recurso ao apoio de um parceiro privado.
55. A formação de uma PPP institucionalizada pode realizar-se, quer pela criação de uma entidade em que participam conjuntamente os sectores público e privado (3.1.), quer pelo controlo, por parte do sector privado, de uma empresa pública existente (3.2).
56. O debate que se segue concentra-se unicamente em questões relativas ao direito dos contratos públicos e das concessões, específicas das PPP institucionalizadas. Para uma análise mais geral das incidências deste direito sobre a constituição e a execução dessas PPP, vejam-se os capítulos precedentes.
- 3.1. Constituição de uma parceria implicando a criação de uma entidade *ad hoc* em que participam conjuntamente os sectores público e privado⁵¹**
57. O direito dos contratos públicos e das concessões não contempla a operação de criar uma entidade de capital misto. Não obstante, deve assegurar-se o respeito das regras e princípios que decorrem deste direito (os princípios gerais do Tratado ou, em determinados casos, as disposições das directivas) quando tal operação se acompanha de uma adjudicação de tarefas por meio de um acto que pode ser qualificado de contrato público, ou mesmo de concessão⁵².

⁵⁰ Nos Estados-Membros, utilizam-se, neste contexto, terminologias e fórmulas diferentes (por exemplo, o *Kooperationsmodell*, as PPP associativas ou as *joint ventures*).

⁵¹ Trata-se aqui da criação de entidades *ex novo* no âmbito de uma figura jurídica específica. Em contrapartida, não se tratará especificamente o caso das entidades mistas preexistentes que participam nos procedimentos de celebração de contratos públicos ou de concessões, porque esta última hipótese suscita poucos comentários em relação ao direito comunitário aplicável. O carácter misto de uma entidade que participa num concurso não implica, com efeito, qualquer derrogação às regras aplicáveis no âmbito da adjudicação de um contrato público ou uma concessão. A entidade adjudicante só poderá não aplicar as regras habituais quando a entidade em causa corresponde às características de uma entidade “*in house*”, na aceção da jurisprudência *Teckal* do Tribunal de Justiça.

⁵² De recordar que os princípios do direito dos contratos públicos e das concessões são aplicáveis igualmente quando a atribuição de uma missão se realiza por meio de um acto unilateral (por exemplo um acto legislativo ou regulamentar).

58. A selecção do parceiro privado que irá efectuar tais tarefas, no âmbito do funcionamento de uma entidade mista, não poderá, por conseguinte, basear-se exclusivamente no seu contributo em capital ou na sua experiência, mas deverá ter em conta as características da sua proposta - economicamente mais vantajosa - quanto às prestações específicas a fornecer. Com efeito, a transacção financeira, caso não existam critérios claros e objectivos que permitam à entidade adjudicante seleccionar a proposta economicamente mais vantajosa, poderia constituir uma violação do direito dos contratos públicos e das concessões.
59. Nesta perspectiva, a operação que consiste em criar tal entidade não coloca geralmente problemas em relação ao direito comunitário aplicável, quando esta constitui uma modalidade de execução da tarefa confiada, no âmbito de um contrato, a um parceiro privado. Todavia, é necessário que as condições da criação da entidade sejam claramente estabelecidas quando da abertura do concurso referente às tarefas que se pretendem confiar ao parceiro privado⁵³.
60. A Comissão verificou, no entanto que, em determinados Estados, a legislação nacional permite às entidades mistas, em que o sector público participa como entidade adjudicante, tomar parte no processo de adjudicação de um contrato público ou de uma concessão embora essas entidades se encontrem em vias de constituição. Nesta hipótese, a entidade só será finalmente constituída se o contrato lhe for de facto adjudicado. Em outros Estados, desenvolveu-se uma prática que tende a confundir a fase de constituição da entidade e a fase de adjudicação das tarefas. O procedimento lançado pela entidade adjudicante tem, então, por objecto a criação de uma entidade mista a quem são confiadas determinadas tarefas.
61. Estas fórmulas não parecem proporcionar soluções satisfatórias em relação às disposições aplicáveis em matéria de contratos públicos e concessões⁵⁴. No primeiro caso, a concorrência efectiva corre o risco de ser falseada por uma posição privilegiada da empresa em constituição, e por conseguinte, do parceiro privado que nela participa. No segundo caso, o processo específico de selecção do parceiro privado coloca igualmente numerosos problemas. Algumas dificuldades decorrem da obrigação por parte das entidades adjudicantes de definirem de modo suficientemente claro e preciso o objecto do contrato ou da concessão. A Comissão tem verificado com frequência que as tarefas confiadas à estrutura de parceria não estão definidas claramente e que, em certos casos, não existe mesmo qualquer enquadramento contratual, o que provoca não apenas problemas quanto aos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, mas que além disso pode prejudicar os objectivos de interesse geral que a autoridade pública pretende atingir. Observa-se ainda que a duração de vida da entidade criada não coincide habitualmente com a duração do contrato ou da concessão, o que parece incitar à recondução da tarefa confiada a esta entidade sem que para tal se tenha organizado

⁵³ Além disso, estas condições não devem comportar discriminação ou constituir um obstáculo injustificado à livre prestação de serviços ou à liberdade de estabelecimento, ou implicar restrições desproporcionadas em relação ao objectivo a atingir.

⁵⁴ Aquando da concepção ou da organização de tais operações, o teste que consiste em aplicar os formulários standard – que incluem os elementos indispensáveis a um concurso bem documentado –, permite que se tenha noção da dificuldade de encontrar uma fórmula de publicidade adequada para a adjudicação de tarefas que se inserem no âmbito de aplicação do direito dos contratos públicos ou das concessões.

um verdadeiro concurso, pelo que, por vezes, estas tarefas são de facto atribuídas por um período ilimitado.

62. De referir ainda que a criação conjunta de tais entidades tem que respeitar os princípios da não discriminação em razão da nacionalidade, de um modo geral, e da livre circulação dos capitais em particular⁵⁵. Assim, a título de exemplo, as autoridades públicas não podem, normalmente, acompanhar a sua posição de accionistas numa tal entidade de privilégios excessivos que não decorram da aplicação normal do direito das sociedades⁵⁶.
63. A Comissão recorda igualmente que a participação da entidade adjudicante na entidade mista, que se torna co-titular do contrato, na sequência do processo de selecção, não justifica que o direito dos contratos e das concessões não seja aplicado na selecção do parceiro privado. A aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões não depende, com efeito, do carácter público, privado ou misto do co-contratante do organismo adjudicante. Como o Tribunal de Justiça o confirmou no processo *Teckal*, este direito é aplicável quando um organismo adjudicante decide confiar uma tarefa a um terceiro, ou seja, uma pessoa juridicamente distinta. Só pode ser de outro modo na hipótese de, simultaneamente, o organismo adjudicante exercer sobre a pessoa em causa um *controlo análogo* ao que exerce sobre os seus próprios serviços e de essa pessoa realizar *o essencial da sua actividade* com a ou as autarquias que a controlam⁵⁷. Apenas as entidades que correspondem de forma cumulativa a estas duas condições poderão ser equiparadas a entidades “in house” em relação ao organismo adjudicante e ver-se confiar tarefas sem que se tenha utilizado um processo concorrencial⁵⁸.
64. Por último, acrescente-se que, se a entidade mista tem a qualidade de entidade adjudicante, essa qualidade a obriga a respeitar o direito aplicável em matéria de contratos públicos e concessões, quando adjudica tarefas ao parceiro privado que não tenham sido objecto de concurso pela entidade adjudicante a montante da constituição da entidade mista. O parceiro privado não pode tirar proveito da sua posição privilegiada na entidade mista para se reservar determinadas tarefas sem concurso prévio.

3.2. Controlo de uma entidade pública por um operador privado

65. A formação de uma PPP de tipo institucionalizado pode igualmente traduzir-se pela modificação dos accionistas de uma entidade pública. Neste sentido, importa em primeiro lugar sublinhar que a passagem de uma empresa do sector público para o

⁵⁵ A participação numa empresa nova tendo em vista a criação de relações económicas duradouras é abrangida pelas disposições do artigo 56.º relativas à livre circulação de capitais. Ver o anexo I da Directiva 88/361/CEE, adoptada ao abrigo do antigo artigo 67.º, que enumera os tipos de operações que devem ser classificadas como movimentos de capitais.

⁵⁶ Ver acórdãos do Tribunal de Justiça, de 4 de Junho de 2002, processo C-367/98, *Comissão/Portugal*, Colect. I-4731; processo C-483/99, *Comissão/França*, Colect. I-4781; e acórdãos de 13 de Maio de 2003, processo C-463/00, *Comissão/Espanha*; processo C-98/01, Colect. I-4581, *Comissão/Reino Unido*, Colect. I-4641. Sobre possíveis fundamentações neste contexto, ver acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2002, processo C-503/99, *Comissão/Bélgica*, Colect. I-4809.

⁵⁷ Processo C-107/98, *Teckal*, acórdão de 18 de Novembro de 1999, n.º 50.

⁵⁸ Ao Tribunal de Justiça foram submetidas três questões prejudiciais (processos C-26/03, C-231/03 e C-458/03) para obter um esclarecimento complementar do alcance dos critérios que permitem estabelecer a existência de uma relação de tipo “in house”

sector privado é uma decisão de política económica que, como tal, é da competência exclusiva dos Estados-Membros⁵⁹.

66. Refira-se em seguida que o direito comunitário em matéria de contratos públicos não pretende ser aplicável às operações que representam uma simples injeção de capitais por uma entidade financiadora numa empresa, quer esta última pertença ao sector público ou ao sector privado. Essas operações incluem-se no âmbito de aplicação das disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais⁶⁰, o que implica que as medidas nacionais que as regulam não devem constituir obstáculo aos investimentos provenientes de outros Estados-Membros.⁶¹
67. Em contrapartida, as disposições relativas à liberdade de estabelecimento na acepção do artigo 43.º do Tratado devem ser aplicadas quando uma autoridade pública decide, por meio de uma operação de capital, ceder a um terceiro uma participação que lhe permite exercer certa influência sobre uma entidade pública que efectua prestações económicas que são, normalmente, da responsabilidade do Estado⁶².
68. Em particular, quando os poderes públicos atribuem a um operador económico certa influência numa empresa, no âmbito de uma operação de cessão de capital, cujo objectivo é confiar a esse operador tarefas que se inserem no âmbito material do direito dos “contratos públicos”, que previamente eram exercidas, directa ou indirectamente, pelos poderes públicos, as disposições relativas à liberdade de estabelecimento exigem o respeito dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, para assegurar que qualquer operador potencial possa aceder em igualdade de condições à prestação de tais actividades até então reservadas.
69. A prática recomenda que se confirme que tal operação de capital não oculta, na realidade, a adjudicação a um parceiro privado de contratos que podem ser qualificados de contratos públicos, ou mesmo concessões. Tal ocorre quando, antes da operação de capital, à entidade em questão são adjudicadas directamente e sem lançamento de concurso, tarefas específicas, para tornar mais atraente a operação de capital.

18. Qual a sua experiência em matéria de organização de operações de PPP de tipo institucionalizado? Concretamente, a experiência adquirida leva-o a considerar que o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões é respeitado no caso da constituição de PPP institucionalizadas? Em caso de resposta negativa, indicar porquê.
19. Considera que se deve tomar uma iniciativa a nível comunitário para clarificar ou especificar as obrigações dos organismos adjudicantes quanto às condições em que devem ser convidados a concorrer os operadores potencialmente interessados por um projecto de tipo institucionalizado? Em caso afirmativo, sobre que pontos específicos e sob que forma? Em caso de resposta negativa, indicar porquê.

De um modo geral e independentemente das questões levantadas no presente documento:

⁵⁹ Decorre do princípio da neutralidade do Tratado no que diz respeito ao regime da propriedade, consagrado pelo artigo 295.º do Tratado.

⁶⁰ Artigos 56.º e seguintes do Tratado CE.

⁶¹ Ver a comunicação da Comissão relativa a certos aspectos jurídicos dos investimentos intracomunitários, JO C 220 de 19 de Julho de 1997, p.15.

⁶² Ver, neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 2000, processo C-251/98, *Baars*, Colect. I -2787

20. Quais as medidas ou as práticas que, em sua opinião, constituem obstáculos à constituição de PPP na União Europeia?
21. Conhece outras formas de PPP desenvolvidas em países terceiros? Conhece exemplos de “boas práticas” nesta matéria, que possam servir de modelo à União Europeia? Em caso afirmativo, quais?
22. De uma forma mais geral, e tendo em conta as exigências de importantes investimentos necessários em certos Estados-membros para a prossecução de um desenvolvimento económico e social sustentável, considera que seria útil uma reflexão colectiva, com carácter regular, sobre estas questões, envolvendo os agentes responsáveis e com vista a uma troca de melhores práticas? Pensa que deveria caber à Comissão a animação de uma tal iniciativa?

4. OBSERVAÇÕES FINAIS

70. A Comissão convida todas as partes interessadas a pronunciarem-se sobre as questões suscitadas no presente Livro Verde. As respostas, observações e sugestões podem ser enviadas por correio para o endereço seguinte:

Comissão Europeia

Consulta referente ao "Livro verde sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões" C 100 2/005
B-1049 Bruxelas

ou por correio electrónico para o seguinte endereço:

MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Os comentários devem ser enviados à Comissão até **30 de Julho de 2004**, o mais tardar. Para informação das partes interessadas, as contribuições recebidas por via electrónica, bem como as coordenadas dos remetentes, serão colocadas no sítio web http://europa.eu.int/comm/internal_market, a menos que os remetentes em causa se tenham expressamente oposto a essa publicação.

71. A partir, designadamente, das contribuições recebidas, a Comissão entende tirar as conclusões que reputar oportunas e, se o considerar necessário, apresentar propostas concretas.